

RECURSO CASACION Num.: 2524/2013

Votación: 13/05/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: César Tolosa Tribiño

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: QUINTA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Fernández Valverde

Magistrados:

D. José Juan Suay Rincón

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Mariano de Oro-Pulido y López

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, el presente recurso de casación, número 2524/2013, interpuesto por la FEDERACIÓN ECOLOGISTA BEN MAGEC, ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, representada por el Procurador D. David García Riquelme, y VOLCÁN ROJO, S.A., a través del Procurador D. Felipe Juanas Blanco, contra la sentencia, de fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, dictada en el recurso 209/2008 por

la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (con sede en Santa Cruz de Tenerife), sostenido por dichas recurrentes contra el Decreto 123/2008, de 27 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por el que se aprueban definitivamente determinados ámbitos suspendidos del Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la Isla de La Palma; habiendo comparecido, como partes recurridas, la COMUNIDAD DE CANARIAS, a través del Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación del CABILDO INSULAR DE LA PALMA, y el AYUNTAMIENTO DE BREÑA ALTA, debidamente representado por la Procuradora Dña. María Luisa Sánchez Quero, con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias dictó, con fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, sentencia en el recurso 209/2008, cuyo Fallo es del siguiente tenor: *Sin apreciar causa de inadmisibilidad, ESTIMAMOS en parte el recurso interpuesto y declaramos nulo el Decreto 123/2008, de 27 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por el que se aprueban definitivamente determinados ámbitos suspendidos del Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la Isla de La Palma, en cuanto a las Actuaciones Estratégicas Singulares: Los Llanos (SDO-1), Breña Alta (SDO-2) y Barlovento (SDO-4).* (...). Notificada dicha sentencia a las partes, las representaciones procesales de las entidades FEDERACIÓN ECOLOGISTA BEN MAGEC, ECOLOGISTAS EN ACCIÓN y VOLCÁN ROJO, S.A., presentaron ante la Sala de instancia escritos en los que solicitaban *se tuviese por preparado recurso de casación*, a lo que se accedió por resolución de veintisiete de junio de dos mil trece, en la que se ordenaba emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

SEGUNDO.- Dentro del plazo al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala, en calidad de recurridas, LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, a través del Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, el CABILDO INSULAR DE LA PALMA, por el Procurador Sr. Vázquez Guillén y la Procuradora Sra. Sánchez Quero, en representación del AYUNTAMIENTO DE BREÑA ALTA y las recurrentes:

El Procurador Sr. García Riquelme, en nombre y representación de FEDERACIÓN ECOLOGISTA BEN MAGEC, ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, presentó escrito alegando nueve motivos de casación. El primero (A), al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley de lo Contencioso Administrativo, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, con vulneración de los artículos 67 de dicho texto legal, 24.1 y 120 CE, y 218 LEC, por falta de motivación e incongruencia de la sentencia recurrida que *"hace imposible determinar el motivo de la disposición desestimatoria, ni tampoco acotar su alcance"*. En cuanto a la motivación expresada en los apartados segundo, tercero, cuarto y quinto, con fecha treinta de enero de dos mil catorce, se dictó Auto en el que textualmente se decía: *LA SALA POR UNANIMIDAD ACUERDA: 1º Declarar la inadmisión a trámite de los motivos B), C), D) y E) del recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. David García Riquelme, en nombre y representación de la Federación Ecologista Ben Magec, contra la Sentencia de 21 de marzo de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso nº 209/2008, y la admisión a trámite del resto de los motivos.(...)* El resto de los motivos se amparan en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley jurisdiccional y, alega, en el sexto (F), infracción del 53 y 62 de la Ley 30/1992, en relación con el 23 y 105 CE, *por vulneración del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y en los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten*, y en relación con el 9.3 CE en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, los artículos 6.4 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española en relación con el Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, así como por infracción de la jurisprudencia. Aduce, como séptimo motivo (G), infracción del artículo 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 6.4 CC

y 9.3 CE, por inaplicación de la Ley 9/2006 sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la Directiva 2001/42/CE: la parte del PTE aprobada por el Decreto recurrido se efectúa sin haber sido sometida a Evaluación Ambiental. El octavo (H) defiende infracción del artículo 62 de la aludida Ley 30/1992 en relación a la aplicación del RD 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio, y el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas, al considerar que el Decreto impugnado *"incumple lo estipulado en la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 2591/1998, ya que en su tramitación el PTE no se somete a las determinaciones establecidas en los informes vinculantes del Ministerio de Fomento ..."*. Finaliza, alegando como motivo noveno (I) infracción del artículo 62, Ley 30/1992, y jurisprudencia de este Tribunal en relación con el alcance la nulidad radical de las disposiciones generales, pues la nulidad del Decreto apreciada por la sentencia tiene efecto "ex tunc" desde el inicio, no admitiendo subsanación o conservación.

Por su parte, la entidad VOLCÁN ROJO, S.A., a través del Procurador Sr. Juanas Blanco, sostiene su recurso, en siete motivos. El primero, al amparo del artículo 88.1 c) LRJCA, con infracción del artículo 24 CE, en relación con el 120.3 CE, 248.3 LOPJ, 359 LEC, 33 y 67 LJCA denuncia, en cuanto a la documental pública *"la absoluta carencia de valoración por la Sala de instancia de dicha prueba"*. El resto de los motivos se apoyan en el apartado d) del citado artículo 88.1 LJCA. Así, el segundo alega infracción del artículo 138 en relación con el 45.2, 3 y 69 b) de la Ley de la jurisdicción, por concurrir causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo en relación con la codemandante, Federación Ecologista Ben Magec-Ecologistas en Acción, *al no haber acreditado la existencia de acuerdo societario para impugnar jurisdiccionalmente el Decreto 123/2008*; E, igualmente, infracción del artículo 28 en relación con el 69 c) LJCA, *al ser inadmisibles las pretensiones acogidas en la Sentencia, al ser el Decreto, respecto de las determinaciones anuladas, reproducción, confirmación y ejecución de otros actos*. Abunda, como siguiente motivo, en *"infracción del principio de cosa juzgada material, establecido por el artículo 69.d) LJ, artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (también de los artículos 9 y 24 de la Constitución) ... dado*

que la misma cuestión se ha resuelto contradictoriamente en sucesivas sentencias del mismo órgano jurisdiccional.". Argumenta, como quinto motivo, *infracción de la remisión a las normas relativas a la evaluación ambiental estratégica de la legislación básica estatal del artículo 6.3 del RD 1997/1995, de 7 de diciembre*, que remite, respecto de la evaluación de sus repercusiones en el lugar a que se refiere, a las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal que, en el momento del dictado de la resolución recurrida, eran las contenidas en la Ley 9/2006. Aduce, como siguiente motivo, *infracción de los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7, 13 y concordantes de dicha Ley 9/2006, así como la normativa comunitaria que traspone, la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, (...) en cuanto diseñan y conceptúan la evaluación ambiental (estratégica) de planes y programas como evaluación a los mismos "en su integridad" y en su conjunto, a realizar antes de que se elabore la "propuesta de plan" durante la preparación anterior a la tramitación de la decisión definitiva sobre aprobación o no de todas y cada una de sus determinaciones ...* Acaba insistiendo en la "valoración de la prueba errónea, ilógica o arbitraria" por infracción de los artículos 1216 y 1218 del Código Civil, 317.5º y 319.1 LEC, para solicitar se resuelva este recurso, case y anule la Sentencia que es su objeto.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso, por Auto de treinta de enero de dos mil catorce, y acordada la remisión de las actuaciones a esta Sección quinta para su sustanciación, se dio el oportuno traslado a las recurridas. La representación procesal de la COMUNIDAD DE CANARIAS, a través de la Sra. Letrada de sus Servicios Jurídicos, se opuso a lo alegado de contrario porque, en síntesis, defiende que *la sentencia se motiva por el Juzgador suficientemente, en cuanto da respuesta coherente y global a todas las cuestiones planteadas por el actor siendo perfectamente posible dilucidar la ratio decidendi de sus conclusiones. Distinto es que la entidad recurrente no comparta la fundamentación o no quiera aceptarla. (...)* para acabar solicitando la desestimación del recurso.

Por su parte, el Excmo.CABILDO INSULAR DE LA PALMA, a través del Procurador Sr. Vázquez Guillén, expresamente pone de manifiesto que "Los

motivos invocados por la entidad mercantil "Volcán Rojo, S.A. no se encuentran en los relacionados en el artículo 88 ", y en contra de lo argumentado por la Federación Ecologista Ben Magec defiende que la sentencia recurrida es clara y explícita en la determinación del objeto del recurso.

