



Código 028.-

Rollo de apelación nº 60/05.-

Procedencia: Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Tres de Las Palmas de Gran Canaria (Ref: P.A. nº 406/04).-

PALMIRA ABENGOCHEA VISTUER

LICENCIADA EN DERECHO

PROCURADORA DE LAS TRIBUNALES

C/Luis Doreste Silva, 18 B - 6º Dcha.

35004 Las Palmas de G. Canaria

Tel. 928 242 446 - Fax: 928 241 759

S E N T E N C I A

Ilmos Sres

Presidente: Dña Cristina Paez Martínez-Virén.
Magistrados: D. César José García Otero.

Dña Inmaculada Rodríguez Falcón.-

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a 4 de febrero de 2.008.

Visto, en grado de apelación, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, el recurso contencioso-administrativo, seguido por el procedimiento ordinario con el nº 406/04, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Tres de Las Palmas de Gran Canaria; en el que fueron partes: como demandante, la Fundación César Manrique, representada por la Procuradora Dña Palmira Abengoechea Bistuer y defendida por el Letrado D. José Luis Pérez Suárez; y, como partes codemandadas: el Ayuntamiento de Yaiza representado por el Procurador D. Francisco Bethencourt Manrique de Lara y defendido por el Letrado D. Felipe Fernández Camero, y la entidad mercantil Hotel Princesa Yaiza S.A., representada por el mismo Procurador y defendida por Letrado; pendiente en esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Juzgado de 4 de diciembre de 2.006.

I.- ANTECEDENTES .-

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo, del que dimana el presente rollo de apelación, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Tres de los de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en fecha 4 de diciembre de





2.006, cuya parte dispositiva, literalmente dice: " Que se inadmite el recurso presentado por la Procuradora Dña Palmira Abengoechea Bistuer, en nombre y representación de la Fundación César Manrique, al haberse presentado extemporáneamente, sin entrar a conocer el resto de las pretensiones y sin realizar pronunciamiento sobre costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Dña Palmira Abengoechea Bistuer, en representación de la Fundación César Manrique, del que se dio traslado a las partes codemandadas, que lo impugnaron.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó rollo de apelación (registrado con el nº 60/07), continuando por sus trámites.

Fue ponente el Ilmo Sr Magistrado don César José García Otero, que expresa el parecer unánime de la Sala.-

II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS .

PRIMERO.- El objeto del recurso contencioso-administrativo, del que ahora se conoce en apelación, fue la pretensión de que se anulase el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza, de 1 de junio de 1.998, por el que se concedió a la entidad mercantil Hotelera de Yaiza S.A., licencia urbanística (exte nº 89/98) para la construcción de un hotel de cuatro estrellas sobre proyecto básico en la parcela B del Plan Parcial Costa Papagayo, en Playa Blanca, término municipal de Yaiza, así como contra el Decreto de 10 de enero de 2.001 (exte 113/00), de aprobación del proyecto de ejecución.

Al respecto, la sentencia de instancia concluyó que el recurso era extemporáneo al haber transcurrido un plazo superior a los dos meses a que se refiere el artículo 46.1 de la LJCA, en relación con el artículo 69 c) del mismo cuerpo legal, contados, de fecha a fecha, desde que se pudo





interponer, a cuyo fin el razonamiento judicial fue el siguiente:

