

Tribunal Superior de Justicia

de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia num. 100/2015 de 19 febrero

[JUR\2015\74587](#)



Derecho administrativo sancionador.Costas y playas.Dominio público.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 4149/2012

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marta María García Pérez

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00100/2015

Procedimiento Ordinario Nº 4149/2012

EN NOMBRE DEL REY

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

ILMOS. SRES.

D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.

Dª. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ

Dª. MARTA GARCÍA PÉREZ

En la ciudad de A Coruña, a diecinueve de febrero de dos mil quince.

En el recurso contencioso-administrativo nº 4149/2012 que pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la **ASOCIACIÓN SALVEMOS PONTEVEDRA**, representada por **D. Juan Lage Fernández-Cervera** y dirigida por **Dª Sonia Canay Pazos**. Es parte demandada la **Xunta de Galicia**, representada y dirigida por el **Letrado de la Xunta**; siendo codemandados la entidad mercantil **CONSTRUCUATRO,SA**, representada por **Dª Elena Miranda Osset** y defendida por **D. Francisco Javier García Martínez**; y la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EDIFICIO000, CALLE000 NUM000, SANXENXO**, representada por **Dª María Freire Rodríguez-Sabio** y defendida por **D. José Jesús Cudeiro Mazaira**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : El 29 de febrero de 2012, D. Juan Lage Fernández-Cervera presenta recurso contencioso-administrativo ante esta Sala, en nombre y representación de la ASOCIACIÓN SALVEMOS PONTEVEDRA, contra el Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 24 de noviembre de 2011, por el que se convalida la Resolución del Conselleiro de Pesca e Asuntos Marítimos de 18 de febrero de 2005, dictada en el expediente sancionador y de restitución de la legalidad nº NUM001 , y se acuerda así sobreseer el expediente incoado a CONSTRUCCUATRO,SA en su condición de promotor, por la construcción de un edificio en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre careciendo de la preceptiva autorización autonómica, constituyendo una infracción grave según el [art. 91.2.e\)](#) de la [Ley 22/1988 \(RCL 1988, 1642 \)](#) , de Costas .

SEGUNDO : Por Decreto de 2 de abril de 2012 se admite a trámite el recurso, requiriéndose a la Administración demandada para que remita el expediente.

TERCERO : Con fecha 10 de mayo de 2012 se dicta providencia en que se acuerda la entrega del expediente a la parte demandante para que formule la demanda en el plazo de 20 días. El 22 de junio de 2012 se presenta escrito de demanda, interesando en el suplico que esta Sala dicte sentencia por la que: 1º) revoque la resolución recurrida, dictando otra conforme a derecho y del mismo tenor que la propuesta de resolución de fecha 15 de diciembre de 2004 obrante en los folios 343 a 350 del expediente administrativo; 2º) condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, con todas las consecuencias inherentes a las mismas; 3º) impongan las costas a los demandados.

CUARTO : Por auto de 30 de julio de 2012 se admite a trámite la demanda y se da traslado a la Xunta de Galicia para que contesten a la misma en el plazo de 20 días. El 23 de septiembre de 2012 se entrega escrito de contestación a la demanda, interesando en el suplico que la desestimación del recurso interpuesto, con expresa imposición a la actora de las costas procesales.

QUINTO : Por providencia de 1 de octubre de 2012 se tiene por contestada la demanda por la Xunta de Galicia y se da traslado a los codemandados, que presentan escrito de contestación a la demanda el 30 de octubre de 2012 (COMUNIDAD DE PROPIETARIOS) y el 6 de noviembre de 2012 (CONSTRUCCUATRO,SA).

SEXTO : Mediante auto de 20 de noviembre de 2013 se tiene por contestada la demanda, se fija la cuantía del pleito como indeterminada, se recibe el pleito a prueba y se da traslado a las partes para proponer y practicar la prueba interesada.

SÉPTIMO : Por providencia de 10 de abril de 2014 se concede plazo a la parte demandante para presentar conclusiones, que son presentadas el 2 de mayo de 2014. Dándose traslado de las mismas a la parte demandada y codemandadas mediante providencia de 6 de mayo de 2014, presentan conclusiones y el 22 de mayo (COMUNIDAD DE PROPIETARIOS) y el 23 de mayo de 2014 (XUNTA DE GALICIA y CONSTRUCCUATRO, SA).

OCTAVO : Por providencia de 4 de junio de 2014 se acuerda dejar las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

NO VENIO : Por providencia de 6 de febrero de 2015 se señala el día 19 de febrero de 2015 para votación y fallo.

DÉCIMO : En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente la Magistrada D^a MARTA GARCÍA PÉREZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

: Para la resolución del presente recurso contencioso-administrativo deben ser tomados en consideración los siguientes antecedentes:

1º. El 17/07/1998 se incoa un expediente de deslinde del tramo de costas en que se encuentra la Playa de Silgar. La incoación es comunicada al Ayuntamiento a efectos de información pública, acto de apeo y solicitud de suspensión de licencias de obra. La suspensión de licencias es acordada por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sanxenxo de 11 de septiembre de 1998 (acuerdo publicado en el DOG nº 208, de 27 de octubre de 1998, de "... suspender el otorgamiento de licencias de obra en el ámbito afectado por el deslinde en tanto dure la tramitación del expediente de deslinde que, en todo caso, no podrá superar el plazo máximo que legalmente se establezca").

Entre la documentación enviada al Ayuntamiento obra un "plano de deslinde provisional" que no es el que formalmente consta en el expediente de deslinde. Entre éste y aquél hay una diferencia que resultará esencial para resolver la controversia: la línea que delimita interiormente la zona de servidumbre de protección en el plano remitido al Ayuntamiento se encuentra a 19 metros de la línea de deslinde del dominio público marítimo-terrestre, en lugar de a 20 metros, que es como figura en el plano obrante en el expediente de deslinde.

La divergencia entre ambos planos ha sido reconocida en los autos por la Jefa de Servicio de Gestión de Dominio Público, que en escrito de 21 de enero de 2005 remitido a la Consellería de Pesca e Asuntos Marítimos a solicitud del Conselleiro (p. 695 y ss. del expediente administrativo) reconoce que en el plano remitido al Ayuntamiento hay un "error". A los efectos de esta Litis denominaremos "plano erróneo" al plano en el que el límite interior de la zona de servidumbre de protección se señala a menos de 20 metros de la línea de deslinde del dominio público marítimo-terrestre -que, en este caso, es coincidente con la línea interior de la ribera del mar- y "plano correcto" al que obra en el expediente de deslinde.