Aunque se tuvo por decaído al AYUNTAMIENTO DE BREÑA ALTA en el trámite de oposición, según diligencia de ordenación de veinte de mayo de dos mil catorce, sí presentaron escritos de oposición los recurrentes, que se unieron a los autos.

CUARTO.- Tras los trámites procesales oportunos, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, a cuyo fin se fijó, para su deliberación, votación y fallo, el trece de mayo de dos mil quince, que se llevó a cabo con observancia de las formalidades legales referentes al procedimiento

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- EL presente recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ de Canarias (Tenerife), por la que se estimó en parte la impugnación dirigida contra el Decreto 123/2008, de 27 de mayo, por el que se aprueban definitivamente determinados ámbitos suspendidos del Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la Isla de La Palma.

El contenido del fallo es el siguiente: "*Sin apreciar causa de inadmisibilidad, ESTIMAMOS en parte el recurso interpuesto y declaramos nulo el Decreto 123/2008, de 27 de mayo, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, por el que se aprueban definitivamente determinados ámbitos suspendidos del Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la Isla de La Palma, en cuanto a las Actuaciones Estratégicas Singulares: Los Llanos (SDO-1), Breña Alta (SDO-2) y Barlovento (SDO-4).*"

SEGUNDO.- El Decreto 123/2008, de 27 de mayo, tiene en lo que aquí nos interesa el siguiente tenor literal :

“Mediante el Decreto 95/2007, de 8 de mayo, se aprobó definitivamente, de modo parcial, el Plan Territorial Especial de Ordenación de la actividad turística de La Palma, suspendiéndose la aprobación de determinadas actuaciones hasta la subsanación de las deficiencias advertidas” Concretamente el artículo 2 del citado Decreto dispone que:

"Se suspende la aprobación de las determinaciones siguientes, que deberán ser corregidas en los términos que se establecen en el presente Decreto:

- Normas 02.1.a), 02.1.b), 02.2.b), 02.2.c) y 02.2.d) de la Normativa del Plan, que deberán suprimirse.

- La frase con la que finaliza el párrafo segundo del apartado 3.5.2.3.a) de la Memoria de Ordenación: "a este respecto decir que ...", así como los sucesivos párrafos 3º a 6º hasta la expresión "... paisaje protegido de Tamanca.", que deberán suprimirse.

- Párrafos segundo, tercero y cuarto del apartado 3.5.2.4.b) de la Memoria de Ordenación. Es decir desde la expresión "Por los distintos sucesos ..." hasta la expresión "el planeamiento que lo desarrolla.", que deberán suprimirse.

- Los ámbitos territoriales referidos en la condición segunda y condición tercera, apartado 1, del acuerdo de la C.O.T.M.A.C. de 22 de junio de 2006, que se relaciona en el anexo I al presente Decreto."

Por su parte, el artículo 3 del referido Decreto 95/2007, establece que una vez subsanadas las deficiencias advertidas en el artículo 2, se elevará al Gobierno de Canarias el contenido relativo a tales determinaciones para su aprobación definitiva, previo informe de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (C.O.T.M.A.C.).

Mediante Acuerdo del Pleno del Cabildo Insular de La Palma adoptado en sesión celebrada con fecha 14 de septiembre de 2007, tras el período de información pública, se remite un nuevo documento incorporando al Plan Territorial la subsanación de determinadas deficiencias.

La C.O.T.M.A.C., en sesión celebrada el 3 de abril de 2008, informa favorablemente el levantamiento de la suspensión de determinados ámbitos de ordenación del Plan Territorial Especial de Ordenación de la actividad turística de la isla de La Palma. Con respecto a las actuaciones convencionales señaladas en el anexo I del referido Decreto 95/2007, mantiene la suspensión ya que dichas

actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en las Directrices 53.1.c) y 71.2 de Ordenación General y la Directriz 14, apartados 3, 5 y 6 de Ordenación del Turismo, aprobadas mediante la Ley 19/2003, de 14 de abril, han de estar vinculadas a un equipamiento estructurante que no se señala en el caso de las ACP-13 Las Manchas, ACP-5 Martín Luis y ACP-7 La Tahona. Asimismo, en la ACP-9 Las Hoyas, debe justificarse la vinculación del equipamiento con el suelo urbanizable aislado, e interesarse informe de la Dirección General de Costas al respecto. En la ACP-2 Balcones de Mazo ha de justificarse la vinculación del suelo urbanizable aislado con el puerto deportivo, cuya determinación habrá de tener carácter de recomendación, y solicitarse informe de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

Artículo 3.- Mantener la suspensión de los siguientes ámbitos:

- Balcones de Mazo (ACP-2).*
- Martín Luis (ACP-5).*
- La Tahona (ACP-7).*
- Las Hoyas (ACP-9).*
- Las Manchas (ACP-13).*

El levantamiento de la suspensión de las actuaciones convencionales a que hace referencia el presente artículo, deberá ser acordado por Decreto del Consejo de Gobierno previo informe favorable de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (C.O.T.M.A.C.). Asimismo, la nueva ordenación que integre los equipamientos estructurantes habrá de ser objeto de información pública por tratarse de una modificación sustancial de la ordenación establecida. En dicho trámite únicamente se considerarán las alegaciones referidas a los equipamientos estructurantes y los suelos urbanizables aislados vinculados a los primeros.”

Conviene tener en cuenta que la misma Sala y Sección se pronunció en la sentencia desestimatoria número 91 de 30 de abril de 2009, sobre la impugnación del Decreto 95/2007 formulada por Asamblea Ecologista de La Palma y la Asociación Tinerfeña de Amigos de la Naturaleza.

TERCERO.- Dada la trascendencia que el citado pronunciamiento ha de tener a la hora de resolver el presente litigio, se hace necesario proceder a transcribir su contenido:

“SEGUNDO: Que la primera cuestión alegada pretende la invalidez del plan recurrido por incumplimiento de la Ley 9/2006 sobre Evaluación Ambiental de Planes.

Que a este respecto hemos de considerar, que el fundamento legal la declaración sobre evaluación ambiental se encuentra en la Disposición Transitoria

Segunda del Decreto 55/2006, de 9 de mayo , que aprueba el Reglamento de Procedimientos de los Instrumentos de Ordenación del Sistema de Planeamiento de Canarias (entonces vigente), de igual contenido que la Disposición Transitoria primera de la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril:

«2. La citada obligación se aplicará también a los planes cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión al Parlamento de Canarias, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que el órgano ambiental decida, caso a caso y de forma motivada, que ello es inviable. En tal supuesto, se informará al público de la decisión adoptada».

TERCERO: El precepto transcrito exige la motivación en cada caso y su publicación; pues bien, en el presente caso la COTMAC en su condición de órgano ambiental competente declaró expresamente dicha inviabilidad mediante el acuerdo de 26 de junio de 2006 que se fundamenta en las argumentaciones contenidas en el informe jurídico de 6 de junio de 2006 del Servicio administrativo de la Dirección General de Ordenación del Territorio.

La aplicación de la medida implicaría una dilación desmedida de la tramitación a causa de la solicitud de nuevos informes, que no resultan de utilidad en un caso como el presente en donde el PTE, que requiere una urgente regulación, ya cuenta con una amplísima memoria ambiental dividida en tres tomos en cumplimiento de lo preceptuado por el Decreto 35/1995 del 24 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Contenido Ambiental de los Instrumentos de Planeamiento, exigiendo exhaustiva evaluación de las consecuencias ambientales de las determinaciones del plan.

CUARTO: Que especial referencia se hace al incumplimiento del Real Decreto 1997/1995 por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad, mediante la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres, que se contraen en la falta de una evaluación ambiental adecuada sobre lugares de interés natural; sin embargo hemos de considerar que dicha cuestión no ha quedado desnaturalizada por el hecho de que se declarase la "inviabilidad de la evaluación" cuando el volumen tercero de la memoria ambiental se dedica específicamente al examen de los distintos espacios naturales de La Isla de la Palma

Además de las exclusiones llevadas a cabo en la aprobación definitiva, no cabe olvidar que gran parte de los Lugares de Interés Comunitario o "LICŽs" están totalmente sometidos en cualquier actuación a las limitaciones propias de desarrollo sectorial, tales como la propia Ley de Ordenación o de actividades clasificadas, o al

control de las actuaciones territoriales, sin que la evaluación exhaustiva evitada por el acuerdo de inviabilidad alcance la condición de vicio invalidante. Insistimos, toda vez que se ha obrado al amparo de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley, no pudiendo ser aceptado un enjuiciamiento al margen de esta posibilidad ante un plan iniciado con anterioridad a la Ley, cuyas deficiencias se pretenden contrastar con una calidad de evaluación que no es la que le corresponde a su "iter procedimental".

