



Roj: **STSJ GAL 2692/2022 - ECLI:ES:TSJGAL:2022:2692**

Id Cendoj: **15030330022022100136**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **28/03/2022**

Nº de Recurso: **4136/2021**

Nº de Resolución: **135/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Lugo, núm. 2, 15-01-2021 (proc. 407/2019),
STSJ GAL 2692/2022**

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

A CORUÑA

SENTENCIA: 00135/2022

Recurso de Apelación n.º 4136/2021

EN NOMBRE DEL REY

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

SENTENCIA

Ilmos. Sres. Magistrados

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ (Presidenta)

D. JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D. JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES

En la ciudad de A Coruña, a 28 de marzo de 2022.

En el recurso de apelación que con el n.º 4136/2021, pende de resolución en esta Sala, interpuesto por PARTE APELANTE: EIROBRA A MARIÑA SL Procuradora: SUSANA TAMARGO PRIETO Abogado: MARIA CAMPO LOPEZ- BRAÑA FREIJE. PARTE APELADA: CONCELLO DE RIBADEO (LUGO), Letrado de la Diputación Provincial de Lugo. Contra sentencia XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2 Lugo SENTENCIA: 00009/2021 PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000407/2019/A SENTENCIA 9/21 15 de enero de 2021.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Lugo se dictó con fecha 15 de enero de 2021, sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLO:

"DESESTIMO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "EIROBRA A MARIÑA S.L.", representada por la Procuradora Doña Susana Tamargo Prieto, contra el acto administrativo que se ha descrito en el FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO de esta Sentencia por los motivos expresados en la fundamentación jurídica, declarando que el mismo es ajustado a derecho.



Se imponen las costas a la recurrente hasta la cifra máxima de 600 euros por todos los conceptos (más impuestos)".

SEGUNDO.- Por la representación de la parte apelante se interpuso recurso de apelación contra dicha resolución judicial, en el que se solicitó que se dicte sentencia revocando la Sentencia Apelada y estimando el presente recurso declarando que la Resolución del Ayuntamiento de Ribadeo de 02.10.2019 dictada en expediente 11881/2019 no es ajustada a Derecho.

TERCERO.- El recurso fue admitido a trámite y se dio traslado a las demás partes, formulando oposición la representación de la parte apelada, que interesa se desestime el recurso y se confirme íntegramente la resolución judicial recurrida, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, ante la que se personaron las partes; por providencia se declararon concluidas las actuaciones; y mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 24 de marzo de 2022.

QUINTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en todo aquello en lo que no discrepen de los de la presente.

SEGUNDO.- Fundamentación jurídica del recurso de apelación.

La parte apelante discute la competencia y legalidad de la actuación de la entidad local para imponer, con ocasión de la tramitación del procedimiento ejecutivo 1181/2019, como condición necesaria para permitir continuar en el ejercicio de la actividad empresarial en el faro sito en el dominio público de Isla Pancha, que se mantenga abierta al uso público la puerta de acceso al dominio público portuario Isla Pancha.

Se remite al expediente de **comunicación** previa, de donde derivaría que la obligación para dar comienzo al ejercicio de la actividad empresarial es garantizar que el acceso público al establecimiento hotelero se puede realizar a través de los elementos de dominio público de uso común, que no es lo mismo que la obligación de mantener abierta la puerta de acceso al uso público exigida por la Administración local en la resolución impugnada de 02.10.2019 para permitir la continuidad en el ejercicio de la actividad. Y considera que se ha incurrido en error en la valoración de la prueba, falta de competencia de la Administración local e inadecuación de procedimiento, y que se exige un requisito nuevo, por lo que va en contra de sus propios actos y vulnera la confianza legítima. Y que la finalidad de acceso para la ciudadanía no resulta legitimado ni por el artículo 82 del Decreto 144/2016 ni por el artículo 1.2 de la Ordenanza. Y lo previamente requerido, fue que "*garantizara el acceso libre de policía, ambulancias, bomberos... al establecimiento hotelero por razones de seguridad en caso de incendio, accidentes...*". Y se remite al informe del secretario municipal de 09.08.2017. De ello deduce la parte apelante que el concesionario no está obligado a garantizar el libre acceso al dominio público Isla Pancha sino a garantizar dicho acceso en determinados horarios. Y que es un hecho nuevo porque inicialmente no se exigió.

