



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO Nº 3
C/ Málaga nº2 (Torre 1 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 61 67
Fax.: 928 42 97 13

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000254/2013
NIG: 3501645320130001422
Materia: Urbanismos y Ordenación del Territorio
Resolución: Sentencia 000206/2015
IUP: LC2013010106

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Demandante	IFA HOTEL FARO MASPALOMAS S.A.	Pablo Gonzalez Padron	Elena Henríquez Guimera
Demandante	MASPALOMAS RESORT, S.L.	Pablo Gonzalez Padron	Elena Henríquez Guimera
Demandante	Maspalomas Resort S.L.	Pablo Gonzalez Padron	Elena Henríquez Guimera
Demandado	Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana		
Demandado	RIU HOTELS, S.A.	Felipe Fernandez Camero	Francisco Bethencourt Manrique De Lara
Demandado	Cabildo Insular de Gran Canaria		
Demandado	Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana		
Codemandado	RIU HOTELS S.A.	Felipe Fernandez Camero	Francisco Bethencourt Manrique De Lara

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a veinticinco de noviembre de dos mil quince.

Vistos por D^a M^a Olimpia del Rosario Palenzuela, Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. Tres de los de Las Palmas, los presentes autos de Procedimiento Ordinario num. 254/13, incoados en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Elena Henríquez Guimerá, en nombre y representación de la entidad Ifa Hotel Faro Maspalomas, S.A., dirigido contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 22 de abril de 2013, del Iltre. Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana, representado y asistido por Letrado de los Servicios Jurídicos, siendo parte codemandada el Cabildo de Gran Canaria, representado y asistido por Letrado de los Servicios Jurídicos, y la entidad Riu Hotels, S.A., representada por el Procurador D. Francisco Bethencourt Manrique de Lara, a los que se han acumulado los autos de Procedimiento Ordinario num. 256/13, incoados en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada Procuradora Sra. Henríquez Guimerá, esta vez en nombre y representación de la entidad Maspalomas Resort, S.L., dirigido contra el mismo acto administrativo y coincidiendo el resto de partes del primer procedimiento, siendo la cuantía del recurso de 46.203.415,71 euros, dicta la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra. Henríquez Guimerá, en la representación antes indicada, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Iltre. Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana, de fecha 22 de abril de 2013, en virtud del cual se concedía licencia de demolición y edificación en suelo urbano, interesada por Riu Hotels, S.A., en la parcela A/D de la Urbanización El Oasis. Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar el expediente a la Administración.

SEGUNDO.- Recibido el expediente, se dio traslado del mismo al recurrente, quien formalizó demanda, dándole plazo de veinte días a la Administración y a los codemandados para que la contestaran. Habiéndose acumulado los autos de Procedimiento Ordinario num. 256/13,





seguidos ante este mismo Juzgado, y alcanzado el mismo estado de tramitación ambos procedimientos, se recibió el pleito a prueba, practicándose las declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes, se declararon conclusos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se solicita el dictado de una Sentencia por la que se declare la nulidad del acto impugnado, en base a la estimación del recurso indirecto formulado contra el acuerdo de aprobación definitiva del PGO de San Bartolomé de Tirajana de 1996, en cuanto a las siguientes determinaciones de planeamiento: la clasificación como suelo urbano de la parte del Palmeral incluida en la parcela A/D del ámbito del Plan Parcial Oasis, al considerar que forma parte de la Reserva Natural de las Dunas de Maspalomas y la inclusión en dicha parcela privada de las zonas verdes públicas que componen el Palmeral, alegando que significa una reserva de dispensación y que la misma carece de motivación y justificación, solicitando, de ser estimada la impugnación indirecta, que se plantee cuestión de ilegalidad, para que se declare la nulidad de las citadas determinaciones del planeamiento. Subsidiariamente, si no prospera la impugnación indirecta, que se declare la nulidad del acto de otorgamiento de licencia, por considerar que ha sido concedida sobre suelo rústico de protección natural, así como por el incumplimiento del procedimiento legalmente establecido, al carecer de declaración de impacto ambiental y aprobación de Plan Especial de Ordenación y contravenir la normativa en materia de medio ambientes y costas, debiendo condenarse a la Administración a que así lo admita y ampare, con imposición de las costas procesales. De contrario, la Administración interesa la desestimación del recurso, al considerar que la resolución dictada es conforme a derecho, no debiendo accederse a la impugnación indirecta del Plan General, con condena en costas al actor, a lo que se adhiere la entidad codemandada, Riu Hotels, S.A., quien interesa, además, que se aparte del procedimiento al Cabildo de Gran Canaria, quien solicita se dicte una Sentencia ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Previamente a analizar las cuestiones planteadas, merece considerar la alegación de la representación procesal de la entidad codemandada, Riu Hotels, S.A., sobre la intervención en este procedimiento del Cabildo de Gran Canaria, por carecer de la condición de interesado a que alude el art. 21 LJCA.