QUINTO: Que se argumenta que la aprobación definitiva y parcial del documento del PTE es contraria a derecho por vulneración del artículo 43.2.c) del Texto Refundido, que permite la aprobación definitiva parcial -solo- en tanto no se ponga en cuestión la coherencia y eficacia ulterior del plan en su conjunto. De lo que hemos de deducir que a criterio de la asociación demandante la aprobación parcial pone en cuestión la eficacia del plan.

Hemos de considerar que la parte del documento que no se aprueba es la que se refiere a ámbitos territoriales sobre las que se prevén actuaciones turísticas, en concreto 11 de las 13 actuaciones convencionales propuestas, que repercute sobre un máximo de 5.632 plazas turísticas; los campos de golf vinculadas a una previsión de 1.964 plazas hoteleras; y un buen número de núcleos mixtos. No son tanto alteraciones sustanciales (cambios) como reducciones a las previsiones iniciales pendientes de reconsideración o subsanación.

Pues bien, tal como se plantea el argumento parece que fuera la asociación ecologista la que estuviese interesada en evitar las restricciones que al final se acordaron por cautela de los informes de la administración sobre prevención medioambiental.

Si la finalidad del plan es ordenar el desarrollo de la actividad turística de la Isla de La Palma modulando la carga alojativa con el carácter sostenible y especial consideración con el medio ambiente, haciendo compatible el turismo, la oferta litoral y las actividades agropecuarias; el hecho de que un plan territorial de tal alcance haya pospuesto "ad cautelam" la aprobación de ámbitos cuyo contenido está todavía condicionado en gran medida a la subsanación; no por esto se debe privar de eficacia al resto de la ordenación, que ya había sido demandada por todas las instancias como "urgente"; resultando muy aventurado considerar por este hecho la pérdida de la coherencia del PTE.

SEXTO: En cuanto a que el PET vulnera las directrices en materia de ordenación turística , tal consideración se sustenta sobre dos razonamientos: 1.- Establecer un horizonte temporal que no se adecua a su vigencia sino que establece un horizonte temporal fijado para el año 2.025 y 2.- Esta coaccionando al parlamento de Canarias.

Que en ambos casos este tribunal considera que los argumentos carecen de base sólida y resultan copiosamente especulativos. El plan de turismo asume un plazo de vigencia limitado de tres años, pero esto no significa que su hipótesis de regulación no pueda prevén nada más allá de dicho tiempo.

Que lo que se acometa en rigor para tres años tenga que adecuarse a una nueva revisión pasado el tiempo de vigencia, no significa que vaya a ser implementado siempre en la misma progresión como hipotéticamente sugiere la demanda hasta llegar a las 104.023 plazas turísticas, ya que esto solamente se traduciría en realidad si tras las distintas reformas del PET así lo fueran considerando conveniente por el desarrollo del planeamiento y el marco legislativo ambiental de la comunidad autónoma. Por eso la segunda afirmación es aún más especulativa que la anterior, en cuanto el poder legislativo difícilmente puede quedar constreñido por una norma de naturaleza reglamentaria que puede en cualquier momento ser derogada por una iniciativa legislativa del Parlamento o del Gobierno de Canarias.

SÉPTIMO: Por último, se señala la vulneración de derecho urbanístico y territorial en ciertas previsiones de espacios naturales protegidos y en varios sectores de suelo urbanizable de algunas actuaciones. Pero para que dicha afirmación prospere sería necesaria la acreditada actuación arbitraria.

En este caso las condiciones a referidos supuestos en el informe de la Dirección General de Ordenación del Territorio denunciadas en la demanda, dieron lugar en varios de los supuestos al condicionado de aprobación y en otros casos no fueron consideradas por los organismos de aprobación al no tratarse de informes vinculantes, ya que se entendió como razonamos en el fundamento cuarto de esta sentencia, que las limitaciones propias de desarrollo sectorial, tales como la propia Ley de Ordenación o de actividades clasificadas y legislación y el planeamiento sectorial completan el control de las actuaciones territoriales de forma exhaustiva en lo que al cumplimiento del derecho urbanístico se refiere. Tal es así que la demanda no se esfuerza en desarrollar el argumento que lo remite al propio informe administrativo, olvidándose que la conclusión del informe esta en el punto 8.2 y considera al documento completo y correcto, sin perjuicio de las consideraciones de los demás informes.”

CUARTO.- La parte recurrente planteó las siguientes causas de nulidad del Decreto impugnado:

- 1) Nulidad por inexistencia de un Plan Insular de Ordenación en la Isla.

2) Falta de motivación del acto. Exposición de motivos que se aleja de la Ley 6/2002. Arbitrariedad. Falta de justificación de las intervenciones que se recogen en el PTE.

3) Falta de concentración del acto que aprueba el PTE. Fraude de Ley. Irregularidades en la aprobación.

4) Modificación sustancial del PTE como consecuencia de las alegaciones dimanantes del periodo de información pública e informes sectoriales.

5) Incumplimiento de la Ley 9/2006. Contradicción normativa en relación a los campos de golf y cuestiones medioambientales del PTE.

6) Infracción del principio de jerarquía por contradicción con las Directrices, con la Ley 6/2002, sobre clasificación de suelo urbanizable turístico y núcleos mixtos.

QUINTO.- Sobre “la nulidad por inexistencia de un Plan Insular de Ordenación en la Isla”, concluye la sentencia que:

“La normativa citada, por tanto, configuró para estas islas un instrumento específico - el Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística- con el carácter de «instrumentos de ordenación territorial insular de la actividad turística», habilitando una tramitación y aprobación más ágil, sin necesidad de un Plan Insular de Ordenación previo, una vigencia modulada y un efecto sobre las medidas cautelares de suspensión anteriormente aludidas (moratoria turística), régimen que resultaría incompatible con la exigencia de la aprobación previa del Plan Insular de Ordenación, cuando se partía de una situación en la que ese planeamiento insular general no existía.”

SEXTO.- Sobre “la falta de motivación del acto. Exposición de motivos que se aleja de la Ley 6/2002. Arbitrariedad. Falta de justificación de las intervenciones que se recogen en el PTE”, señala la sentencia recurrida que:

“Lo que plantea la demanda es la falta de motivación como motivo de nulidad, para resaltar la disconformidad del desarrollo turístico establecido por el PTE para la Isla de La Palma, con las exigencias del principio de «desarrollo sostenible», que a su juicio resulta incompatible con la potenciación de "megainstalaciones" como los campos de golf asociados a hoteles y puertos deportivos, soslayando la Ley al pretender igualar la oferta turística con la de las islas mayores, al margen de la

realidad fáctica sobre la que opera y la jurídica que debe respetar, propiciando un turismo de masas, determinando una decisión arbitraria, en cuanto ausente de toda posible justificación del criterio adoptado, al margen de lo racional o con alejamiento del interés general.

Este motivo claramente solo resultaba oponible frente al Decreto 95/2007, puesto que el modelo de ordenación de la actividad turística (al que se refieren los artículos 4 , 5 , 7 y 8 de la Ley 6/2002), las previsiones específicas de desarrollo turístico, la localización y categorización de la oferta alojativa, diferenciando entre zonas aptas para el desarrollo turístico convencional y zonas aptas para el desarrollo del turismo específico (en suelo rústico) quedó configurado en el mismo, en tanto que el que es objeto del recurso se limita a la aprobación definitiva de los ámbitos que quedaron suspendidos del Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística en la Isla de La Palma.”