En conclusión, la parte apelante considera que no tiene la obligación de mantener abierta la puerta de acceso al uso público como se exige con ocasión de la resolución impugnada y es la Autoridad Portuaria la competente para regular el uso del dominio público. Añade que si lo que se pretende es modificar los términos bajo los que se concedió la licencia, ha de revisarla de **oficio** y que ni en la licencia ni en la **comunicación** previa se le exigió mantener la puerta abierta para el acceso público, sino que es en el procedimiento ejecutivo donde se introduce la nueva exigencia para continuar con su actividad, por lo que se plantea la alternativa entre cumplir lo que exige el Concello o lo que dispone la concesión. Añade la existencia de desviación de poder porque el concello quiere dar satisfacción a un grupo de personas. Y considera que no procede la imposición de costas.

TERCERO.- Oposición a la apelación.

Se pone de manifiesto por la defensa de la parte apelada la ausencia de impugnación de la resolución por la que se impuso el permitir el acceso público. Se remite al informe de la Secretaría del Concello, de 15 de noviembre de 2017, en que se hace referencia a la **comunicación** del interesado de que la frase "*quedando garantido o libre acceso público ata a porta do establecemento a través do paso existente pola ponte que conduce á Illa, segundo o manifestado por EIROBRA A MARIÑA S.L.*", supone que la puerta de entrada que conduce a través de Ponte a Illa Pancha y hasta el establecimiento que alberga los apartamentos turísticos, debe estar abierta para permitir el acceso libre, tal y como EIROBRA, S.L. manifestaba. Se remite igualmente a la condición 9ª de la concesión y a la **comunicación** de Porto de Ferrol al Concello de Ribadeo con relación al controvertido acceso a Illa Pancha. Y en la tercera **comunicación** previa se comprobó que se dejaba acceder a la isla y por ello se declaró su eficacia. Y hace referencia a la **comunicación** de la Autoridad Portuaria al Concello, de fecha



24 de julio de 2017, así como a la **comunicación** de la Autoridad Portuaria a la empresa recurrente. Siendo relevante que, contra la declaración de eficacia de la tercera **comunicación** previa, no se interpuso recurso alguno. Añade que no se trata de la licencia de obra sino del inicio de la actividad. Añade el contenido de los informes de Secretaría, ratificados por el Secretario en la vista, en concreto el de fecha 9 de agosto de 2017. Refiere que es la propia recurrente la que en escrito de fecha 29-08-2017, solicita al Concello de Ribadeo la revocación del cese y levantamiento del precinto y la autorización de la actividad como requisito previo para permitir el acceso libre al establecimiento, es decir, la recurrente con sus actos es la que genera la confianza de que se autorice el desprecinto para poder cumplir el requisito de acceso público que fue objeto de informe y resolución de la Alcaldía de mantener el acceso libre al establecimiento, siendo la razón del dictado de la tercera **comunicación** previa.

CUARTO.- Fondo del recurso:

El objeto de recurso sobre que recae la sentencia apelada, viene constituido por resolución del Ayuntamiento de Ribadeo de

2 de octubre de 2019, por la que acuerda *"REQUERIR ao titular solicitante para que logo da corrección realizada no tocante á apertura ao uso público da referida porta de acceso para cumprir coa condición sinalada no expediente de autorización de actividade, manteña a apertura ao uso público da mesma, sen prexuício dos controis de inspección posteriores que se poidan levar a cabo por esta entidade tal e como legalmente prescribe o Decreto 144/2016, de 26 de setembro, polo que se aproba o regulamento único de regulación integrada de actividades económicas e apertura de establecementos"*.

Como antecedentes, hemos de partir de que con fecha 30 de junio de 2015, la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao en calidad de titular del dominio público marítimo de la Isla Pancha, otorgó a Eirobra A Mariña SL concesión C770 con destino a Hotel y cafetería en el Faro sito en la Isla. Se otorga la licencia de obras en 2016.

En la **comunicación** de 7 de junio de 2017, del Alcalde del Concello de Ribadeo a la Autoridad Portuaria, se indica: *"Tendo en conta que se otorgou a concesión administrativa exclusivamente para o edificio e anexo con destino a hotel/apartamentos turísticos semella que o uso xeral do resto da Illa Pancha non pode ser para o uso exclusivo dos usuarios do establecemento de hostalería alí instalado, senón que deberá existir un uso público xeral"*.