Al respecto, debe llamarse la atención que, en el Suplico del escrito de contestación a la demanda, el Cabildo de Gran Canaria solicita que se dicte una Sentencia ajustada a derecho. No interesa la estimación del recurso pero tampoco la desestimación del mismo, aludiendo al propio expediente administrativo incoado por esa entidad para la declaración de la zona como Bien de Interés Cultural, en la categoría de Sitio Histórico, y reconociendo que no recurrió la licencia de demolición ni tampoco la licencia de obras, ni ha tenido intervención alguna en la redacción y aprobación del plan general, lógicamente.

Debe, pues, traerse a colación la doctrina jurisprudencial según la cual, en el proceso contencioso-administrativo no existe la figura del coadyuvante del actor pues, para acceder como parte activa a esta jurisdicción es preciso formular escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, en tiempo y forma, sin perjuicio de los recursos interpuestos por otros recurrentes, que pudieran ser acumulados, en su caso. Así se pronuncia la STS de 5 julio 1993, entre otras muchas, cuando señala que la intervención de un administrado en el





proceso administrativo, como parte procesal, solamente es admisible en calidad de recurrente-demandante, (por sí sólo o en unión de otros sujetos jurídicos legitimados, pero siempre desde el momento inicial de la interposición del recurso contencioso-administrativo y previo cumplimiento de los requisitos previstos legalmente), o bien, en concepto de coadyuvante de la Administración demandada.

Pero en modo alguno es admisible que lo haga con el ambiguo y equívoco carácter procesal de "interesado", después de iniciado el proceso y actuando posteriormente en el pleito como coadyuvante de la parte actora, figura que no reconoce nuestra Ley Jurisdicción Contencioso- administrativa, habida cuenta de la naturaleza revisora del acto administrativo.

Por tanto, la conclusión a la que debe llegarse es la de apartar del presente procedimiento al Cabildo de Gran Canaria, al no ostentar la condición de demandado, prevista en el citado art. 21 LJCA, y continuar con el análisis de las restantes cuestiones planteadas por las demás partes personadas.

TERCERO.- Según el art. 26 de la LJCA, en su apartado primero, además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho; y asimismo, en su apartado segundo, establece que la falta de impugnación directa de una disposición general no impide la impugnación de los actos de aplicación soportados en la impugnación indirecta de la disposición de carácter general; lo que tiene como consecuencia la posibilidad de alternar la impugnación directa y la impugnación indirecta.

Asimismo, en el proceso contencioso administrativo, la delimitación del objeto litigioso se hace en dos momentos distintos, primero en el de la interposición del recurso, donde habrá de indicarse la disposición, acto, inactividad o actuación contra el que se formula, y después en el de la demanda, donde, siempre en relación con estos, se deducirán las correspondientes pretensiones, sin que sea lícito extenderlas a actos distintos de los inicialmente delimitados sin haber guardado los requisitos propios de la acumulación, pues permitirlo supondría prescindir de la naturaleza y el carácter revisor de este orden jurisdiccional, conculcándose la letra y el espíritu de los artículos 1 y siguientes de la citada ley, al incidirse en desviación procesal.

Ahora bien, según STS de fecha 9 de abril de 2003, no es necesario que el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición, sino sólo el acto de aplicación que se recurre. La ilegalidad de la disposición es sólo un motivo de impugnación que, como tal, no tiene por qué expresarse en el escrito de interposición. Ni es procedente ampliar el recurso contencioso administrativo, dirigido contra el acto, a la disposición general cuya ilegalidad se alega, ya que en la impugnación indirecta el objeto procesal es el acto y no la disposición.

Y es que, en un recurso indirecto, sólo puede pretenderse la anulación de los actos de aplicación individual de la norma general cuestionada, nunca la anulación de ésta, pretensión propia del recurso directo (SSTS 18 diciembre 1991, 1 octubre 1991 y 8 febrero 1989, entre otras).

Por tanto, y en aplicación de esta doctrina, debe rechazarse la alegación de la parte demandada, sobre inviabilidad del recurso indirecto, puesto que el escrito de interposición del recurrente y el de formalización de la demanda coinciden en la identificación del mismo acto administrativo, siendo la impugnación indirecta del Plan General un motivo más de oposición a la legalidad de dicho acto, según el recurrente.