“.. En el presente caso, las partes demandadas manifiestan que el citado plazo ha transcurrido, incluso con creces, por cuanto consideran que la recurrente tuvo conocimiento, con anterioridad, de la existencia del acto administrativo impugnado, y de la prueba practicada, en concreto del interrogatorio del representante legal de la Fundación y de los recortes de prensa que obran en autos, estima este juzgador que es cierta la alegación de los demandados, y ello porque el citado representante ha reconocido que la existencia de la licencia como la que ahora nos ocupa lo sabe a través de la prensa y de terceras personas, ya en anteriores sentencias de este Juzgado se ha considerado acreditado que entre los meses de junio y agosto de 2003 en uno de los periódicos locales se produjeron noticias al respecto, y si bien en las mismas no se concretaba las licencias a que se refería si que se indicaba que habían sido otorgadas por la Administración demandada durante la tramitación de la moratoria (cuyo cumplimiento se incluye en cierta forma dentro de los objetivos de la Fundación) habiendo manifestado expresamente el citado representante que sabía de la aparición de dichas noticias de prensa; igualmente, consta certificado en autos sobre la existencia de vinculación laboral entre algunos integrantes de la Fundación recurrente y personal del Cabildo, llegando a manifestarse en el escrito de interposición del recurso que consultó con la Administración insular la existencia del acto en cuestión, hasta el punto que pidió la acumulación de estos autos al recurso contencioso-administrativo que el Cabildo tiene presentado contra la misma licencia y que se tramita ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con el num 2489/03. Asimismo, debe hacerse notar que la licencia fue otorgada para la construcción de un Hotel de 330 plazas alojativas, obra que, en ningún caso, puede considerarse de menor y que es perfectamente visible. Por tanto, de las propias manifestaciones de este representante debe concluirse que la recurrente conocía las obras que se





realizaban en la zona y tuvo conocimiento con anterioridad del acto administrativo en cuestión, considerando que el recurso contencioso-administrativo ha sido interpuesto extemporáneamente y, por tanto, debe ser inadmitido, sin entrar a conocer el resto de las cuestiones planteadas"

Es decir, la juzgadora consideró extemporáneo el recurso contencioso-administrativo al dar por acreditado el conocimiento extraprocesal de la existencia de la licencia por quienes representan a la Fundación por diversos medios: informaciones periodísticas, consultas al Cabildo Insular, condición de miembros de la Fundación de personal del Cabildo Insular con trasvase de información, importancia y características de las obras, que hacían difícil que pudiesen pasar desapercibidas.

Frente a ello, la parte apelante articula su recurso de apelación por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, con denuncia de incongruencia omisiva e infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, así como los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA, y por infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en los artículos 69 c) y 46.1 de la LJCA, y, por último, también por infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en los artículos 304 del TRLS 1992, 249 y 180.1 del TRLOTcyENC.

Insiste, para ello, en que solo un conocimiento formal derivado de la notificación del acuerdo de concesión de licencias, con indicación de los recursos procedentes, puede limitar el plazo general que para el ejercicio de la acción pública en materia urbanística se encuentra establecido, reprochando la incongruencia de la sentencia por haber omitido cualquier referencia a las objeciones materiales, legales y jurisprudenciales que se opusieron a la causa de inadmisibilidad en el escrito de conclusiones.

Y añade que el artículo 46.1 de la LJCA exige que se proceda a la notificación o publicación del acto, sin que el conocimiento extraprocesal pueda convertirse en el día





5

inicial del plazo por introducir una alta dosis de arbitrariedad e inseguridad jurídica, mas cuando el dato principal del que parte la juzgadora es la relación privada entre un funcionario del Cabildo con la Fundación para dar por acreditado que la Fundación conocía la sentencia.

SEGUNDO.- Pues bien, hay que partir de que la Fundación César Manrique ejercita una acción pública en materia urbanística prevista en el artículo 304 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio de 1.992, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cuya vigencia declaró la Disposición Derogatoria de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, pronunciándose en el mismo sentido el artículo 249 de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias (hoy TRLOTCyENC) si bien este último en relación al cumplimiento de lo dispuesto en el Texto Refundido.

En consonancia con la clase de acción ejercitada, el plazo de ejercicio es de cuatro años a partir de la terminación de la obra en virtud de la remisión que el apdo segundo del artículo 304.2 del TRLS de 1.992 hace a los preceptos relativos al transcurso de los plazos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, siendo el tenor literal del precepto el siguiente: *"Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística"*, por lo que el precepto debe ponerse en relación con los preceptos de la legislación autonómica sobre plazos para la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística, contenidas, en el caso de Canarias, en la Ley de Disciplina Urbanística y Territorial y , posteriormente, en la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias (hoy Texto Refundido), cuyo artículo 180 establece que dichas medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico perturbado podrán





ejercitarse mientras los actos y usos estén en curso de ejecución y dentro de los cuatro años siguientes a la completa y total terminación de las obras y cese en el uso.