SÉPTIMO.- Sobre “la falta de concentración del acto que aprueba del PTE. Fraude de Ley. Irregularidades en la aprobación” argumenta la sentencia recurrida que:

“Parte la alegación de irregularidades en el procedimiento seguido para aprobar el Decreto 95/2007, que como hemos señalado, no es el objeto del recurso. El señalado Decreto 95/2007 dejó suspendidos determinados ámbitos que ahora son objeto de aprobación definitiva por el Decreto 123/2008, que a su vez, en su artículo 3 , mantiene la suspensión de cinco ACP [Balcones de Mazo (ACP-2); Martín Luis (ACP-5); La Tahona (ACP-7); Las Hoyas (ACP-9); Las Manchas (ACP-13)], precisando que el levantamiento de la suspensión a que hace referencia "deberá ser acordado por Decreto del Consejo de Gobierno previo informe favorable de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias". Y que "la nueva ordenación que integre los equipamientos estructurantes habrá de ser objeto de información pública por tratarse de una modificación sustancial de la ordenación establecida"

Tampoco apreciamos vicio de nulidad por el incumplimiento de lo que dispone el artículo 43.2.c) de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias , en relación con el artículo 45.4 del Reglamento 55/2006 , según el cual, el acuerdo de aprobación definitiva parcial deberá fijar un plazo máximo para la tramitación del procedimiento respecto de la parte cuya aprobación quede suspendida, pues el primero de los preceptos citados para el supuesto de incumplimiento del plazo, el efecto que regula es habilitar al órgano competente para la aprobación definitiva para realizar las rectificaciones y modificaciones necesarias. Reiterando además el Decreto 120/2010,

de 2 de septiembre, que aprueba definitivamente los ámbitos suspendidos (ACP-2, ACP-5, ACP-9 y ACP-13) y excluye el resto (ACP-7) del Plan Territorial Especial. De otra parte resulta, que aunque el artículo 3 del Decreto 95/2007 establecía un plazo de seis meses para la subsanación de las deficiencias advertidas, el Cabildo Insular de La Palma remitió copia del expediente resultante de la información pública a la Dirección General de Urbanismo de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno de Canarias dentro del mismo, aunque su aprobación haya tenido lugar con posterioridad. De cualquier manera, el supuesto incumplimiento de ese plazo no configuraría un motivo de nulidad, en tanto que la naturaleza del plazo de subsanación no la impone y la aprobación se produce por el mismo órgano que aprobó la disposición que lo estableció. Tampoco apreciamos que el Decreto incurra en vicio de nulidad por mantener la suspensión de las ACP en los términos referidos. Admitiendo que resulta de aplicación el Decreto 55/2006, Reglamento de procedimiento de los instrumentos de ordenación del sistema de planeamiento de Canarias (artículo 45), que no admite la aprobación definitiva parcial en el caso de los PTE, no cabe olvidar que estos PTE previstos en la Ley 6/2001 y 6/2002, tienen el carácter de «instrumento de ordenación territorial insular», incorporando determinaciones propias de los Plan Insular de Ordenación en materia de ordenación turística, respecto de los que sí se admite la aprobación definitiva parcial. La aprobación definitiva del PTE dejando en suspenso las ACP, como se infiere de lo ya expuesto en relación al Decreto 95/2007, no afecta al modelo territorial ni incide en la coherencia del documento. La falta del documento autónomo que justifique la capacidad de carga, exigido por la DOT 25, no supone un vicio en la tramitación del Decreto 123/2008. En primer lugar porque se trata de una cuestión que fue determinada en el Decreto 95/2007. Además, como se ha indicado, porque las islas occidentales de La Palma, La Gomera y El Hierro, gozaban de un marco legal específico, respetado por las Directrices."

OCTAVO.- Sobre "la infracción del principio de jerarquía por contradicción con las Directrices, con la Ley 6/2002, sobre clasificación de suelo urbanizable turístico y núcleos mixtos", se declara que:

"Según se afirma, la ordenación contenida en el PTE sobre núcleos mixtos y ACP, vulnera la DOT-12 de la Ley 19/2003, que prohíbe la extensión territorial de los núcleos turísticos mediante la clasificación de suelo urbanizable fuera de las áreas ya clasificadas con destino turístico, creando bolsas de suelo urbanizable aislado con destino turístico. Ya señalamos que la Ley 19/2003, de Directrices, respetó el marco

legal específico creado por la Ley 6/2001 y 6/2002, para las islas de La Gomera, El Hierro y La Palma, sin perjuicio de su carácter complementario. Pues bien, es la DOG-71, que cita la propia demanda, por lo que interesa al caso, establece que el planeamiento insular podrá prever de forma expresa y excepcional la clasificación de suelo urbanizable aislado con destino a complejos turísticos integrados por equipamiento con alojamiento dentro de las zonas 12 turísticas delimitadas. Esta fue precisamente la justificación para dejar en suspenso estos ámbitos por la falta de vinculación con un equipamiento.”

NOVENO.- Por fin sobre “el incumplimiento de la Ley 9/2006. Contradicción normativa en relación a los campos de golf y cuestiones medioambientales del PTE”, comienza la sentencia recordando que:

“El motivo sobre incumplimiento de la legislación ambiental debe ser encuadrado en lo que constituye objeto del recurso. Como se ha expuesto reiteradamente, el decreto impugnado aprueba determinados ámbitos suspendidos en la aprobación definitiva, de modo parcial, el Plan Territorial Especial de Ordenación de la actividad turística de La Palma, por Decreto del 95/2007, de 8 de mayo. La alegación sobre la vulneración de la Ley 9/2006 procedía oponerla frente al Decreto 95/2007, en cuya tramitación tuvo lugar la declaración de «inviabilidad» de someter el PTE a la Ley 9/2006, apreciada por la COTMAC, órgano ambiental competente, 9 mediante acuerdo de 26 de junio de 2006. Precisamente este fue uno de los pronunciamientos de la sentencia núm. 91 de 30 de abril de 2009, dictada en el recurso 105/2007 , citada anteriormente.”

Añadiendo que:

“Como también quedó señalado, la aprobación parcial del PTE se justificó en el informe favorable condicionado de la COTMAC, adoptada en su reunión de 22 de junio de 2006 (fº 2-7 del T. I), que por lo que ahora interesa, en relación a las actuaciones estratégicas singulares [Los Llanos-(SDO-1); Breña Alta-(SDO-2); Fuencaliente-(SDO-3); Barlovento-(SDO-4); Puntagorda- (SDO- 5)], respecto de las que debía elaborarse «una documentación que justifique la «sostenibilidad» y viabilidad económica de la red completa de campos de golf. “

El informe técnico de la Dirección General del Territorio (folios 532 y siguientes del EA, proyecto del Decreto 123/2008) sobre el impacto ambiental de los SDO, analiza cada uno de los cinco SDO.

“ Campo de Golf de Los Llanos de Aridane (SDO-1, Anexo B del Tomo III Normativa) se desarrolla en el interior del Espacio Natural Protegido de Tamanca, declarado LIC ES7020022. El PTE zonifica el SDO-1 en diversas UTH. UTH 1.4, alta naturalidad con alto valor geomorfológico; una UTH 2.1 antrópico de componente natural, correspondiente a paisaje de valor ambiental geobotánico y, con carácter más reducido, por tres UTH tipo 3.4, antrópicas de componente antrópico, mal país y espacios agrarios en regresión, 3.2 (espacio agrario intensivo cotas bajas) y 3.1 (espacio agrario de cotas medias y altas). Señala el informe que presumiblemente el campo de golf se situará sobre en la UTH 3 situada al Sur, con peor valor ambiental, que ocupa aproximadamente unas 30 hectáreas, insuficientes para un campo de golf que, según se infiere de la Norma 20 sobre condiciones específicas de los campos de golf, tienen una superficie mínima de 60 hectáreas. En todos los casos se resalta el extraordinario impacto paisajístico que tienen los SDO.

Campo de Golf de Breña Alta (SDO-2), refiere que aproximadamente un 24% (210.923 m²) de la superficie total está declarada Zona Especial de Protección para las Aves (ZEPA), la denominada "Cumbres y Acantilados del Norte de La Palma", código ES0000114 y el 100% como Área importante para las Aves (IBA), la núm. 379 Monte Verde de La Palma.

Campo de Golf de Barlovento (SDO-4), al igual que ocurre en el anterior, el 90% de su superficie está afectado, a partes iguales, por la ZEPA "Cumbres y Acantilados del Norte de La Palma" ES0000114, y un LIC ES7020091 "Monteverde Gallegos- Franceses". La totalidad del campo se encuentra dentro del ámbito del IBA núm. 379, Monte Verde de La Palma.

El campo de Golf de Fuencaliente (SDO-3), limita con el Parque Natural de Cumbre Vieja y el Paisaje Protegido de Tamanca, señalando la modificación del paisaje como el impacto ambiental más negativo.

El campo de Golf de Puntagorda (SDO-5), limita con el Monumento Natural de La Costa de Hiscaguán, espacio también catalogado como LIC, por lo que el informe considera que el ámbito, de manera indirecta, tiene interés faunístico. También en este caso el paisaje se considera el valor ambiental más afectado."

En el informe se muestra favorable al SDO-1, supeditado a que el Plan Especial del Paisaje Protegido de Tamanca admita el campo de golf y que el instrumento que lo legitime, el Proyecto de Actuación Territorial, acredite la no afección a los valores de la Red Natura 2000, en aplicación del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre.