En agosto de 2017 se emite Informe de Secretaría citado el derecho aplicable, y *"teniendo en cuenta que se otorgó concesión administrativa exclusivamente para el edificio y anexos con destino a hotel/apartamentos turísticos parece que el uso general del resto de la Isla Pancha no puede ser para un uso exclusivo de los usuarios del establecimiento de hostelería allí instalado, ni tampoco parece apropiado que por la existencia de una instalación fija en el lugar (faro de ayuda a la navegación marítima) se restrinja al uso público general el resto de la isla"*, informando a modo de conclusiones:

"1.- Que debe quedar claro que el Hotel o establecimiento turístico que nos ocupa en la Isla Pancha debe tener acceso público libre conforme quedó señalada anteriormente."

*2. - Mientras no exista este libre acceso y aun con el ánimo de cumplir con los principios de colaboración entre administraciones, no se podrá informar favorablemente a la **comunicación** previa de la puesta en marcha de la actividad"*.

Mediante resolución de la Alcaldía de fecha 11 de septiembre de 2017, se acuerda *"Declarar la eficacia de la tercera **comunicación** previa/declaración responsable para este expediente, ordenando el levantamiento de la suspensión cautelar, autorizando el desprecinto del local de referencia y en consecuencia autorizándose el desarrollo de la actividad de hotel en el Faro de Isla Pancha, quedando garantizado el libre acceso público hasta la puerta del establecimiento a través del paso existente por la puente que conduce a la isla, segundo o manifestado por "Eirobra A Mariña SL"*.

Todo lo anterior quedará supeditado a lo que resulte de la visita de comprobación....y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 82.5 del Decreto 144/2016 de 22 de septiembre ...".

En el Informe de Secretaría de fecha 22 de septiembre de 2017 en base al cual se dictó la Resolución de la Alcaldía de fecha 27 de septiembre de 2017, se indica: *"...comunicar al interesado que la actividad a la que se contrae este expediente es la de apartamentos turísticos...comunicar que la frase "quedando garantizado el libre acceso público hasta la puerta del establecimiento a través del paso existente por el puente que conduce a la isla según lo manifestado por Eirobra A Mariña S.L."*. Partiendo de lo manifestado por la apelante, se considera que la puerta de entrada que conduce a través del puente a la Isla Pancha hasta el establecimiento que alberga apartamentos turísticos debe estar abierta para permitir el acceso libre. Y *"...se requiere al titular para que en el plazo de 10 días presente escrito al Concello en el que se confirme que la puerta de acceso a la isla a través del*



puente existente está abierta y por la tanto existe libre acceso público a la isla Pancha hasta llegar a la puerta del inmueble de los apartamentos turísticos...".

Mediante resolución de la Alcaldía de fecha 26 de abril de 2019, se resuelve requerir a la mercantil por el plazo de diez días para que cumpla con lo declarado al Concello y proceda a corregir las deficiencias observadas en base a los partes de la Policía Local y lleve a cabo la apertura y acceso libre al establecimiento. Dando lugar a la resolución de la Alcaldía, de fecha 2 de octubre de 2019, que acuerda requerir al titular para que después de la corrección realizada en lo atinente al uso público de la puerta de acceso para cumplir con la condición señalada en el expediente de autorización de actividad, mantenga la apertura al uso público de la misma sin perjuicio de los controles de inspección que se puedan llevar a cabo en relación al Decreto 144/2016 de 22 de septiembre por el que aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos, frente a la cual se interpone recurso.

Con relación a la **competencia del Concello**, hemos de partir de que, tal y como se afirma en la sentencia apelada, no se trata de un control sobre la concesión sino que nos hallamos ante un procedimiento ejecutivo que se dicta dentro del ejercicio de competencias municipales, en concreto con relación a una licencia de actividad, por lo que resultan de aplicación los artículos 82 y ss. del Decreto 144/2016 de 22 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento único de regulación integrada de actividades económicas y apertura de establecimientos, y conforme al cual *"1. Todas las actuaciones incluidas en el ámbito de aplicación de estas normas quedan sujetas a la acción inspectora municipal, que puede ser ejercida en cualquier momento. A tal efecto, el ayuntamiento velará por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación de aplicación. Estará facultado para investigar e inspeccionar las instalaciones, establecimientos, obras y actividades con el objeto de comprobar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento y la adecuación a la normativa vigente y cuantos requisitos correspondan, en el marco de la documentación presentada junto con la **comunicación** previa"*.