El plano erróneo traza la línea interior de la zona de servidumbre coincidente con la alineación de la edificación litigiosa y con el mismo trazado que, a su vez, figuraba en el plano obrante en las NNSS de Planeamiento para el Municipio de Sanxenxo de 29 de enero de 1990 (p. 248).

2º. El 24/03/2000, la promotora Construcuatro, SA, presenta solicitud de licencia (p. 468), que es otorgada el 15/5/2000 (p. 477), de acuerdo con las Normas Subsidiarias de Planeamiento. El 29/5/2001 se autoriza una modificación de la licencia (p. 483) y el 17/7/2001 se aprueba el Proyecto de Ejecución.

3º. El 1/8/2002 se aprueba provisionalmente el PGOM de Sanxenxo y el 27/2/2003 se produce la aprobación definitiva. En el Plano de ordenación nº 9.1.8 del PGOM, la línea interior de la zona de servidumbre de protección no es la misma que en las NNSS. Coincide con la línea de deslinde provisional señalada en el plano correcto.

4º. El 20/5/2003 se otorga licencia de primera ocupación (p. 490).

5º. El 22/9/2003 se presenta denuncia de Mariano por invasión de la zona de servidumbre de protección, denuncia que es ampliada el 1/7/2003. El denunciante aporta copia del plano correcto de deslinde provisional de 30/6/2003, coincidente con el Plano nº 9.1.8 del PGOM.

6º. El 10 de octubre de 2003 se emite informe del Ayuntamiento a requerimiento de la Xunta, en el que se señala que el edificio litigioso consta con licencia municipal de obra mayor de 15 de mayo de 2000, concedida con arreglo a las NNSS municipales y al deslinde del dominio público marítimo-terrestre vigentes en esa fecha. Se señala, asimismo, que el plano de deslinde aportado con la solicitud de informe no se ajusta al plano de deslinde provisional remitido al Ayuntamiento el 12 de agosto de 1998, que se corresponde en el tramo de referencia a la delimitación existente en los planos de ordenación de las NNSS municipales vigentes en el momento de concesión de la licencia.

7º. El 12/11/2003 se emite informe de la Jefatura de Servicio de Costas, del Ministerio de Medio Ambiente, a requerimiento de la Consellería (p. 30 y ss.), en el que se señala respecto al plano de deslinde provisional aportado por el denunciante y no coincidente con el utilizado para otorgar la licencia de obras lo siguiente: "Este plano (695-I-66) forma parte del expediente de deslinde que se está tramitando en este servicio desde la Playa de Canelas hasta el límite del término municipal de Poio y que se incoó el 17-7-98 (...) Cuando se aprueben las Órdenes Ministeriales respectivas se les

remitirán los planos definitivos. De todas formas, en este plano no se ha realizado ninguna modificación desde la incoación del mismo y no existiendo constancia en este Servicio del plano que se adjunta como documento 2".

8º. El 22/10/2003 se llevan a cabo diligencias previas a la incoación del expediente sancionador, conforma a las cuales se elabora el primer informe de mediciones. En él se señalan las distancias existentes entre la línea de deslinde del dominio público marítimo-terrestre y el edificio litigioso, resultando distancias inferiores a 20 metros en suelo y vuelo (p. 35).

9º. El 15/1/2004 se incoa expediente sancionador y de restitución de la legalidad por la Delgada Territorial de la Consellería de Pesca.

El 6/2/2004 presente alegaciones Construcuatro,SA, en las que se señala que la construcción se lleva a cabo de acuerdo con las NNSS de 1990, que a su vez habían sido informadas favorablemente por la Dirección General de Puertos y Costas del MOPT (se incorpora plano de ordenación). Además, la alineación es coincidente con el plano de deslinde provisional de 1998, único del que se tenía conocimiento en el Ayuntamiento y en el Servicio de Usos del Litoral. Se indica que se disponía de fondo de parcela suficiente que se podía haber usado, pero las NNSS imponían que el frente de la edificación se localizase en la alineación exterior fijada. En cuanto a los vuelos, se alega que se cumplió el epígrafe 7.2.10 de las Normas generales de las NNSS y de la Ordenanza 2. Además, se pone de manifiesto que en la fecha de otorgamiento se había superado con exceso el plazo de un año que establece la normativa urbanística para la suspensión del otorgamiento de licencias, sin que la duración del expediente de deslinde iniciado en 1998 pudiera llevar consigo una suspensión por un plazo superior.

10º. El 3/9/04 se intenta llevar a cabo una segunda medición, que no llega a efectuarse por dificultades derivadas del tráfico. Se mide el perímetro del edificio para determinar su superficie.

El 28/10/2004 se realiza una tercera medición, de la que resultan distancias inferiores a veinte metros desde la barandilla (19,52; 19,04; 18,20; 17,81) y desde la arena (salvo en un punto en que se alcanza la distancia de 20,02; en el resto de los puntos medidos la distancia es de 19,54; 18,20; 17,81).

11º. El 15 de diciembre de 2004, el instructor dicta propuesta de resolución (p. 343-350), en la que se califica la actuación realizada de infracción grave, al amparo del art. 91.2.e) de la Ley de Costas (realización de construcciones no autorizadas en la zona de servidumbre de protección), proponiéndose sanción de 3.055.841 euros; y se propone que se ordene la restitución de las cosas a su estado anterior.

El 3/1/2005 presenta alegaciones Construcuatro,SA, en las que invoca la doctrina de los actos propios, pone de manifiesto que las mediciones han reflejado insignificantes diferencias que justificarían en todo caso la comisión de una infracción leve al amparo del art. 91.3 de la Ley de Costas y una sanción de 60.000 euros. Se invoca el principio de proporcionalidad, a la vista de los escasos 46 cms. ilegales respecto a una superficie de 538,54 m2. Se impugna la valoración realizada por el instructor y se declara que las obras son legalizables, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Transitoria tercera, 3 de la Ley de Costas .

El 3/1/2005 la asesora jurídica del Ayuntamiento emite informe jurídico en el que, tras relatar los sucesivos hitos acaecidos respecto a la edificación, se concluye que "constatase que todas las edificaciones obxecto das licencias mentadas, atópanse en solo clasificado como urbano consolidado, no ámbito de aplicación da Ordenanza nº 2 "Solo urbano de alta densidade", dacordo cos planos de ordenación das NNSS de Planeamento de Sanxenxo, construídas a una curta distancia unhas de outras, cos mesmos criterios urbanísticos e recuándose as aliñacións que se recollían no planeamento de aplicación" (p. 468-474).