En parecidos términos se refiere en relación a los SDO-2 y SDO-4, señalando que considera viable diferir al futuro proyecto de ejecución y al examen por el instrumento intermedio PAT, la evaluación de los efectos ambientales de los campos de golf.

“La Normativa del PTE dedica la Norma 20 (NAD) al Sistema Territorial de Equipamiento, y el número 2 al Sistema Deportivo y de Ocio. Este apartado concreta la situación y características de cada sistema deportivo y de ocio, reflejada gráficamente en los planos de ordenación S-6 y en las fichas Anexo B, añadiendo más adelante, al referirse a las condiciones específicas de los campos de golf, que las Unidades Aptas para la Edificación Turística (UAET) donde se desarrollará el campo de golf "se podrá delimitar libremente dentro del espacio definido para el SDO". 10 Del texto reproducido resulta, por tanto, que el ámbito territorial de cada uno de los SDO es fijado por el PTE, plano de ordenación S-6 y fichas del Anexo B, aunque la localización concreta del campo golf dentro del mismo se pueda delimitar libremente. Pero cuando resulta, como sucede en el caso, que esa localización dentro del ámbito definido no es posible realizarla sin afectar a los valores naturales y ambientales presentes en el ámbito, la delimitación del SDO no se ajusta a Derecho sin la previa evaluación de las consecuencias ambientales del ámbito definido, al tratarse actuaciones cercenadas en origen, como veremos.”

A este respecto la sentencia de instancia constata que:

“Se produce también la vulneración del Real Decreto 1997/1995, en especial de su artículo 6 , en los SDO-1, SDO-2 y SDO-4, en los que se constata de manera segura que se afectará a Zonas Especiales de Protección de Aves, IBA y LIC, legislación sobre protección a la biodiversidad que exige realizar una evaluación adecuada de las repercusiones del plan con carácter previo a la toma de decisiones.”

Añadiendo que:

“En el caso, el documento «Sostenibilidad y Viabilidad Económica» solo constata que los ámbitos dentro de cuyo perímetro deben localizarse los campos de golf y la carga alojativa que conllevan (norma 20.2- f), afectará a Zonas Especiales de Protección de Aves, IBA y LIC, con evidente repercusión sobre estos lugares, lo que requería la evaluación establecida en el Real Decreto 1997/1995, según el cual, si a pesar 11 de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse el plan por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, «las administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de la Red Natura 2000

quede protegida». Por otra parte, constatada la afección a los valores objeto de protección, la evaluación ambiental no puede ser diferida a un examen posterior del proyecto de ejecución del campo de golf y establecimiento asociado y demás actuaciones posibles dentro del ámbito, porque es precisamente la definición del ámbito en cuyo perímetro deben estar localizadas la que está en cuestión. Y de resultar inviable en los términos expuestos, correspondía al PTE proceder a una diferente localización de los SDO, y solo a falta de soluciones alternativas justificadas en los términos señalados, adoptar por la Comunidad Autónoma «cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de la Red Natura 2000 quede protegida». Medidas compensatorias inexistentes. “

DÉCIMO.- Contra la citada sentencia interpone recurso la mercantil Volcán Rojo S.A., si bien, por parte de la Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción, se plantea la defectuosa legitimación de la citada mercantil para interponer el presente recurso, dado que no ostentaba la condición de parte en la instancia.

Como hemos afirmado en sentencia de 30 de mayo de 2014:
“El recurso de casación, según dispone el artículo 89.3 de la LJCA, “podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida”. Debemos añadir que, en la interpretación del citado precepto según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, la casación puede interponerse por quienes hayan sido parte o por quienes debieran haber sido parte. Y en este caso no concurre ni una ni otra circunstancia.

No fueron parte procesal porque el recurso contencioso administrativo se sustanció sin su presencia en el proceso. Esto es un hecho. Las ahora recurrentes -Colegio de Diplomados en Enfermería de la Comunidad de Madrid y Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería de España- no se personaron en el recurso contencioso-administrativo hasta después de dictada la sentencia que ahora se impugna y para, tras intentar la nulidad, poder interponer el presente recurso de casación. Teniendo en cuenta que en el recurso se impugnaba una disposición general y se publicó el correspondiente edicto en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de fecha 2 de diciembre de 2010.

Tampoco debieron haber sido parte en el recurso contencioso administrativo, porque no era preceptivo un emplazamiento personal por la Sala de instancia. Así es, no hay obligación legal de emplazamiento personal a las recurrentes cuando se trata de un recurso contencioso administrativo interpuesto contra una disposición general, en el que hay una pluralidad indeterminada e imprecisa de interesados, que obviamente no fueron parte en el procedimiento de elaboración de la disposición general.

Esta limitación del deber de emplazamiento personal se produce porque el recurso contencioso administrativo, en el que no se realizó tal emplazamiento, se dirigía, insistimos, contra una disposición de carácter general, que es, precisamente, uno de los supuestos, además de los actos con pluralidad indeterminada de destinatarios, en los que venimos entendiendo que no concurre el deber de emplazamiento personal, en los términos que seguidamente detallamos.

Los actos de comunicación procesal, y singularmente el de emplazamiento de los interesados en el recurso contencioso administrativo, resultan esenciales para conformar la relación jurídico-procesal. Ahora bien el emplazamiento tiene unos contornos precisos y singulares cuando se trata de la impugnación de una disposición general, pues cualquier destinatario de la norma puede considerarse afectado por la misma, y naturalmente no ha sido parte en el procedimiento administrativo. Una norma reglamentaria, por su propia naturaleza, se dirige a una pluralidad indeterminada e inidentificable de destinatarios.

Ciertamente el emplazamiento ha de hacerse a los que "aparezcan como interesados" en el expediente administrativo (artículo 49.1 de la LJCA). En ese momento de envío del expediente en el que la Administración no conoce ni el escrito de interposición, ni la demanda, que no ha sido presentada, únicamente puede emplazarse, por tanto, a los que aparezcan como interesados en el expediente.

Quiere esto decir que cuando se trata de la impugnación de una disposición general, como es el caso, aquellas personas físicas o jurídicas interesadas o afectadas por la norma, los que pudieran tener legitimación pasiva, ni son conocidas ni están identificadas, pues la norma nace con vocación de generalidad y su aplicación afectará a una ilimitada e indefinida

sucesión de sujetos. Cuanto decimos es, desde luego, sin perjuicio de la 4 impugación que mediante un recurso indirecto pueda formularse contra los actos que son aplicación de una norma que se considere no conforme a Derecho.

El emplazamiento personal tiene lugar cuando los legitimados, como parte demandada, fueran determinados, conocidos e identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o en el expediente administrativo, lo que no es el caso. Téngase en cuenta los amplios contornos de la impugación que se ventilaba en el recurso contencioso administrativo y la afectación a todo "profesional sanitario", condición que no sólo ostentan los diplomados en enfermería. Se trataría, en consecuencia, de un emplazamiento personal de cumplimiento imposible."

DECIMOPRIMERO.- Las circunstancias anteriormente referidas son las que concurren en el presente caso. En efecto, la mercantil Volcán Rojo S.A., no fue parte en el procedimiento de instancia, procediendo a personarse una vez dictada sentencia con el propósito de interponer el presente recurso de casación.

Es cierto que tal mercantil no fue emplazada personalmente para comparecer en el recurso, por lo que habrá de plantearse si debió serlo.

Como hemos señalado en nuestra sentencia de trece de septiembre de dos mil trece :

"En un proceso contencioso-administrativo el emplazamiento de los interesados es esencial para una correcta formación de la relación jurídico procesal, de forma tal que quienes están legitimados pasivamente como parte demandada en el proceso deben ser emplazados directa y personalmente cuando sean conocidos o identificables a partir de los datos que figuren en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda, constituyendo la falta de ese obligado emplazamiento personal un quebrantamiento de las formas y garantías esenciales del proceso, además de una vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución. Así lo hemos declarado en sentencias de esta Sala y Sección de 8 de abril de 2011 (casación 1705/2007),