CUARTO.- A través de la licencia administrativa, el Ayuntamiento verifica la adecuación tanto de la obra proyectada como del uso del suelo pretendido a las determinaciones urbanísticas. Es doctrina jurisprudencial reiterada la que dispone que la concesión de licencia de obra es un acto de naturaleza rigurosamente reglada, ante el cual la Administración ha de proceder, bien a otorgarlo, bien a denegarlo, según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable.

En este caso, la parte recurrente alega que la parcela a la que se refiere la licencia concedida debe considerarse en parte como suelo rústico de protección natural "ex lege", al amparo de la DT 5ª DL 1/00, porque el Plan General debió clasificar el suelo del Palmeral como rústico, derivado de la inclusión de este en la Reserva Natural de las Dunas de Maspalomas, en cumplimiento del mandato legal de la Ley 12/94 y del DL 1/00, y ello porque, a su entender, existe una contradicción entre la descripción literal del Espacio Natural Protegido, contenida en los anexos de la Ley 12/94 y DL 1/00, y la cartografía que se acompaña a dichos cuerpos legales.

Fundamenta su pretensión de nulidad en un informe pericial que concluye que:

"...Existe un error en todas las coordenadas publicadas en el Boletín Oficial de Canarias de fecha 15 de mayo de 2000. Dicho error es debido a que se publican las mismas coordenadas que en el Boletín Oficial de Canarias de fecha 24 de diciembre de 1994, sin haber tenido en cuenta el cambio de sistema de referencia o Elipsoide que se produce en el año 1995...

...La descripción literal que se realiza de los linderos de la Reserva Natural Especial de las Dunas de Maspalomas es ambigua e inexacta. Esta descripción define los linderos partiendo de unos puntos de coordenadas totalmente imprecisas y erróneas...

...Los anexos cartográficos señalados como C-7, publicados en el Boletín Oficial de Canarias con fechas 24 de diciembre de 1994 y 15 de mayo de 2000, fueron publicados en formato papel a escala 1/27.777. Con dichos Anexos es imposible delimitar con precisión los límites de la Reserva Natural de las Dunas de Maspalomas, así como los límites de su Área de Sensibilidad Ecológica de dicha Reserva...

...Según la descripción literal publicada en el Boletín Oficial de Canarias con fechas 24 de diciembre de 1994 y 15 de mayo de 2000, ambas coincidentes, el palmeral existente junto a los linderos Norte y Naciente del Hotel Oasis se ubican dentro de los límites de la Reserva Natural de las Dunas de Maspalomas...

...Según la descripción literal publicada en el Boletín Oficial de Canarias con fecha 24 de diciembre de 1994 y 15 de mayo de 2000, ambas coincidentes, el palmeral existente en el lindero Sur del Hotel Oasis se ubica dentro de los límites del Área de Sensibilidad Ecológica de la Reserva Natural Especial de las Dunas de Maspalomas..."

Según STS de 13 junio 2011, "...Con carácter general, la discrecionalidad del planificador, el conocido " ius variandi ", no es más que la especie dentro del género de la discrecionalidad administrativa, que se proyecta también sobre otros ámbitos materiales de la actuación administrativa.

El ejercicio de esta potestad discrecional, en el ámbito urbanístico, se concreta en la libertad de elección que corresponde al planificador, legalmente atribuida, para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística. Discrecionalidad, por tanto, que nace de la ley y resulta amparada por la misma. Y esto es así porque legalmente ni se anticipa ni se determina el contenido de la decisión urbanística, sino que se confía en el planificador para que adopte la decisión que resulte acorde con el interés general.





En el bien entendido que no estamos sólo ante el ejercicio de una potestad sino también ante un deber administrativo de inexorable cumplimiento cuando las circunstancias del caso, encarnadas por el interés público, así lo demandan. En definitiva, la potestad de planeamiento incluye la de su reforma o sustitución, realizando los ajustes necesarios al ritmo que marcan las exigencias cambiantes del interés público.

La doctrina tradicional sobre el ejercicio del "ius variandi" reconoce, por tanto, una amplia libertad de elección al planificador urbanístico entre las diversas opciones igualmente adecuadas y, por supuesto, permitidas por la Ley. Ahora bien, como sucede con la discrecionalidad en general, el ejercicio de tal potestad se encuentra sujeto a una serie de límites, que no pueden ser sobrepasados...".