El 5/1/2005 se emite informe urbanístico por la Xerente Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento, en el que se hace constar que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, que han devenido firmes y que no parece creíble que la Administración autonómica haya incumplido su deber de inspección, en pleno Paseo do Silgar, desde el comienzo de las obras en junio de 2001 hasta que

se produce la denuncia en septiembre de 2003. Se señala que en todo caso la licencia municipal de obras se otorgó con base en el Proyecto Modificado y Ampliación de Básico, visado por el COAG en fecha 15 de enero de 2001, con planos corregidos visados el 9 de mayo de 2001, habiendo quedado acreditada la sujeción estricta al Texto refundido de las NNSS Municipales. Se destaca una vez más que la alineación edificatoria establecida para el Paseo do Silgar en el Plano 4b de "Usos Pormenorizados" de las NNSS coincide con el límite de la servidumbre de protección del dominio público y que dicha alineación continúa vigente por ser la establecida en el PGOM aprobado definitivamente en sesión de 27 de febrero de 2003. Se concluye sobre "do impecable respecto da normativa urbanística nos actos administrativos de outorgamento das Licencias municipais de obra e de primeira ocupación, que amparan a legalidade da obra executada" (p. 461-463).

El 7/1/2005 presenta nuevas alegaciones Construcuatro,SA respecto a una afirmación obrante en la propuesta de resolución de acuerdo a la que el edificio se habría construido contraviniendo lo establecido en la licencia, al construirse una planta más de las licenciadas, negándolo.

12º. El 11/1/2005, el Conselleiro de Pesca acuerda como "medida complementaria" del expediente sancionador practicar diversas actuaciones, entre ellas, solicitar del servicio de Costas del Ministerio de Medio Ambiente informe que contenga pronunciamiento expreso acerca de la divergencia entre el plano de deslinde provisional que constaba en los archivos del Ayuntamiento de Sanxenxo y del Servicio de Usos de Litoral -que hemos denominado plano erróneo- y el plano aportado por el denunciante -denominado plano correcto-.

El 27/1/2005 presenta alegaciones el denunciante, indicando que la competencia es del Consello de la Xunta y advirtiéndole de la nulidad del posible acuerdo y pone de manifiesto que el plano remitido por el Ayuntamiento de Sanxenxo al Ministerio de Medio Ambiente el 27/2/2002 para informe previo a la aprobación inicial del PXOM coincide con el de deslinde provisional de 2003 del Ministerio de Medio Ambiente.

13º. El 21/1/2005 se emite informe del Servicio Provincial de Costas de Pontevedra, de la Dirección Xeral de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, en el que se lee:

"1. (...) Asimismo, en los planos de incoación que sirvieron de base para la información pública, para el acto de apeo y para poner en conocimiento del Concello de Sanxenxo y de esa Consellería de la tramitación del deslinde, tenían un error en el grafiado de la servidumbre de protección en la playa de Silgar ya que estaba a 19 metros de la línea de deslinde en vez de a 20 metros. Ambos errores han sido rectificados en el proyecto de deslinde y serán comunicados oficialmente a esa Consellería y al Ayuntamiento en el trámite de vista o audiencia previo a la aprobación definitiva del deslinde.

2. Por lo que respecta a la zona donde se ubica la obra de Construcuatro SA le afecta uno de los errores aludidos de la servidumbre de protección, que en un primer momento se marcó a 19 metros cuando su correcta medición en este tramo es de 20 metros medios desde el deslinde coincidente con la ribera del mar ..." (p. 695)

14º. El 18/2/2005 se dicta Resolución del Conselleiro de Pesca en la que se "RESOLVE: Sobreseer o expediente sancionador NUM001 incoado contra Construcuatro,SA por presuntas obras abusivas na zona de servidume de protección, no lugar de Silagar, Sanxenxo, en atención ó exposto como antecedente de feito sétimo".

15º. Esta Sala dicta [sentencia de 31/1/2008 \(PROV 2009, 11639 \)](#) (recurso contencioso-administrativo nº 4130/2005), cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASOCIACION SALVEMOS PONTEVEDRA contra resolución del Conselleiro de Pesca e Asuntos Marítimos de 18.2.05, dictada en exp. sancionador y restitución legalidad NUM001 , y anulamos la mencionada resolución de 18- 2-05, la cual es contraria a Derecho **por incompetencia del órgano que la dictó** ; sin hacer especial condena en costas".

La indicada sentencia aborda y resuelve en el fundamento segundo la alegación de la demandante, Asociación Salvemos Pontevedra, consistente en que la resolución estaba viciada por

carecer el Consejero de competencia para resolver el expediente. La sentencia estima el recurso y anula el acuerdo recurrido por ese motivo, sin examinar ya las demás cuestiones y argumentos de impugnación aducidos en la demanda. Ese fundamento de la sentencia se expresa en los siguientes términos:

"SEGUNDO. La parte actora alega la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada por haber sido dictada por órgano incompetente, siendo de tener en cuenta que conforme al [artículo 15 del Decreto 199/2004, de 29 de julio \(LG 2004, 265 y 277 \)](#), por el que se regulan las competencias autonómicas en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre, o al [artículo 4.2 del Decreto 151/1995, de 18 de mayo \(LG 1995, 177 \)](#), el órgano competente para dictar una resolución en la que la multa a imponer supere los 500.000 euros, es el Consello de la Xunta, tratándose en el caso aquí examinado de un supuesto en el que se proponía la imposición de sanción superior a tres millones de euros, por lo que parece clara la necesidad de respetar la atribución competencial normativamente atribuida al Consello de la Xunta, sin que este último pierda su competencia por el hecho de que la resolución impugnada sea de sobreseimiento del expediente ya que precisamente ante la mencionada propuesta del instructor corresponde ya al órgano competente para decidir, la adopción de la decisión que proceda, ya que de otra manera se hurtaría indebidamente de su conocimiento el expediente relativo a cuestión que según lo normativamente previsto ha de ser sometido a la resolución de dicho Consello, debiéndose recordar que en sede de tal expediente la propuesta de resolución propiamente dicha es la emitida por el instructor, que a tenor de la [disposición transitoria segunda](#) del Decreto 199/2004, la norma de específica aplicación al caso sería el mencionado Decreto 151/1995, y que por tanto no existiendo una atribución competencial específica a favor de otro órgano para el caso de la decisión de sobreseimiento, no existe base para excluir esta última del ámbito de conocimiento del órgano que tiene reconocida la competencia decisoria. En consecuencia, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, procede la estimación del presente recurso por haber sido dictado por órgano incompetente la resolución impugnada, conclusión que no puede verse desvirtuada por una inaceptable preterición de la referida normativa específicamente aprobada y prevista para su observancia en la materia de que se trata, y a la cual no cabe oponer con éxito a los presentes efectos la regulación organizativa contenida en el Decreto 125/02, siendo finalmente de significar que **la naturaleza y alcance del referido motivo estimatorio excluye ya el examen de las restantes cuestiones planteadas**".