23 de noviembre de 2011 (casación 1011/2008) y 31 de enero de 2012 (casación 561/2009), entre otras muchas. Ese deber de emplazamiento procesal fue destacado en una doctrina constitucional que se inicia en la STC 9/1981, de 31 de marzo, y se sigue en las STC 63/1982, de 20 de octubre 119/1984, de 7 de diciembre, 6/1985, de 23 de enero y 133/1986, de 29 de octubre; y ha generado desde entonces una abundante doctrina que el Tribunal Constitucional ha ido matizando y precisando. En el plano legislativo, el artículo 48.1, en relación con el 49, de la Ley reguladora de esta Jurisdicción prevé la práctica de los emplazamientos de quienes aparezcan como interesados en el proceso por la Administración que acuerda remitir el expediente al órgano jurisdiccional, obligación que no exime al Tribunal de la de velar porque se formalice adecuadamente la relación jurídico-procesal. Por eso, la Ley exige al órgano jurisdiccional que compruebe si los emplazamientos se han practicado en debida forma y, en caso contrario, que se ordene a la Administración que se practiquen los necesarios para garantizar la defensa de los interesados que sean identificables (artículos 49.3 y 52.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción). Como hemos recordado en la ya citada sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2011 (casación 1705/07), la doctrina del Tribunal Constitucional se resume hoy en las STC 79/2009, de 23 de marzo (FºJº 2) y 166/2008, de 15 de diciembre (FºJº 2), en las que se declara que se produce la lesión del derecho constitucional a una tutela judicial cuando se dan los tres requisitos siguientes: a) Que quien no ha sido emplazado sea titular, al tiempo de la iniciación del proceso, de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso- administrativo en cuestión. b) Que sea posible identificar a ese interesado por el órgano jurisdiccional, atendiendo especialmente a la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda. c) Por último, que ese interesado haya sufrido como consecuencia de la omisión del emplazamiento una situación de indefensión real y efectiva, lo que no acontece cuando el interesado tiene conocimiento extra procesal del asunto o cuando no se persona en el proceso por su propia falta de diligencia.”

Resta por señalar que, en reciente sentencia del Tribunal Constitucional 76/2013, de 8 de abril, en la que se analiza la falta de emplazamiento del titular

de una estación de servicio localizada en unos terrenos recalificados en la revisión del planeamiento general, el Tribunal Constitucional recuerda que "(...) *en el caso de autos se impugna una modificación del planeamiento urbanístico; es decir, una norma de carácter general. Respecto de este supuesto la STC 242/2012, de 17 de diciembre, FJº 5, declaró que "el deber de emplazamiento personal puede quedar excluido cuando el recurso contencioso- administrativo se dirija contra una disposición de carácter general (STC 61/1985, de 8 de mayo, FJ 3) o contra "un acto general no normativo" o "un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos" (STC 82/1985, de 5 de julio, FJ 3) si esa misma indeterminación de los posibles afectados impide su emplazamiento personal (en el mismo sentido STC 133/1986, de 29 de octubre, FJ 4; y ATC 875/1987, de 8 de julio, FJ único). Pero de existir interesados identificados o susceptibles de serlo, que tenga una singular posición con el objeto del proceso, lo procedente será, obviamente, el emplazamiento personal de los mismos, para permitir su personación a fin de sostener la conformidad a Derecho de la disposición impugnada "*

Asimismo, la STC 125/2000, de 16 de mayo, en la que se enjuició la ausencia de todo emplazamiento, personal o edictal, en un proceso contencioso administrativo derivado de la impugnación de una modificación de un plan general de ordenación urbana, el Tribunal declaró que lo esencial es si los interesados son identificables por la Administración o por el órgano judicial en función "*de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda "*

La ahora recurrente, se limitó a alegar en su escrito de personación que "dicha sentencia le afecta desfavorablemente...", si bien, junto con el citado escrito aportó una documental consistente en una respuesta del secretario del Cabildo Insular de La Palma de fecha 2 de agosto de 2005, en contestación a una alegación presentada por Volcán Rojo S.A. en fecha 27 de julio de 2004, en la tramitación del PTE, referente al rechazo de una propuesta para que se reflejara en dicho plan, la ordenación de un hotel de la naturaleza de 80 plazas en los terrenos aledaños a la superficie que el propio plan contempla para la instalación de un sistema estructurante con campo de golf en los Llanos de Aridane. Siendo esto así, ninguna duda cabe que nos encontramos ante un interesado en el procedimiento administrativo, que realizó alegaciones en el

mismo, por lo que ostenta legitimación para personarse y poder recurrir la sentencia, al no haber sido emplazado y podido intervenir en el pleito.

A este respecto, es de destacar como Volcán Rojo S.A. no solicita la declaración de nulidad de la sentencia, ni la retroacción de las actuaciones, sino que se dirige a atacar el contenido de fondo de la misma.

Por otra parte, el hecho de que las alegaciones se efectuarán con motivo de la tramitación del Decreto 95/2007, no modifica la conclusión a que llegamos, dado que, como luego razonaremos, no es posible distinguir dos procedimientos distintos dirigidos a la aprobación de un solo plan, sino que nos encontramos ante dos momentos aprobatorios diferentes, pero afectantes a un solo procedimiento.

DECIMOSEGUNDO.- Antes de entrar a analizar el recurso interpuesto por la Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción, debemos resolver los distintos óbices procesales que la mercantil Volcán Rojo S.A. mantiene en su escrito de interposición, sin detenernos especialmente en su oposición a la admisión del recurso de casación de las asociaciones Ecologistas, dado que sólo se pone de relieve un intrascendente error material.

El primero, lo realiza en lo referente a la falta de acreditación en plazo del acuerdo para impugnar el Decreto 123/2008.

Consecuentemente, no se alega la no cumplimentación del requisito del art. 45.2 d) LJCA, sino que tal actuación, se realizó fuera del plazo de diez días concedido por la Sala para su subsanación.

El apartado d) del art.45 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa prescribe que al escrito de iniciación del recurso contencioso-administrativo se acompañará... *“El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”*.

Por su parte el artículo 138, números 2 y 3, de la referida Ley dispone que *“Cuando el Juzgado o Tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsanable, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación en*

que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación , con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia. Sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto".

Del juego de ambos preceptos no puede extraerse la conclusión defendida por Volcán Rojo S.A., dado que una interpretación favorable al derecho a la tutela judicial efectiva, debe llevar a la admisión de una posible subsanación tardía, anterior a la sentencia que ponga fin al procedimiento, dado que lo relevante es la justificación de la voluntad de interponer el recurso, cualquiera que sea el momento en que tal voluntad se exteriorice. La solución contraria violentaría el principio "pro actione" entendido como "la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican".

DECIMOTERCERO: En segundo lugar, la mercantil recurrente considera que la Sala de instancia debió declarar la inadmisibilidad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69.c) de la LJCA, que se refiere a los supuestos en los que la pretensión deducida en el recurso "tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación". Precepto que debemos conectar con el 28 de la misma LJCA que dispone que "No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma", artículo que la STC 126/1984, de 26 de diciembre declaró ajustado al artículo 24 de la CE.

Según la parte recurrente, el Decreto ahora impugnado es "reproducción, confirmación y ejecución", del acuerdo de la COTMAC de 22 de junio de 2006 y del Decreto 95/2007, de 8 de mayo.

En relación con tal causa de inadmisibilidad, en la STC citada se señala que: "*Desde esta perspectiva, el artículo 40.a), de la LJCA tiene el sentido, con carácter general, de evitar que el administrado pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía, o*

que no son independientes, respecto de los primeros, sin que interese considerar en este momento los diversos medios a través de los cuales puede conseguir el administrado que la Administración lleve a efecto los actos de reproducción o los confirmatorios, ni sea preciso tampoco determinar ahora el régimen específico aplicable a los supuestos de nulidad de pleno derecho", añadiéndose que "Por otra parte, el artículo 40,a), de la LJCA circunscribe el ámbito de los actos no impugnables, en los términos que indica, a los que sean reproducción o confirmación de otros anteriores, es decir, de otros actos administrativos, categoría que la propia Ley distingue de las disposiciones generales con toda nitidez, por lo que ha de concluirse que el artículo 40,a), de la LJCA no impide en absoluto la impugnación de los actos que sean de aplicación de las mismas".

Con posterioridad, dicha causa de inadmisión ha sido perfilada, mas aún, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en la STC 132/2005, de 23 de mayo señaló que *"Ahora bien, en nuestra jurisprudencia se ha exigido una interpretación restrictiva de la misma por parte de los órganos judiciales al objeto de hacerla compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva. ... Desde esta perspectiva, el art. 40 a) LJCA (de 1956) tiene el sentido, con carácter general, de evitar que el administrado pueda impugnar actos a los que ha dejado ganar firmeza por no haber interpuesto los correspondientes recursos, a través de la impugnación de otros que no gozan de autonomía, o que no son independientes, respecto de los primeros".*

Mas recientemente, en la STC 87/2008, de 28 de julio, se ha insistido en que *"Este Tribunal, lejos de haber declarado irrelevante la impugnación en tiempo de los actos administrativos, como parece entender el recurrente, ha reconocido la legitimidad constitucional de las normas que garantizan su firmeza, con la consiguiente imposibilidad de impugnar los actos posteriores que fueran reproducción de aquéllos, como el que es objeto de este recurso de amparo, que no hace sino reiterar la declaración de no apto que aquél había recibido en su momento. Como dijimos en la STC 182/2004, de 2 de noviembre, tales actos «no son en realidad actos nuevos, sino que se limitan a reiterar lo ya declarado en otra resolución anterior que es firme, por lo que, si se permitiera la impugnación de este tipo de actos, se estarían recurriendo en realidad actos que no son susceptibles de recurso, lo que supondría defraudar*

las normas que establecen los plazos para recurrir. De ahí que, para evitar esta consecuencia, el art. 28 LJCA establezca ... que no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de este tipo de actos. De este modo, la finalidad que persigue este requisito procesal respeta el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues concilia las exigencias que se derivan del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) sin restringir el derecho a la tutela judicial efectiva de los posibles interesados en el acto, pues dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado»".