Por tanto, no cabe duda sobre la legitimación de la entidad actora (acción pública que no necesita ningún mas allá del interés al respeto a la legalidad urbanística) ni sobre el ejercicio en plazo de la acción al no constar que las obras hubiesen finalizado con anterioridad al ejercicio de la acción. El propio Ayuntamiento advierte que cuando se ejercita la acción habían transcurrido dos años desde la terminación de las obras, lo que deja zanjada la cuestión, pues el plazo para ejercitar la acción pública sobre el proyecto básico no puede entenderse que comenzó a correr para la Fundación antes del inicio de las obras, pues, como es sabido, es el proyecto de ejecución el que autoriza su inicio.

La cuestión sería si la Fundación Cesar Manrique tuvo conocimiento extraprocésal de las licencias de obras concedidas al proyecto básico y al proyecto de ejecución, y, al respecto, las propias partes codemandadas reconocen que la notificación de los actos recurridos se practicó al Cabildo Insular de Lanzarote en fecha 24 de julio de 2.003, y que nunca fueron notificados a la Fundación César Manrique, ni tenían porqué serlo, añadimos nosotros.

Ahora bien, lo decisivo en el caso es que la Fundación decidió ejercitar la acción pública y dicho ejercicio es posible cuando esté motivada por la ejecución de obras ilegales, durante la ejecución de dichas obras y también tras su conclusión con el límite temporal (de caducidad de la acción) de transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, y, en el caso, dando por cierto lo que dicen las partes codemandadas, no habían transcurrido los cuatro años desde su total terminación, teniendo en cuenta que, como antes dijimos, cuando se otorgó la licencia a proyecto básico ni siquiera habían comenzado.





Desde luego, lo que no puede hacer esta Sala es presuponer y dar por acreditado que funcionarios del Cabildo Insular, que son o fueron miembros de la Fundación César Manrique, aprovecharon esa doble condición para informar a esta última de la existencia de las licencias. Si ello fuese así estaríamos ante una cuestión que pertenecería al plano de la responsabilidad exigible a dichos funcionarios en el ejercicio de sus funciones, pero desde el punto de vista procesal, en lo que se refiere al ejercicio de la acción pública, que es lo que examina la Sala, en modo alguno es posible inducir o deducir ese conocimiento extraprocesal de la existencia de las licencias de obras impugnadas.

Es resumen, es cierto que el ejercicio de la acción pública en materia urbanística no excluye la interposición del recurso en plazo. Ahora bien, ello es aplicable en los casos de notificación o pleno conocimiento de la existencia y contenido de la licencia, y, en el caso, no se acreditó que la Fundación tuviese pleno conocimiento de la existencia y del contenido de dichas licencias en un momento que haga extemporáneo el presente recurso, sin que la realidad de las obras, las notificaciones al Cabildo, la existencia de funcionarios de este que son miembros de la Fundación, o las informaciones periodísticas sobre obras en marcha, puedan llevar a negar la posibilidad del ejercicio de una acción que prevé el ordenamiento jurídico como medio de reacción frente a obras ilegales, entendida la ilegalidad en la concesión de licencia.

TERCERO.- Por lo demás, tampoco puede rechazarse la legitimación "ad procesum" de la entidad actora (cuestionada por el Ayuntamiento demandado) cuando es notorio que no es este el único recurso seguido entre las mismas partes a propósito de licencias concedidas por ese Ayuntamiento, en los que la misma entidad ejercita también la acción pública, no cuestionada en muchos casos, y avalada por el poder a Procuradores otorgado por el Director Gerente por Escritura en la que se recoge que, según Escritura de Constitución, le





corresponde la representación de la Fundación ante los Tribunales, el nombramiento de Procuradores y Letrados y, además, el ejercicio de acciones.

CUARTO.- En lo que es la cuestión de fondo, iniciamos el examen de los que se denuncian como vicios invalidantes en el curso del procedimiento para el otorgamiento de la licencia, comenzando por el que se refiere a la falta de informe previo y vinculante del Cabildo Insular de Lanzarote exigido por el PIOT de 1.991.