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación nº 1946/2008, que fue desestimado por sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011, aunque matiza el alcance de la declaración de incompetencia declarado en la Sentencia de esta Sala, al señalar:

"... el artículo 62.1.b) de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246 \)](#) sanciona con nulidad de pleno derecho los actos de las administraciones públicas dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. Ahora bien, aunque la falta de competencia territorial o material no sea "manifiesta", la vulneración de la norma competencial recibe, en el supuesto examinado, la sanción de anulabilidad dispuesta en el [artículo 63](#) de la Ley 30/1992.

En lo que se refiere a la invalidez de los actos administrativos, nuestro ordenamiento gradúa las ilegalidades en que estos pueden incurrir diferenciando entre las más graves, que son sancionadas con la nulidad absoluta (artículo 62 de la Ley 30/1992), las demás infracciones del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder, que son causa de anulabilidad (artículo 63.1 de la misma Ley), y, en fin, las infracciones menores o meras irregularidades formales o de plazo, que no repercuten en la validez y eficacia del acto salvo en determinadas ocasiones ([artículo 63, apartados 2 y 3](#), de la Ley 30/1992). Pues bien, en el caso que nos ocupa, aunque se considere que la resolución del Consejero no era nula sino anulable, **si el vicio de incompetencia jerárquica no ha sido objeto de subsanación o convalidación conforme a lo previsto en el [artículo 67](#) de la Ley 30/1992 el acto debe ser expulsado del ordenamiento jurídico y anulado**. Debe notarse, además, que la sentencia de instancia, aunque en su fundamento segundo comienza exponiendo el motivo de impugnación aducido en la demanda como un supuesto de nulidad de pleno derecho, luego, a la hora de razonar la decisión en ese mismo fundamento no entra a calificar el vicio invalidante advertido; y tampoco lo hace en la parte dispositiva, donde se afirma que la resolución impugnada es contraria a derecho " ... por **incompetencia del órgano** que la dictó", sin calificar tal

incompetencia de "manifiesta" ni hacer indicación alguna de que nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho".

16º. El 24/11/2011 se adopta el Acuerdo del Consello de la Xunta que ahora se impugna con el fin de "Dar cumprimento as declaracións contidas no fallo da sentencha do TSX de Galicia". Y se señala que " ... Consecuencia do anterior, e de conformidade co establecido no artigo 67 da Lei 30/1992, do 29 de novembro, no Decreto 158/2005, do 2 de xuño, polo que se regulan as competencias autonómicas en zona de servidume de protección do dominio público marítimo-terrestre e no Decreto 213/2007, de 31 de outubro, polo que se aproban os estatutos da APLU, **convalidar a resolución do Conselleiro de Pesca e Asuntos Marítimos de 18 de febreiro de 2005**, ditada no expediente sancionador e de restitución da legalidade NUM001, e **acordar así o sobreseimento do citado expediente** seguido contra Construcuatro,SA pola realización de obras na zona de servidume de protección marítima de Sanxenxo (Pontevedra)".

17º. La Asociación Salvemos Pontevedra interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consello de la Xunta de 24 de noviembre de 2011.

SEGUNDO

: La demanda presentada por la Asociación Salvemos Pontevedra insiste en los argumentos de fondo planteados en el pleito anterior y sobre los que no se pronunció esta Sala al haber estimado el vicio de incompetencia ya referido. Así, se señala que el Acuerdo vulnera los arts. 24 y 91.2 e) de la [LC \(RCL 2003, 1748 \)](#) porque ha quedado acreditado que la edificación ocupa servidumbre de protección, aun con la medición más favorable a la demandada, y sin que pueda apreciarse error invencible que excluya la responsabilidad del promotor por los errores de los planos. Alega, asimismo, que el Acuerdo que adolece de un grave vicio de incongruencia al no haberse pronunciado sobre la restitución de los terrenos a su primitivo estado. Finalmente, denuncia que el edificio cuenta con una planta más de las previstas en la licencia, tal y como figura en las escrituras obrantes en el Registro de la Propiedad y se deduce de su superficie real, superior a la licenciada. En su petitum la demandante solicita que se dicte sentencia por la que: 1º) revoque la resolución recurrida, dictando otra conforme a derecho y del mismo tenor que la propuesta de resolución de fecha 15 de diciembre de 2004 obrante en los folios 343 a 350 del expediente administrativo; 2º) condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, con todas las consecuencias inherentes a las mismas; 3º) imponga las costas a los demandados.

El Letrado de la Xunta de Galicia sostiene que la edificación se ha construido al amparo de licencia municipal y que respeta las disposiciones de las NNSS de planeamiento de Sanxenxo -que fueron aprobadas el 29 de enero de 1990 tras el informe favorable de la Dirección General de Puertos y Costas del Ministerio de Medio Ambiente- tanto en lo que respecta a la línea de servidumbre como en lo referente al vuelo. Señala que el propio Ministerio de Medio Ambiente reconoce un error en el grafiado de los planos que sirvieron de base para la información pública del deslinde, para el acta de apeo y para poner en conocimiento del Concello de Sanxenxo y de la Consellería de Pesca la tramitación del deslinde; error esencial e invencible que constituye una causa de exclusión de responsabilidad en el sujeto infractor de acuerdo con una reiterada jurisprudencia. Solicita que se desestime el recurso.

La entidad mercantil, después de hacer un extenso y detallado repaso de los hechos, funda su oposición a la demanda en los siguientes fundamentos de derecho: 1º) el edificio respeta el deslinde del dominio público marítimo-terrestre y la zona de servidumbre de protección fijada por el Servicio Provincial de Costas en el momento de su construcción; 2º) en relación con las mediciones practicadas, el Servicio de Usos del Litoral es incompetente para fijar el límite interior de la ribera del mar y el deslinde del dominio público marítimo-terrestre; además, las mediciones adolecen de importantes irregularidades que hacen que la prueba practicada sea endeble e improcedente a fin de determinar la existencia de infracción; 3º) la supuesta existencia de una planta más en el edificio es falsa y no guarda relación con el objeto del pleito, al igual que el supuesto exceso de superficie, sobre el que la recurrente omite, en un intento de falsear la realidad, la modificación de la licencia operada en el año 2001; 4º) otras cuestiones planteadas en relación con la propuesta de resolución, principalmente la imposibilidad de ejercitar la pretensión mantenida al amparo de la acción pública, el

intento de convertir al Tribunal en órgano sancionador y la disconformidad con las declaraciones contenidas en la propuesta respecto al vuelo de la edificación, la imposibilidad de imponer ningún tipo de sanción ni orden de restitución por faltar el elemento de subjetivo de la culpabilidad y la incorrección del cálculo del importe de la sanción.

La Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 de la CALLE000 NUM000 de Sanxenxo se opone a la demanda a partir de los siguientes fundamentos de derecho: 1º) la edificación denunciada respeta el deslinde del dominio público y la zona de servidumbre fijada, en su momento, por el Servicio de Costas del Estado, con ausencia de culpabilidad por parte del promotor y sin que pueda imponerse la sanción pretendida; 2º) la edificación se realizó de acuerdo con la alineación establecida por la ordenación urbanística vigente y para cumplir con el criterio homogéneo del conjunto de la fachada marítima indicado por el instrumento urbanístico de ordenación detallada; 3º) aplicación de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Costas , posible legalización de usos y comisión de infracción leve.

TERCERO

: La resolución de la controversia planteada debe partir de un **dato incontrovertible** : la edificación litigiosa se sitúa en algunos puntos de su fachada a menos de 20 metros de la línea interior de la ribera del mar.

Discuten las partes si el dato ha de llevarnos a afirmar inexorablemente que el edificio litigioso invade la zona de servidumbre de protección - que la Ley de Costas dibuja para el tipo de suelo en que nos encontramos con 20 metros de profundidad, medidos tierra adentro a partir de la línea interior de la ribera del mar -, o si la anchura de la zona de servidumbre viene determinada por el plano de deslinde. La cuestión tiene una respuesta clara: la servidumbre de protección del dominio público es una servidumbre legal, cuya anchura viene predeterminada legalmente, sin que pueda darse al plano de deslinde la eficacia jurídica que parece desprenderse de las alegaciones de las demandadas. Esto es, y sin entrar en este momento a dirimir responsabilidades, **la servidumbre de protección tendrá 20 metros de ancho cuando esta sea la anchura que legalmente corresponda** , aunque el plano de deslinde determine otra distancia diferente. Por tanto, si el plano de deslinde contiene un error y contraviene lo dispuesto en la Ley, no puede llegar a prevalecer el grafiado sobre la norma, ni provocar la aplicación a una franja determinada de terreno de un régimen distinto al aplicable legalmente. Y ello sin perjuicio, como veremos, de la consecuencias que el referido error pueda entrañar para las partes en conflicto.

Tanto más si, como sucede en este caso, el plano de deslinde es "provisional". Esta circunstancia debería poner sobre alerta a los órganos competentes para autorizar determinadas actuaciones próximas al dominio público, sobre todo teniendo en cuenta que la línea provisional pudiera llegar a modificarse, hacia el interior o en dirección al mar, ampliando o reduciendo la anchura de la servidumbre de protección. Esta es la razón por la que la propia Ley y el Reglamento de Costas confieren al deslinde provisional unos efectos limitados y, a modo de medida cautelar, se declara la suspensión cautelar del otorgamiento de las licencias de obra en el "ámbito afectado por el deslinde" (art. 22.2.b del reglamento de Costas) que, en puro sentido común, no debiera ser estrictamente el delimitado por una línea sobre el plano que, en sí misma, es provisional y puede ser alterada a lo largo del procedimiento de deslinde.

En el caso litigioso no solo se cometieron errores, como se ha expuesto en los antecedentes, por cierto, tan de bulto que han sido expresamente reconocidos por la Administración (véase antecedente 13º); también se realizaron algunas actuaciones que, cuando menos, no son de la diligencia esperada o ponen en entredicho la coordinación existente entre las diferentes Administraciones Públicas con competencias sobre el litoral.

Así, por ejemplo, la suspensión del otorgamiento de las licencias como consecuencia del deslinde provisional acordada por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sanxenxo el 11 de septiembre de 1998 no derivó en un especial celo al tramitarse y resolverse la solicitud de licencia presentada por Construcuatro,SA, pese a que la alineación del edificio coincidía con la línea de servidumbre de protección; es cierto que la edificación proyectada se dibujaba fuera de la zona de

servidumbre de protección, pero su frente coincidía exactamente con el límite interior de dicha zona, por lo que un ligero movimiento de la línea hacia el interior podría haber provocado un problema similar al que ahora tratamos de resolver. Tampoco por parte de la mercantil provocó la prudente comprobación de la distancia que existía entre la línea de deslinde del dominio público marítimo-terrestre y la edificación proyectada, aun cuando el deslinde era entonces provisional y por la experiencia de la entidad promotora se presume el conocimiento de las consecuencias de una alteración de las líneas provisionales del deslinde.

Lo mismo puede decirse de la Administración autonómica, a la que compete la vigilancia de los usos practicados en la zona de servidumbre de protección, que no percibió la necesidad de realizar comprobaciones hasta que se presentó una denuncia por parte de un ciudadano por haberse realizado la obra invadiendo la zona de servidumbre de protección.

Y huelga mayores comentarios sobre la coordinación intra e interadministrativa, habida cuenta de que entre la licencia de obras y la licencia de primera ocupación otorgadas a Construcuatro,SA se aprobó definitivamente el PGOM de Sanxenxo en cuyo plano de ordenación nº 9.1.8 la línea de servidumbre de protección no es la misma que la errónea línea de deslinde provisional que hasta ese momento conocía y manejaba el Ayuntamiento.

En fin, a partir de todos estos datos es posible enzarzarse en una discusión dogmática sobre la eficacia jurídica de los planos de deslinde, sobre el valor de los deslindes provisionales y sobre las competencias para determinar la anchura de la zona de servidumbre de protección y controlar su respeto por las edificaciones construidas. Pero cualquiera que fuesen los resultados alcanzados sobre todas estas cuestiones, nada nos alejaría de la realidad que se deriva del expediente administrativo y de los autos y que es una y rotunda: por las razones que fueran -sobre ellas volveremos- lo cierto es que **la edificación litigiosa se construyó ocupando la zona de servidumbre de protección legalmente establecida**.

CUARTO

: Dicho lo anterior, el cúmulo de circunstancias concurrentes en este caso tiene su propia **trascendencia jurídica en el marco del procedimiento sancionador** incoado, instruido y finalmente sobreseído por la Administración autonómica.

Porque, como se insiste en los escritos de las demandadas, la imposición de una sanción administrativa exige, además del elemento objetivo consistente en la comisión de una infracción tipificada en una norma con rango de ley ([artículo 129](#) de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#)), la concurrencia del elemento subjetivo de la culpabilidad. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (por todas, la Sentencia 76/1990) y lo ha reiterado una constante jurisprudencia de cita innecesaria: en este ámbito de la potestad sancionadora rigen los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad.