Sentado lo anterior, debe desestimarse la causa de inadmisibilidad invocada por Volcán Rojo S.A. En primer lugar porque no estamos ante un acto administrativo, sino ante una disposición de carácter general, naturaleza que hemos predicado de los planes de ordenación del territorio y el urbanismo. En segundo término, la existencia de un primer acto aprobatorio de carácter formal no priva al Decreto ahora impugnado de sustantividad, independencia y autonomía propia a efectos de su impugnación, no limitándose a reproducir el Decreto de 2007, sino que ha procedido a una regulación novedosa de distintos ámbitos, cuya ordenación se dejó en suspenso con motivo de la anterior aprobación.

DECIMOCUARTO.- Respecto de la alegación de cosa juzgada, debe destacarse que en el procedimiento resuelto por la sentencia de la sala de instancia de fecha 30 de abril de 2009, se impugnaba el Decreto 95/2007, mientras que en el presente recurso, lo que se impugna es el Decreto 123/2008.

La diferencia que acabamos de referir sobre las disposiciones impugnadas, en uno y otro recurso, constituye una de las singularidades de la cosa juzgada en el proceso contencioso administrativo. Así, a la concurrencia de las identidades tradicionales, de partes procesales, de causa petendi o fundamento de la pretensión, y del petitum o conclusión, se suma el objeto de la pretensión, que se identifica con el acto administrativo o disposición impugnada.

De modo que estamos ante disposiciones diferentes y aunque se trate de las mismas partes procesales, el "petitum" y el fundamento de la pretensión ha de ser forzosamente diferente, pues al ser los Decretos distintos, se solicita la nulidad, en cada caso de un acto aprobatorio diferente.

Debemos concluir en consecuencia, que no concurren las identidades propias de la cosa juzgada material que, recordemos, tiene como finalidad excluir un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo, ex artículo 222.1 de la LEC. Y, en este caso, como hemos señalado, no existe tal identidad.

DECIMOQUINTO.- Una vez resueltas estas cuestiones de naturaleza procesal que afectan a la viabilidad del recurso, nos hallamos en condiciones de proceder a resolver los distintos motivos de forma y de fondo planteados por ambas partes recurrentes, procediendo para ello a realizar una estrategia a la hora de afrontarlos que permita dar cierta coherencia a la presente resolución.

Consecuentemente vamos a proceder a resolver en primer término el motivo "A1º", en relación con el motivo "B6º", de los planteados por la mercantil recurrente.

Se denuncia en el primer motivo citado, al amparo del art. 88.1.c LJCA, la infracción del art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE, 248. 3 LOPJ, 359 LEC, 33 y 67 LJCA, por falta de valoración de la prueba documental practicada y más en concreto, del contenido del acta de la reunión de la COTMAC de 22 de junio de 2006.

El segundo motivo, que la propia recurrente califica de "subsidiario al motivo de casación A1", denuncia al amparo del art. 88.1 d) LJCA, la infracción de los arts 126, 128 CC y 317.5 y 319 LEC, por valoración de la citada prueba documental, como arbitraria, ilógica o errónea.

DECIMOSEXTO.- Como hemos señalado en sentencia de veintidós de Marzo de dos mil doce:

"En efecto, en el recurso examinado, la parte recurrente aduce diversas alegaciones y funda el recurso (apartado 2.1) "en base al artículo 88.1.c) de la L.R.J.C.A. "Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y

garantías procesales, siempre que, en este último caso se hay producido indefensión para la parte, debiéndose entender subsidiariamente, y así se interpondrá también en base al artículo 88.1.d) de la L.R.J.C.A. Para a continuación hacer referencia sin distinción del cauce procesal a diversas alegaciones, como una posible “incongruencia ante la falta de motivación, por ausencia de toda valoración, en relación con las pruebas practicadas y en particular con la pericial de judicial, que sería encuadrable en el cauce procesal del art. 88.1.c de la LJCA, junto a la valoración ilógica de la prueba practicada, cuestión esta que en los contados casos en que es posible su revisión en casación, debe fundamentarse al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley.

Pues bien, los términos en que se plantea este recurso revelan su defectuosa preparación, ya que se mezclan alegaciones relacionadas con varios motivos y, en consecuencia, errores “in procedendo” e “in iudicando”, por lo que resulta imposible determinar verdaderamente cuál es la infracción que se imputa a la sentencia recurrida y que debe ser depurada en este recurso de casación.

En definitiva, ha de concluirse que los motivos primero y segundo del presente recurso carecen de los requisitos mínimos precisos para ser admitidos, al no discurrir por los cauces legales de imperativa observancia a que la ley procesal subordina la válida y eficaz interposición, ya que la confusión y el desviado planteamiento de los motivos en que aquél debe fundarse, a tenor de lo que exige el artículo 88.1 de la LRJCA, impiden al Tribunal el enjuiciamiento de los posibles vicios “in procedendo” o “in iudicando” de que pudiera eventualmente adolecer la resolución recurrida, por lo que, en consecuencia procede, declarar la inadmisión del presente recurso, de conformidad con lo previsto en el artículo 93.2.a) de la Ley de esta Jurisdicción.”

DECIMOSEPTIMO: Este Tribunal ha declarado reiteradamente que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la Ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal sino una clara exigencia del carácter de recurso extraordinario que aquel ostenta, sólo viable, en consecuencia, por

motivos tasados, y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del Derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia. De ahí que no sea susceptible de admisión aquel recurso en que no se cumplan las previsiones del citado artículo 92.1 de la Ley Jurisdiccional, sin que, por otro lado, pueda aceptarse que esta inexcusable carga procesal, que sólo a la parte recurrente afecta, pueda ser suplida por la colaboración del órgano jurisdiccional.

En el presente caso, la parte recurrente, ha tratado de fundar de forma alternativa o subsidiaria una misma infracción, en dos de los apartados del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, que tipifican motivos de casación de diferente naturaleza y significación, por lo que dichos motivos deben ser inadmitidos conforme a lo previsto en el artículo 93.2.d) de la Ley Jurisdiccional.

DECIMOCTAVO.- Pasando a analizar el recurso interpuesto por la Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción, se denuncia como primer motivo, al amparo del art. 88.1 c) LRJCA, la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, con infracción de los arts. 24.1 y 120 CE, 67 LRJCA, y 218 LEC, por falta de motivación y por incongruencia de la sentencia recurrida.

El reproche a la sentencia recurrida de falta absoluta de motivación, no puede ser compartido. Basta con remitirse a los anteriores fundamentos de esta sentencia, para comprobar el cumplimiento del deber de motivación, esto es, lo que la recurrente presenta como falta de motivación no es más que su disconformidad con la motivación.

En efecto, la argumentación en la que la parte recurrente sustenta dicho motivo no plantea propiamente un defecto de motivación, sino de incongruencia omisiva, dado que se discute el hecho de que la sentencia considere que algunas de las cuestiones planteadas, exceden del objeto del litigio tal y como lo delimitó en su Fundamento Segundo, al establecer que: *“La delimitación del objeto del recurso supone, de entrada, la desestimación de una serie de alegaciones que sólo procedía articular frente al Decreto 95/2007 (vulneración del Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, incumplimiento de la Ley 9/2006, falta de motivación del acto, exposición de motivos que se aleja de la Ley 6/2002,*

arbitrariedad, falta de justificación de las intervenciones que se recogen en el PTE, falta de concentración del acto que aprueba del PTE, irregularidades en la aprobación), que fue el que aprobó el Plan Territorial Especial de Ordenación de Ordenación de la Actividad Turística en la Isla de La Palma, excepto los ámbitos ya referidos, únicos que son objeto del Decreto 123/2008, como iremos pormenorizando a lo largo de la presente resolución.”