Es el caso, por ejemplo, de la actuación sobre zonas verdes porque la misma Sentencia indica que "...las zonas verdes siempre han tenido un régimen jurídico propio y peculiar, que introducía una serie de garantías tendentes al mantenimiento e intangibilidad de estas zonas, e impidiendo que fueran borradas del dibujo urbanístico de ciudad, sin la concurrencia de poderosas razones de interés general...En definitiva, una vez establecida una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula " stand still " propia del derecho comunitario, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen nº 3297/2002....".

Otro ejemplo de ese régimen especial, por la protección que merecen las zonas verdes, sería la inaplicabilidad del silencio y la imprescriptibilidad de la acción para restablecer la legalidad urbanística vulnerada por los actos de edificación o uso del suelo realizado sobre zona verde sin licencia. Así se indica en STS de 21 de febrero de 1997 (rollo 10722/91), que se refiere al "régimen de especial intensidad para la protección de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, que afecta a su modificación, a la inaplicabilidad del silencio administrativo y a la imprescriptibilidad de la acción para restablecer la legalidad urbanística vulnerada por los actos de edificación o uso del suelo que se realizan sin licencia sobre terrenos que tengan dicha calificación (artículo 188 Ley del Suelo)".

Por otro lado, debe tenerse presente, como se afirma por la parte recurrente que, en caso de contradicción con la norma urbanística, tiene preferencia ésta, ya que los planos no reproducen materialmente el objeto sino que lo expresan mediante un reduccionismo, necesitado de unos cálculos e interpretaciones que no son inmunes a posibles errores (SSTS 23 junio 1987; 14 diciembre 1989 y 30 abril 1998, entre otras muchas).

Aplicando la doctrina jurisprudencial indicada al caso presente, y obrando en autos sendos informes técnicos contradictorios, considera este Juzgador que debe darse mayor prevalencia al informe pericial de parte y ello porque la propia técnico municipal reconoce que "...si bien es cierto que los planos aportados como anexos en el Boletín Oficial de Canarias con fechas 24 de diciembre de 1995 y 15 de mayo de 2000, no tienen la precisión y la escala adecuada para delimitar la RNE y ASE..."(pag 13 informe adjunto a contestación a la demanda) y que "la descripción literal de la RNE Dunas de Maspalomas puede contener errores en cuanto a la descripción liteal del ámbito...", sin que pueda admitirse la alegación que realiza la representación procesal de la Administración sobre que la discrepancia es favorable a la cartografía porque el Anexo DL 1/00 lo que dispone textualmente es que "la delimitación geográfica de este espacio natural protegido se indica en el anexo cartográfico





C-7 y se corresponde con la siguiente descripción...”, por tanto, no da preferencia al plano respecto de la descripción literal.

Así, existiendo discrepancia sobre los límites en los que actuaría la licencia municipal concedida, el recurso debe ser estimado dado que este Juzgador no puede revisar si la autorización afecta o no a zona protegida, debiendo delimitarse primero la misma, sin género de dudas. Esta carencia impide, también, los pronunciamientos subsiguientes que pretende la parte recurrente, acerca de la nulidad del acto administrativo por infringir normativa de Costas y medio ambiente, así como por vulneración del procedimiento legalmente establecido, ante la ausencia de declaración de impacto ambiental, de ahí que el recurso se estime solo parcialmente.

QUINTO.- No se realiza pronunciamiento condenatorio sobre costas procesales, ante la estimación parcial del recurso, según el artículo 139 LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

1.- Apartar del presente procedimiento al Cabildo de Gran Canaria, al no ser parte demandada en el mismo.

2.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Elena Henríquez Guimerá, en nombre y representación de la entidad Ifa Hotel Faro Maspalomas, S.A y Maspalomas Resort, S.L., anulando el acto administrativo identificado en el Antecedente de Hecho primero de esta resolución y

3.- No se realiza pronunciamiento de condena sobre costas procesales.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado y en el plazo de quince días, que será resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, siendo indispensable que el recurrente acredite, al interponerlo, haber consignado la cantidad de 50 euros, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, en la entidad Santander (3556/0000/85/0254/13), bajo apercibimiento de no darle trámite a dicho recurso.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen, una vez firme. Asimismo, siendo firme la presente resolución, plantéese cuestión de ilegalidad del Estudio de Detalle al Tribunal competente.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

RECEPCION 27 DE NOVIEMBRE 2015
NOTIFICACION 30 DE NOVIEMBRE 2015




ELENA HENRÍQUEZ GUIMERÁ
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
COLEGIADA 450 LAS PALMAS G.C
AVENIDA RAFAEL CABERA 18-4ºD
TLFS: 928 361551 - 609 907357
ehenriquezprocuradora@gmail.es