El [artículo 137](#) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , dispone que "Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario" (apartado 1). Pues bien, en el presente caso los indicios puestos de manifiesto por el denunciante y la Asociación demandante no permiten afirmar la existencia de culpabilidad en el promotor de las obras respecto a la realización de la construcción sobre la zona de servidumbre de protección. Es cierto, como señala la demandante, que a las entidades que se dedican a la actividad constructiva se les debe exigir un plus de responsabilidad, por su grado de conocimiento de la materia y la experiencia adquirida con su actividad profesional. Y desde luego, la constancia en el expediente de aprobación del PGOM del plano de deslinde provisional correcto podría llevarnos a la convicción de que podía haberse llegado a conocer la verdadera extensión de la zona de servidumbre por quienes, además de formar parte de la sociedad promotora, ocupaban cargos de responsabilidad en el Ayuntamiento. En fin, podría haberse esperado de la entidad constructora una actividad de replanteo sobre el terreno con mediciones propias encaminadas a determinar la correcta alineación de la construcción proyectada sobre el suelo. Sin embargo, las afirmaciones realizadas no van más allá de los meros indicios o

suposiciones, insuficientes, en el ámbito de la potestad sancionadora, para declarar la culpabilidad del autor de las actividades perseguidas.

Por el contrario, y como se sostiene por la Administración y por el promotor, es fácil determinar que en este caso pudo existir error invencible derivado de las propias actuaciones de las Administraciones Públicas implicadas. Y con ello llegaremos a afirmar que no ha existido la responsabilidad exigida para imponer la correspondiente sanción. En palabras del [art. 130.1](#) de la Ley 30/1992 : "Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia". Aceptaremos, en definitiva, que el promotor ha actuado con la creencia de que su actuación venía respaldada por los preceptivos títulos habilitantes, otorgados, por lo demás, al amparo de una normativa y una planigrafía que no se sospechaba errónea; que el promotor actuó con la confianza del buen hacer de la Administración, la confianza legítima de quien lleva a cabo su actividad de acuerdo con lo que la propia Administración Pública le indica, y no porque se haya generado en él mismo una simple convicción psicológica de que se actúa conforme a derecho, sino porque existen signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa.

Bajo esta perspectiva, las alegaciones de la promotora respecto a su ausencia de culpabilidad deben prosperar y con ello debe confirmarse, en lo que a este extremo se refiere, el sobreseimiento declarado por el Acuerdo del Consello de la Xunta.

QUINTO

: Cuestión distinta es la referida a la restitución de los terrenos al estado anterior a la obra.

Con carácter previo, debemos hacer una consideración respecto al planteamiento de la pretensión de restitución por parte del demandante, para dar respuesta a las alegaciones contenidas en la conclusión tercera del escrito de conclusiones de la promotora, en la que declara que "la recurrente introduce extemporáneamente la pretensión específica que no incluyó en el escrito de demanda, en particular, solicita que el Tribunal ordene la restitución de los terrenos a su primitivo estado sin perjuicio de la sanción que se estime procedente imponer a la mercantil "Construcuatro,SA", arguyendo que el escrito de conclusiones no es el momento procesal para ello por lo que debe rechazarse.

Las alegaciones de la entidad mercantil no pueden ser atendidas, porque la pretensión invocada había sido planteada oportunamente. Así, el demandante solicitó en su demanda la revocación de la resolución recurrida "dictando otra conforme a derecho y del mismo tenor que la propuesta de resolución de fecha 15 de diciembre de 2004 (ff. 343-350)". La forma en que se describe la pretensión, por referencia a otro documento obrante en los autos, puede ser peculiar, pero si se acude a dicho documento no cabe duda alguna de cuál es la pretensión del demandante, pues en la referida propuesta de resolución se lee: "Proponse: 1º) Imponer a Construcuatro,SA, na súa condición de promotora, unha sanción de multa de tres millóns cincuenta e cinco mil oitocentos corenta e un euros (3.055.841 #) (...); 2º) Ordear a Construcuatro,SA volta-los terreos nos que se executaron as obras obxecto deste expediente ó seu primitivo estado, debendo ser realizado no prazo dun mes, dende que sexa definitiva, en vía administrativa, a resolución que sobor do particular recaiga. Transcorrido o prazo sen que se houbese cumprimentado o ordeado, se lle impondrá una multa coercitiva por importe de trescentos cinco mil cincocientos oitenta e catro euros (305.584 #) mensuais ata a súa total execución, procedéndose á súa execución subsidiaria por conta do infractor e á súa costa, caso de que éste non o leve a cabo" (p. 348).

Y, si alguna duda cupiera sobre el alcance de lo pretendido, basta detenerse en el Fundamento de derecho segundo de la demanda para encontrar el argumento de que "aunque se considere (erróneamente) que no procede la imposición de una sanción, es ineludible un pronunciamiento acerca de la necesidad de restituir la legalidad, que pasa por la orden de devolver los terrenos a su primitivo estado, ya que ello es una exigencia de la Ley de Costas ante la evidencia de que estamos ante obras no autorizadas en zona de servidumbre de protección".

Despejada por tanto la duda que pudiera resultar del planteamiento de la pretensión por la

demandante, debemos pronunciarnos sobre su viabilidad.

Pues bien, siendo la situación real del edificio construido la expuesta en el fundamento jurídico tercero, esto es, se ha construido ocupando indebidamente una parte de la zona de servidumbre de protección, no cabe duda de que debe restituirse la legalidad, esto es, debe dejarse expedita la servidumbre, con demolición de la parte de la edificación que invada la zona de servidumbre de protección. Y ello con independencia del resultado del expediente sancionador que se haya incoado contra el promotor de las obras, porque es doctrina jurisprudencial constante que las potestades sancionadoras y de reposición de la legalidad son distintas, con las consecuencias que ahora se señalarán. Así, la potestad sancionadora persigue la comisión de los ilícitos a fin de castigar al infractor; en tanto que la potestad de reposición de las cosas a su antiguo estado persigue devolver al demanio sus óptimas condiciones, logrando que concuerde la realidad física con la prevista en la norma jurídica. Además, la potestad sancionadora comparte con la potestad punitiva del Estado los principios en que ésta se basa, entre ellos, y por lo que ahora interesan, dos: la presunción de inocencia y la culpabilidad; principios ambos que no están presentes en el ejercicio de la potestad de reposición.

Pues bien, en tanto que potestades diferenciadas, la jurisprudencia vino reconociendo que el ejercicio de una de ellas no está condicionada por el de la otra. En otras palabras, aun cuando la conducta realizada no sea perseguible, debe reponerse la legalidad. Y ello sin perjuicio de que, por razones de economía procedimental, haya de sustanciarse un solo procedimiento para determinar la conducta infractora y ordenar la reposición.