Dicho PIOT era el planeamiento insular vigente cuando se otorgó la licencia sobre proyecto básico que, como es sabido, aunque no es una disposición general participa de su naturaleza (se asimila a las disposiciones generales en palabras de la jurisprudencia), a lo que hay que añadir que en el caso de los planos insulares sus efectos vinculantes venían establecidos en la propia Ley 1/1987, de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación, que, en la regulación de sus contenidos, se refiere a aquellos con valor de meras directrices de aquellos otros que constituyan determinaciones vinculantes de ordenación, las cuales - estas últimas-- participan de las características propias de las normas jurídicas emanadas de la potestad legislativa o de la potestad reglamentaria.

Y, al respecto, una de las determinaciones vinculantes del PIOT de 1.991 es el artículo 6.1.2.1.A3, conforme al cual " *en tanto no se adapte el planeamiento municipal y parcial las concesiones de licencias exigirán informe previo del Cabildo sobre compatibilidad con el Plan Insular*".

El artículo debe ponerse en relación con la Disposición Transitoria de la Ley 1/1987, de Planes Insulares, que estableció la obligación de adaptar el planeamiento general al PIOT en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de este instrumento, si bien también estableció que dicho plazo de adaptación tendría lugar " *sin perjuicio de la inmediata entrada en vigor de este con los efectos previstos*





en el artículo 5°.

Como indicamos precitado artículo 5 advertía que las determinaciones vinculantes de ordenación contenidas en los Planes Insulares "... son de inmediata aplicación y obligan a todos de modo general y directo..".

En relación con estos preceptos legales, el artículo 2 del PIOT, como determinación vinculante, estableció la obligación de adaptación de todo el planeamiento parcial al planeamiento insular en el plazo correspondiente, y, como garantía del cumplimiento directo de sus previsiones, el artículo 6.1.2.1., A3, de las normas del PIOT estableció que "en tanto no se adapte el planeamiento municipal y parcial las concesiones de licencias exigirán informe previo del Cabildo sobre compatibilidad con el Plan Insular".

Se trata de una determinante vinculante, de inmediata y directa aplicación, que goza de los características de exigibilidad y coercibilidad propios de las normas jurídicas o disposiciones asimiladas, cuyo cumplimiento es obligado por los entes públicos locales (Ayuntamientos) que son destinatarios inmediatos de la norma, en cuanto titulares de la competencia para la elaboración o aprobación del planeamiento inferior y para el otorgamiento de licencias urbanísticas y que conlleva que, en cuanto determinación vinculante, no es posible obviar el trámite de informe en el procedimiento iniciado a partir de la solicitud de licencia de obras.

Es, además, un trámite unido a la necesidad de garantizar los intereses insulares unidos al cumplimiento del PIOT e impedir que puedan desarrollarse actuaciones urbanísticas incompatibles con las determinaciones de ordenación establecidas por el planeamiento insular, como dijimos, jerárquicamente superior a los instrumentos de planeamiento municipales.

Por eso, el Ayuntamiento de Yaiza, vinculado por la





determinación vinculante del planeamiento jerárquicamente superior al municipal, de la que era destinatario en ejercicio de su competencia para el otorgamiento de licencias, debió pedir informe del Cabildo antes de la concesión de la licencia que aquí se examina, lo que permite concluir que se omitió un trámite preceptivo, exigido por una determinación vinculante del PIOT vigente cuando se otorgó la licencia, y que, por ello, incurrió en una irregularidad invalidante, dado que no es posible calificar de otra forma la omisión.

Frente a ello, apunta el Ayuntamiento que la omisión del informe de compatibilidad no representa ninguna disminución efectiva, real o trascendente en cuanto a las garantías omitidas, puesto que tal omisión no impide al acto alcanzar su fin pues su única finalidad es el control de las plazas alojativas que, en el caso, no ha superado la cifra establecida.