De forma que, sencillamente, se trata de diferenciar entre la competencia municipal antes referida y lo que es la concesión de Puertos, de manera que esta última no impide que aquel pueda llevar a cabo el control e inspección en materias que son de su competencia, con la peculiaridad de que se trata de una actividad que se desarrolla en un Faro, sobre el que existe una concesión, pero en cualquier caso no se aprecia que exista un conflicto de competencias, que se deduce de la lectura de la documentación aportada y en concreto **comunicaciones** de ambas Administraciones, así como tampoco se aprecia que haya de procederse a la **revisión** de la licencia previamente dictada, tratándose en este momento de un acto de ejecución con relación a una tercera **comunicación** previa que se dicta precisamente al amparo de lo solicitado por la propia empresa. Por ello no puede considerarse que se haya seguido un procedimiento inadecuado.

En este sentido, lo que dispone el artículo 73 del RD legislativo 2/2011 de 5 de septiembre por el que se aprueba el TR de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante es que *"1. La utilización del dominio público portuario se regirá por lo establecido en esta ley, en el Reglamento de Explotación y Policía y en las correspondientes Ordenanzas Portuarias, las cuales establecerán las zonas abiertas al usogeneral y, en su caso, gratuito. En lo no previsto en las anteriores disposiciones será de aplicación la legislación decostas.*

...

4. Las autorizaciones y concesiones otorgadas según esta ley no eximen a sus titulares de obtener los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales. No obstante, cuando estos se obtengan con anterioridad al título administrativo exigible conforme a esta ley, su eficacia quedará demorada hasta que se otorgue el mismo".

Y en el artículo 31 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas de Galicia: *"1. La utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquel, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley".*

Y en este caso y tal y como se aclara en el acto de la prueba, el establecimiento ha de contar con acceso público, y así lo dispone la ordenanza municipal en su artículo 1.2: *"... se deberá garantizar que los establecimientos dedicados a las actividades económicas cumplan con las condiciones técnicas de seguridad, de higiene, sanitarias, de accesibilidad y confortabilidad... que regularmente se establezcan por las normas específicas..."*.

Precisamente esa ausencia de conflicto entre las competencias de ambas se evidencia del informe de la Autoridad Portuaria en que se indica la existencia de un *"uso común que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos"*, determinando que *"el puente no puede ser objeto de concesión"*, concluyendo



que " *la Autoridad Portuaria garantiza el acceso a la concesión otorgada a la mercantil para la explotación del antiguo faro en la Isla Pancha con destino a hotely cafetería por la zona de servicio en la que se encuentra y de la que es titular hasta los viales públicos situados fuera de la misma*". De manera que las concesión otorgada por la Autoridad Portuaria lo es con independencia de la necesidad de obtener el titular los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales. Se trata de una concesión otorgada en un espacio del dominio público portuario adscrito al servicio de señalización marítima, al estar ubicado en el mismo una instalación de ayuda a la navegación, por lo que cualquier concesión o uso de la superficie demanial debe de estar condicionada a la misma; pero además ha de tenerse en cuenta, por las características físicas de la superficie demanial, que se trata de una isla con un acceso único a los viales públicos, a través de un puente, acceso común para la concesión y para el servicio de instalación marítima que en ella se encuentra. Se trata así de compatibilizar el uso exclusivo y privativo del dominio público propio de la concesión, con el uso común por todos los ciudadanos, habiendo de partirse de las especiales circunstancias que concurren en este caso por cuanto nos hallamos ante una isla con un acceso único a los viales públicos a través de un puente, no siendo el mismo el objeto de la concesión. Precisamente el artículo 31 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, dispone que "*La utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita, para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquel, tales como pasear , estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a esta Ley*". Y en este sentido se informa por la Autoridad Portuaria.

De manera que, por una parte, es cierto que las condiciones de ocupación del dominio público portuario se recogen en el título concesional, entre ellas se encuentra la obligación del concesionario de permitir el acceso a la Isla al público en general en determinados horarios. Así en la cláusula 5ª de la concesión de 30 de junio de 2015, se dice que "*El portal de acceso a la isla permanecerá cerrado siempre, salvo cuando lo abran desde sus vehículos los clientes del hotel (no de la cafetería), los empleados de servicio o proveedores, o las personas autorizadas por la Autoridad Portuaria o por las Autoridades de Pesca; tendrá un tiempo de cierre automático corto, por seguridad*". Y en la cláusula 6ª, que "*La puerta de paso de hombre en el portal de acceso a la Isla permanecerá abierta (incluso para no clientes) siempre que lo esté la cafetería, y cerrada con llave, por el concesionario, el resto del tiempo*". Pero además ha de tenerse en cuenta el contenido de la cláusula 9ª, conforme a la cual "*9. El uso proyectado no limitará las condiciones de uso del faro su entorno, en especial en cuanto al posible acceso público a los terrenos del faro y edificios anexos*".