Así se desprende claramente de la jurisprudencia, plasmada en la sentencia de 21 de febrero de 2000, que resume la doctrina del Tribunal Supremo, Sala Segunda, al razonar en el siguiente sentido: "... de un lado, la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba, sólo, como retributivo de la infracción, a modo de pena ligada a ésta; al contrario, **es una obligación que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal** ; su concepción ... como una medida que complementariamente puede ser impuesta al infractor, no tiene el significado de atribuirle un carácter o naturaleza jurídica de medida sancionadora propiamente dicha, pues obedece más bien a un mero propósito de economía procedimental, concentrando en un solo procedimiento, sin merma alguna de garantías, dado el plus de las que adornan al sancionador, el haz o conjunto de decisiones derivables de aquel acto de alteración o modificación ...".

De ahí que el deber de reposición proceda incluso si la infracción hubiese prescrito: "No obstante, se exigirá la restitución de las cosas a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido" (art. 92.1 de la Ley de Costas); y con independencia del resultado del procedimiento sancionador: "Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente" (art. 95.1).

No podríamos sostener algo distinto para el caso de que concurriese una causa de exclusión de la responsabilidad, como sucede en este caso. De ahí que el Acuerdo impugnado, en cuanto que convalida el escueto pronunciamiento realizado en el año 2005 por el Conselleiro, es contrario a derecho por cuanto no recoge la exigida orden de restitución que es imperativa en estos casos y que había sido propuesta oportunamente por el instructor.

Procede, pues, declarar el Acuerdo impugnado contrario a derecho por cuanto **la declaración de sobreseimiento es improcedente respecto a la obligación de reposición de los terrenos al estado anterior a su ocupación por el inmueble litigioso** .

SEXTO

: Llegados a este punto, debemos hacer alguna consideración respecto a las alegaciones obrantes en el escrito de demanda referidas al edificio litigioso, en particular la falta de correspondencia de sus alturas con la licencia otorgada y la diferencia entre la superficie real construida y la licenciada, cuestiones ambas a las que hacía referencia la propuesta de resolución de 15 de diciembre de 2004 que el demandante pretende que asumamos.

Pues bien, el objeto de este pleito se concreta en determinar dos cuestiones: la primera, si es procedente sancionar a la entidad mercantil por vulneración de la Ley de Costas como consecuencia de la invasión de la zona de servidumbre de protección y la realización de obras sin autorización autonómica; la segunda, si procede ordenar la restitución de las cosas al estado anterior a la realización de la construcción. Las cuestiones de índole urbanística referidas a otras posibles irregularidades del edificio en cuanto a alturas y superficie ni son competencia del órgano que ha dictado la resolución ni afectan a la decisión que hemos tomado sobre las dos cuestiones antes referidas.

Dicho esto, sí debemos pronunciarnos sobre una cuestión concreta que afecta a la construcción del edificio pero con incidencia real sobre la zona de servidumbre. Se trata de determinar si el vuelo del edificio debe considerarse como parte de la edificación que ocupa indebidamente la franja de la servidumbre de protección a efectos de determinar si afecta también a él la orden de reposición.

La promotora insiste en su escrito de contestación a la demanda en que el vuelo cumple estrictamente las disposiciones urbanísticas contenidas en la Ordenanza 2 de las NNSS de Planeamiento entonces vigentes. A juicio de la demandante, el vuelo invade la zona de servidumbre y debe ser repuesta también en este caso la legalidad.

Para resolver la cuestión debemos partir de la regulación vigente. El Reglamento de Costas solo hace referencia a los vuelos cuando regula la servidumbre de tránsito, al señalar expresamente que "La obligación de dejar expedita la zona de servidumbre de tránsito se refiere tanto al suelo como al vuelo y afecta a todos los usos que impidan la actividad de la servidumbre" (art. 51.6); sin que nada similar se disponga respecto a la servidumbre de protección. Es una regulación muy similar a la que establece en materia de aguas el reglamento del dominio público hidráulico respecto a la zona de servidumbre de 5 metros (y al silencio que también en ese caso se guarda respecto a la zona de policía de cien metros).

Del silencio de la norma en este segundo caso podría interpretarse, como lo hace la promotora en su escrito de contestación a la demanda, que los vuelos no están prohibidos sobre la servidumbre de protección y que, por tanto, resultaría aplicable a las edificaciones que colindasen con esta zona lo establecido sin distinción en la normativa urbanística municipal. Sin embargo, esta consideración deja de lado la finalidad de cada una de las servidumbres. La servidumbre de tránsito exige dejar una franja de seis metros libre y expedita para garantizar el paso público peatonal y de los vehículos de vigilancia y salvamento; de ahí que haya resultado necesario disponer que la limitación afecta al vuelo. La servidumbre de protección tiene una finalidad claramente paisajística y ambiental, que pretende, entre otras cosas, alejar la línea de las edificaciones del dominio público. Por eso se prohíben singularmente ciertos usos que inciden negativamente sobre el demanio (art. 25) y, entre ellos, las edificaciones destinadas a residencia o habitación. Pues bien, en este caso, la prohibición debe alcanzar razonablemente a los vuelos, que son parte de la edificación, sin que sea preciso que el reglamento así lo haya dispuesto porque no parece necesaria ulterior especificación.

Por lo demás, la invocación de la Ordenanza nº 2 de las NNSS de Planeamiento de Sanxenxo no sirve en este caso para eludir el cumplimiento de lo que dispone la Ley de Costas. Las NNSS están sometidas a lo que dispongan otras normas de rango superior, como la Ley de Costas, a la que habrá que adaptar sus disposiciones cuando resulten aplicables a un determinado espacio del término municipal y exista contradicción o solapamiento entre lo dispuesto en unas y otras.

En definitiva, y a los efectos ahora planteados, deberá ordenarse la restitución de los terrenos a su estado anterior, demoliendo las partes del edificio que -en su suelo y vuelos- invadan la zona de servidumbre de protección, sea en suelo como en vuelo.

SÉPTIMO

: Por lo demás, se alegan por las partes otras muchas cuestiones cuya consideración individualizada resulta innecesaria al declararse improcedente la sanción y procedente la orden de restitución. Pese a todo, esta Sala quiere dar respuesta a algunas cuestiones que han sido planteadas por las partes, sin que lo que ahora dispongamos afecte a lo decidido.