Desde luego, dicha tesis no puede ser compartida por esta Sala pues es tanto como considerar a los informes del procedimiento como trámite superfluo e innecesario. Dicho en otras palabras, el informe es precisamente la garantía de que la licencia se acomoda al planeamiento insular jerárquicamente superior a la ordenación urbanística inferior, y la garantía, en definitiva, del respeto a legalidad urbanística, y, en definitiva, garantía de que el ejercicio por el Ayuntamiento de sus potestades, en lo que se refiere a la concesión de licencias, se adecua, según el Cabildo, a la legalidad urbanística. Es mas, el propio Secretario municipal en su informe previo a la licencia pone de relieve la necesidad de dicho informe de compatibilidad por tratarse de un Plan Parcial no adaptado al PIOT.

Precisamente, el informe se exige " *en tanto no se adapte el planeamiento municipal y parcial*". Es decir, es difícil encontrar un supuesto mas claro de aplicación de la determinación y de la necesidad de informe pues estamos ante un planeamiento anterior y no adaptado al PIOT. El informe





era si cabe mas necesario ante la situación tras los pronunciamientos judiciales a que hacen referencia las partes codemandadas y, desde luego, no es el Ayuntamiento el que debe decidir si es o no necesario un informe de otra Administración que se configura como preceptivo, sino que lo que debe hacer es, simple y llanamente, cumplir la legalidad vigente y solicitar dicho informe.

Tampoco puede aceptarse la tesis de la parte codemandada de que dicho informe vulnera la normativa legal, pues fue precisamente, la Ley de Planes Insulares, y, actualmente, la LOTC, la que otorgó a las determinaciones vinculantes del PIOT su carácter y alcance propio de las normas jurídicas de obligada observancia. Es decir, ese carácter de las determinaciones del PIOT (de una parte de su contenido) tiene su cobertura en la propia ley.

QUINTO.- Lo dicho es mas que suficiente para estimar el recurso y anular las licencias recurridas que se otorgaron obviando cualquier solicitud al Cabildo de informe de compatibilidad, esto es, como si no existiese el Plan Insular de Ordenación de Lanzarote, que establecía determinaciones sobre el techo máximo edificatorio y de licencias urbanísticas para plazas alojativas turísticas de los planes parciales de los núcleos turísticos, lo cual evita seguir adelante pues, como ha advertido el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de mayo de 2.002 (rec 4003/1998), " .. un proceso (que tiene también su propia economía) es un mecanismo de resolución de controversias y no un medio de evacuación de consultas", lo que trasladado al caso examinado significa que, habiendo solicitado la parte actora la nulidad por un vicio invalidante en el procedimiento de otorgamiento de la licencia, que determina su ilegalidad, es innecesario seguir adelante, debiendo revocarse la sentencia de instancia a los efectos de rechazar la causa de inadmisibilidad y declarar la nulidad de los Decretos impugnados, de otorgamiento de licencia de obras sobre proyecto básico y otorgamiento de licencia de ejecución, por no ser conformes a derecho, esto es, debe acogerse en su integridad lo





solicitado por la Fundación César Manrique.

SEXTO.- La estimación del recurso de apelación conlleva que no se haga pronunciamiento sobre las costas de la instancia al no apreciarse temeridad o mala fe procesal en las partes demandadas (art 139.1 LJCA), ni sobre las costas de la apelación (art 139.2 LJCA, a sensu contrario).

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación:

III.- F A L L O .

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Dña Palmira Abengoechea Bistuer, en nombre y representación de la Fundación César Manrique, contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° Tres de los de Las Palmas de Gran Canaria, mencionada en el Antecedente Primero, la cual revocamos, a los siguientes efectos:

Que debemos desestimar y desestimamos las causas de inadmisibilidad invocadas por las partes codemandadas, y, entrando en el fondo del asunto, estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la FUNDACION CESAR MANRIQUE contra el Decreto del Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza de 1 de junio de 1.998, así como contra el Decreto de 10 de enero de 2.001, de concesión de la licencia sobre proyecto de ejecución, para la construcción de hotel en la parcela B del Plan Parcial Costa Papagayo, y, en consecuencia, anulamos ambos Decretos por no ser conformes a derecho.

Sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas en la instancia ni sobre las costas de la apelación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