Asimismo, en las respuestas ofrecidas por el Alcalde del Concello de Ribadeo se hace referencia a la existencia de un **acto consentido y firme**, con referencia a la resolución de 17 de septiembre de 2017. Y a que, en la **comunicación** previa, se exige lo mismo que a cualquier actividad comercial pública en cualquier concello de Galicia, consistente en que el acceso sea público. Se refiere además a que, según la Axencia de Turismo de Galicia, resolución de 2 de junio de 2017, el establecimiento Faro Illa Pancha, fue clasificado como apartamentos turísticos y no como hotel, que es como consta en la concesión administrativa de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao.

Y del acto de la prueba resulta igualmente que lo que se está exigiendo por el Concello, en el mismo sentido que por la Agencia Gallega de Turismo, es que el acceso al establecimiento sea público, dado que conforme a los artículos 6 y 7 del Decreto 12/2017, así como la Ley 11/2007 de Turismo de Galicia, que regulan estos establecimientos, los apartamentos son establecimientos abiertos al público, el mismo se encuentra en el centro de la Isla, y el acceso ha de ser libre en las condiciones establecidas en las Leyes, por lo que el acceso libre y público hasta la puerta del establecimiento, ha de existir. De forma que se exige lo mismo que a cualquier otra actividad, que en este concreto caso es de hotel y cafetería.

Nos hallamos así ante una actividad cuyo ejercicio controla el Concello por ser de su competencia, y por el mismo se llevó a cabo un control e inspección, a partir de lo cual resuelve requerir para que la puerta permanezca abierta . Y se aclara en el acto de la prueba que una cosa es el horario del establecimiento y otra diferente el acceso público, y así lo explica el técnico municipal, en el sentido de que hay que permitir el acceso hasta la puerta por razones de seguridad, comerciales y porque lo exige la legislación, como en cualquier otra actividad. Y no se produce una modificación de los términos de la licencia, por lo que no procede acudir a su **revisión de oficio**, puesto que el objeto de recurso viene constituido por ejecución, al tratarse de que se dé cumplimiento a la tercera **comunicación** previa en sus términos, puesto que se declaró su eficacia en la resolución de 11 de septiembre de 2017, y puesto que, para declarar la eficacia de la tercera **comunicación** previa, se accede a tener abierta la puerta, y puesto que con posterioridad no se cumple tal condición, es por lo que se da lugar al requerimiento. De manera que realmente la tercera **comunicación** previa es una acto consentido y firme, nos hallamos ante su ejecución, y por ello no se puede considerar vulnerado el principio de **confianza legítima**.



En concreto, en la resolución de 17 de septiembre de 2017 se dice: "Vistas anteriores comunicacións **previas** (dúas) que foron declaradas ineficaces por resolucións desta Alcaldía, polos motivos que nas mesmas se expresan, e sobre as que se presentaron dous recursos contencioso-administrativos diante do Xulgado do Contencioso Administrativo n.º 1 de Lugo, recaendo sobre un deles, con data 10 de agosto de 2017, Auto de inadmisión polo procedemento especial de dereitos fundamentais e atopándose o outro pendente de resolución.

Visto escrito da Autoridade Portuaria que tivo entrada neste concello o 24 de xullo de 2017 no que refire que as condicións de ocupación do dominio público portuario recóllense no título concesional, que entre elas se atopa a obriga do concesionario de permitir o acceso á Illa ao público en xeral, en determinados horarios.

...

Visto por último o requirimento...

RESOLVE:

1º.- Declarar a eficacia da TERCEIRA **COMUNICACIÓN** PREVIA/DECLARACIÓN RESPONSABLE para este expediente ordenando o levantamento da suspensión cautelar, autorización e desprecinto do local de referencia e, en consecuencia, autorizándose o desenvolvemento da actividade de Hotel do Faro da Illa Pancha, quedando garantizado o libre acceso público ata a porta do establecemento a través do paso existente pola ponte que conduce á Illa, segundo o manifestado por EIROBRA A MARIÑA, S.L." no habiéndose sido recurrida la misma; y habiendo de diferenciarse entre lo que es el acceso al hotel y el acceso a la isla.