No cabe estimar aplicable al caso de autos la Disposición Transitoria Novena del Reglamento de Costas, en los términos en que se propone en el escrito de contestación a la demanda de la Comunidad de Propietarios. Esta Transitoria, que efectivamente se refiere a nuevas construcciones en la zona de servidumbre de protección, está referida a un supuesto de hecho muy específico y sujeto a unos condicionantes y a un procedimiento que nada tienen que ver con la Litis. Así, esta Transitoria se refiere a la posibilidad recogida en la Disposición Transitoria Tercera, apartado 3 de la Ley de Costas de que sean autorizados nuevos usos y construcciones en la zona de 20 metros de servidumbre de protección de conformidad con los planes de ordenación en vigor, siempre que se garantice la efectividad de la servidumbre y no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre. Pues bien, las reglas que recoge el reglamento son muy concretas: que exista una línea de edificaciones situada a una distancia inferior a 20 metros desde el límite interior de la ribera del mar; que se apruebe un plan especial, estudio de detalle u otro instrumento urbanístico adecuado, cuyo objetivo primordial sea el proporcionar un tratamiento urbanístico homogéneo al conjunto de la fachada marítima; que las nuevas construcciones mantengan la misma alineación, sean edificaciones cerradas y que la longitud del conjunto de solares susceptibles de albergar dichas edificaciones no exceda de la cuarta parte de la longitud total de la fachada existente; y que sean solares aislados, con medianerías de edificación consolidada a uno o ambos lados, siempre que ésta sea conforme con la alienación establecida en la ordenación urbanística. La parte demandada no alcanza a explicar el encaje del edificio litigioso en las condiciones y exigencias descritas, ni de su transcripción se intuye su aplicabilidad por lo que la alegación no puede ser atendida.

Por lo demás, respecto al extensísimo escrito de contestación a la demanda presentado por la promotora Construcuatro,SA, no parece necesario dar contestación a cada uno de los argumentos encaminados a declarar que no se ha cometido infracción por parte de la mercantil porque en ese punto se ha de dar la razón a los demandados. Sin embargo, sí debemos hacer alguna consideración respecto a la tesis que plantea, y sobre la que basa buena parte de su fundamentación, sobre el valor jurídico de los planos del deslinde. En su escrito cita una [sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2008 \(RJ 2008, 2020 \)](#) (rec. casación 1108/2004) en la que se declara que la propia Ley de Costas establece la figura del plano como técnica de delimitación de los terrenos deslindados. Pues bien, siendo ello cierto (aunque las palabras entrecuilladas pertenecen a la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional que pretendía ser casada y no al Tribunal Supremo), no se puede dar a lo expresado el alcance que se pretende, que es tanto como señalar que el plano que se haya considerado es "constitutivo", en el sentido de que determina la extensión del dominio público y de la zona de servidumbre de protección por encima de la realidad física y de los posibles errores que se hayan cometido en su elaboración. La tesis no puede aceptarse y, si bien el error en el plano ha servido para eliminar la culpabilidad de la conducta de la promotora y con ello la sanción, no puede aplicarse la misma consecuencia a la orden de restitución de las cosas al estado anterior, porque, **por encima de los planos, está la realidad física**. El Tribunal Supremo, precisamente en la sentencia citada por la demandada, dice que "Debemos recordar, para concluir, que en esta materia de deslindes marítimo-terrestres la realidad física -aun transformada por la edificación- es la determinante de su inclusión en los apartados de la citada [LC \(RCL 2003, 1748 \)](#), resultando, incluso, posible la realización de posteriores deslindes, aunque la realidad fáctica no haya sufrido transformación alguna. Así, en nuestra STS de 14 de julio de 2003 señalamos que: "El procedimiento de deslinde, contemplado en el capítulo III del título I de la Ley de Costas 22/1998, de 28 de julio, tiene como finalidad constatar y declarar que un suelo reúne las características físicas relacionadas en los artículos 3, 4 y 5 de dicha Ley, sin que ello comporte la imposibilidad de practicar ulteriores deslindes si el llevado a cabo resulta incorrecto, incompleto o inexacto, aunque no haya cambiado la morfología de los terrenos, ya que el dominio público marítimo-terrestre viene configurado por hechos naturales que el deslinde se limita a comprobar, por lo que resulta innecesario usar el procedimiento de revisión de los actos administrativos contemplado en el capítulo primero del título VII de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512](#)

[. 2775 y RCL 1993, 246](#)), modificada por Ley 4/1999, pues con el deslinde no se persigue la revisión de actos contrarios al ordenamiento jurídico sino la determinación del dominio público marítimo-terrestre a fin de constatar si efectivamente un terreno reúne o no las características contempladas en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas, y ello cuantas veces fuese necesario, bien de oficio o a petición de cualquier interesado ... ". La realidad física es, pues, concluyente, y en este caso no deja margen a la duda: la edificación litigiosa invade en parte la zona de servidumbre de protección, que tiene una profundidad de veinte metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar.

Por último, y siendo la realidad física determinante, no tienen entidad suficiente las críticas vertidas por los demandados respecto a las mediciones efectuadas. Es cierto que no es competente el Servicio de Usos del Litoral para fijar el límite interior de la ribera del mar y el deslinde del dominio público, pero lo es, obviamente, para realizar las actuaciones de investigación - también mediciones - que sean precisas para ejercitar las competencias de policía que le corresponden sobre la zona de servidumbre de protección de acuerdo con la jurisprudencia constitucional recaída tras la aprobación de la Ley de Costas y su Reglamento. De las mediciones se queda este Tribunal con la constancia de que tomadas en su punto más favorable para la entidad mercantil demandada, aun en ese caso existe invasión de la zona de servidumbre de protección. Y si lo que procede es reponer las cosas a su estado anterior, será al realizar el correspondiente proyecto de demolición cuando proceda determinar sobre el plano y con total precisión la parte del edificio construida sobre la zona de servidumbre, de acuerdo con la planigrafía correcta y con el deslinde definitivamente aprobado.

OCTAVO

: Por todo ello, el recurso debe ser estimado en parte; y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional, sin imposición de costas.

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Juan Lage Fernández- Cervera en nombre y representación de la Asociación Salvemos Pontevedra, contra el Acuerdo del Consello de la Xunta de 24 de noviembre de 2011, por la que se convalida la Resolución del Conselleiro de Pesca e Asuntos Marítimos de 18 de febrero de 2005, que anulamos por ser contraria a derecho. Y, estimando parcialmente la demanda, declaramos que debe ordenarse al promotor devolver a su estado anterior los terrenos de la servidumbre de protección invadida por las obras. Y condenamos a la Administración demandada a dictar de modo inmediato la consiguiente orden de reposición, otorgando al promotor un plazo de un mes para llevarla a puro y debido efecto, con apercibimiento de ejecución forzosa en caso de no llevarse a cabo. Sin imposición de costas.

Esta sentencia es susceptible del recurso ordinario de casación a que se refiere el artículo 86 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de diez días.

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo a la oficina de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^{ÑA}. MARTA GARCÍA PÉREZ al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sección 2^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que yo, Secretaria, certifico.