Y en el informe de la Secretaría del Concello, de 15 de noviembre de 2017, se hace referencia a la **comunicación** del interesado de que la frase "quedando garantido o libre acceso público ata a porta do establecemento a través do paso existente pola ponte que conduce á Illa, segundo o manifestado por EIROBRA A MARIÑA S.L.", supone que la puerta de entrada que conduce a través de Ponte a Illa Pancha y hasta el establecimiento que alberga los apartamentos turísticos, debe estar abierta para permitir el acceso libre, tal y como EIROBRA, S.L. manifestaba. De manera que la tercera **comunicación** previa se declara eficaz porque se dejaba acceder a la isla, verificándose con posterioridad que no se está dando cumplimiento a la misma, y es a lo que responde el acto aquí recurrido, de requerimiento. Habiendo de añadirse que no se está revisando la licencia, si bien ya en su día se imponía la condición, para la puesta en marcha de la actividad, de la presentación de la **comunicación** previa, como así fue hecho.

Y consecuencia también de todo lo expuesto es que, tratándose de una resolución conforme a la normativa aplicable, no se aprecia la existencia de **desviación de poder** que además la parte apelante residencia en la consideración de que se pretende permitir el acceso por el público a la Isla, lo cual resulta conforme a Derecho. En este sentido, y como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 9 marzo 2006, "La desviación de poder supone, conforme al artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Es necesario que el juzgador adquiera la convicción psicológica de la inadecuada utilización por la Administración de potestades administrativas". Siendo la doctrina constante y reiterada del Tribunal Supremo la que se resume en la sentencia de la Sala 3ª de 15 junio 2005: "Finalmente, no se advierte que la Administración incurra en desviación de poder de cuyo concepto legal han extraído la doctrina y la jurisprudencia sus notas caracterizadoras, resumidas así en SSTs. 3ª.7 de 2 de abril de 1993, 12 de abril de 1993, 22 de abril de 1994:

"a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que confiere la ley a este concepto; (art. 1.2 LJ).

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en la deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva; (SSTs. 5ª, 5-10-83 y 3-2-84).

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues "si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios -infracción del ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto- producidos precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma..."; (STS. 5ª, 8-11-78).

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición "que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional al derecho vulnerado", (STS. 5ª, 10-11-83), lo cierto es que "la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye, antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder"; (STS. 5ª, 30-11-81).



e) *En cuanto a la prueba de los hechos que definen la desviación de poder, "siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados - artículo 1249 del Código Civil - de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano - artículo 1253 CC - deriva en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma"; (STS. 4ª, 10-10-87).*

f) *La prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto; sin olvidar que, como señala la STS. 4ª de 23 de junio de 1987 , la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil "puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra"; (FD. 4º).*

g) *Finalmente, es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, a cuyo tenor "es difícil, en no pocas ocasiones, determinar el vicio de "desviación de poder" (aunque) ello no debe significar obstáculo para afrontar en cada caso concreto el análisis de las sentencias en las que se precise la existencia de dicho vicio" STS. 3ª. 4ª, de 28-4-92). Y esta disfunción es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella" (STS. 5ª, 24-5-86 y STS. 3ª 11-10-93)".*

La aplicación de la jurisprudencia precedente al caso examinado no permite constatar que se incurra con la resolución recurrida en dicha vulneración, además de que realmente el fin que se pretende es permitir el acceso público a la isla, que ha de considerarse conforme a Derecho; por lo que el recurso de apelación ha de ser desestimado.

QUINTO.- Costas procesales.

Procede hacer imposición de las costas del recurso de apelación a quien lo interpuso al ser desestimado (artículo 139 de la LJCA), por el importe total de 1.000 euros por todos los conceptos.

FALLO

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

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dª Susana Tamargo Prieto, en nombre y representación de EIROBRA A MARIÑA SL; contra sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Lugo, sentencia n.º 9/2021, dictada en autos de PO n.º 407/2019, de 15 de enero de 2021.

2) Hacer imposición del pago de las costas procesales a la parte apelante dentro del límite establecido en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional, que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley.

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

Así se acuerda y firma.