Consecuentemente, lo que la parte denuncia es el hecho de que la sentencia haya dejado sin dar respuesta a muchas de sus alegaciones, con el argumento de que los mismos debieron plantearse contra el anterior Decreto de 2007, habiendo sido resueltos alguno de ellos, no todos, en sentencia anterior de la propia Sala con motivo de la impugnación de aquel.

DECIMONOVENO.- Esta Sala no puede compartir el argumento de la sentencia de instancia.

Tratándose de la aprobación de un solo Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la Isla de La Palma, el hecho de que su aprobación se haya escindido, a virtud de una primera aprobación de carácter parcial, no altera la conclusión de que nos encontramos ante un solo procedimiento correspondiente a un solo instrumento de ordenación, por lo que nada impide que con motivo de la segunda aprobación, el Decreto ahora recurrido, puedan reiterarse las alegaciones relacionadas con los defectos que pudieran “arrastrarse” de la primera aprobación, por mucho que dichas alegaciones ya hubiesen sido objeto de resolución en una sentencia anterior. En tal supuesto, la Sala de instancia no debió de dejar sin respuesta, bajo sanción de incongruencia, las alegaciones efectuadas, sin perjuicio de haberse podido remitir a la primitivamente resuelto.

En consecuencia procede estimar el citado motivo, por falta de respuesta a las alegaciones formuladas por la recurrente, dado que la respuesta dada, por incorrecta, privó a la parte de obtener de la Sala un pronunciamiento sobre las mismas.

VIGÉSIMO.- A la vista de lo que acabamos de señalar, procede ahora dar respuesta a las referidas alegaciones de las Asociaciones Ecologistas,

resolviendo como sala de instancia, lo que vamos a realizar por motivos de coherencia, dando respuesta a los motivos de fondo planteados.

No obstante, antes de emprender dicha tarea, conviene efectuar algunas consideraciones de carácter general, sobre el ámbito de conocimiento normativo que a esta Sala corresponde en relación con el derecho urbanístico emanado de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, dada la incidencia directa que las mismas han de tener a la hora de afrontar el núcleo esencial de los argumentos del motivo F de los planteados por la parte recurrente en casación, máxime al comprobar cuáles son los preceptos que se citan como infringidos, preceptos procedimentales y constitucionales .

En efecto, lo que se denuncia es la infracción de los arts. 53 y 62 de la Ley 30/1992 en relación con los arts. 23 y 105 CE, por vulneración del derecho a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y en los procedimientos de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, y en relación con el art. 9.3 CE en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, los arts. 6.4 del CC y 9.3 de la CE en relación con el Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, así como por infracción de la jurisprudencia.

Puede observarse que se trata de preceptos generales y elegidos de forma “forzada”, dado que la lectura atenta del motivo y la propia naturaleza procedimental de las cuestiones que se nos plantean, “esconden” una permanente referencia al conjunto normativo de la legislación Canaria en materia de aprobación de los instrumentos urbanísticos y de ordenación territorial.

Consecuentemente, conforme al artículo 86.4 el recurso de casación no se puede fundar en la infracción de normas de derecho autonómico, ni cabe eludir dicho obstáculo procesal encubriendo la denuncia de la indebida interpretación y aplicación de normas autonómicas bajo una cita artificiosa y meramente instrumental de normas de derecho estatal, como ocurre en el presente caso .

VIGÉSIMOPRIMERO.- Distinta suerte debe correr la denuncia de la infracción del art. 62 de la Ley 30/1992, 6.4 del CC y 9.3 CE, por inaplicación de la Ley

9/2006 sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y la Directiva 2001/42/CE.

En definitiva, debemos resolver si la parte del PTE aprobada por el Decreto recurrido se efectúa sin haber sido sometida a Evaluación Ambiental.

La clave de la cuestión reside en analizar la adecuación a derecho de la declaración de «inviabilidad» de someter el PTE a la Ley 9/2006, apreciada por la COTMAC, órgano ambiental competente, mediante acuerdo de 26 de junio de 2006.

La sentencia de 30 de abril de 2009 concluyó que *“El precepto transcrito exige la motivación en cada caso y su publicación; pues bien, en el presente caso la COTMAC en su condición de órgano ambiental competente declaró expresamente dicha inviabilidad mediante el acuerdo de 26 de junio de 2006 que se fundamenta en las argumentaciones contenidas en el informe jurídico de 6 de junio de 2006 del Servicio administrativo de la Dirección General de Ordenación del Territorio.*

La aplicación de la medida implicaría una dilación desmedida de la tramitación a causa de la solicitud de nuevos informes, que no resultan de utilidad en un caso como el presente en donde el PTE, que requiere una urgente regulación, ya cuenta con una amplísima memoria ambiental dividida en tres tomos en cumplimiento de lo preceptuado por el Decreto 35/1995 del 24 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Contenido Ambiental de los Instrumentos de Planeamiento, exigiendo exhaustiva evaluación de las consecuencias ambientales de las determinaciones del plan.

Una atenta lectura del motivo, nos lleva a comprobar que la parte recurrente utiliza un doble hilo argumental. De una parte ataca la adecuación del procedimiento que dio lugar a la resolución de la COTMAC de 22 de junio de 2006 y, de otro, ataca las razones de fondo de tal resolución.”

VIGESIMOSEGUNDO.- Esta Sala no puede compartir dicho argumento, por mucho que nuestra conclusión no pueda resultar aplicable al Decreto del año 2007, sino sólo al ahora impugnado, a virtud del principio de cosa juzgada.

Procede señalar que el término inviable, utilizado por el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, no debe ser interpretado en su genuina significación de imposible, ya que, de ser así carecería de

sentido la excepción contenida en dicha norma, sin embargo su aplicación exige una singular motivación, que, no se cumple con la simple invocación de meras razones formales.

VIGESIMOTERCERO.- Como hemos señalado en sentencia de 11 de noviembre de 2014: *“Hay que convenir con lo declarado por la Sala de instancia en sus dos citadas sentencias de 28 de noviembre de 2008 y 14 de mayo de 2010 que el término inviable, utilizado por el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 6/2006, de 28 de abril, no debe ser interpretado en su genuina significación de imposible, ya que, de ser así, carecería de sentido la excepción contenida en dicha norma, de modo que habrá que considerar que, a pesar de que el primer acto preparatorio formal de un plan o programa hubiese sido anterior al 21 de julio de 2004 y su aprobación definitiva sea posterior al día 21 de julio de 2006, cabe que la Administración pública competente decida motivadamente que en un caso concreto está justificado el incumplimiento de lo establecido en el artículo 7 de la misma Ley, que impone el deber de someter dichos planes o programas a evaluación de impacto ambiental, lo que, en principio, impide que se establezca una regla que defina supuestos excepcionados o excusados de tal deber, ya que la inviabilidad ha de decidirse y motivarse caso por caso, lo que equivale a la necesidad de contemplar las circunstancias de cada uno, y ello no se compece con la fijación de supuestos de excepción a la norma o de criterios preestablecidos, que es, en definitiva, lo que pretenden las Administraciones recurrentes cuando reprochan a la Sala sentenciadora el no haberse atendido a unos criterios expresados o expuestos por la Administración para otro Plan, concretamente un Plan Territorial Parcial, que la Sala de instancia consideró en sus citadas sentencias debidamente justificada la inviabilidad de evaluación ambiental estratégica. Lo que se desprende de la tesis sostenida por el Ayuntamiento en su tercer motivo de casación y por la Administración de la Comunidad Autónoma en los motivos segundo y tercero es que siempre que exista interés jurídico en la aprobación de un plan o programa, que vea retardada su entrada en vigor por la exigencia legal de evaluación ambiental estratégica, en cuya tramitación se hubiesen respetado los principios de transparencia y participación pública y hubiese sido objeto de*

la evaluación prevista en el Decreto autonómico 35/1995, constituye un supuesto de inviabilidad previsto en el apartado 2 de la mencionada Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, lo que supone una interpretación inaceptable del precepto contenido en esa Disposición Transitoria, que contempla una excepción sólo enjuiciable caso por caso en atención a las singulares circunstancias de cada uno.

En el caso enjuiciado, según ya hemos expresado, la Sala de instancia, a diferencia de lo sucedido con ese otro Plan Territorial Parcial, consideró que la evaluación ambiental a que había sido sometido, conforme al citado Decreto autonómico 35/1995, el Plan General de Ordenación Urbana de El Rosario resultaba insuficiente sin que los intereses públicos, que aparecen vinculados a la aprobación de cualquier plan, ni el retraso que siempre ha de conllevar en su aprobación la sustanciación del procedimiento de evaluación ambiental estratégica o la sujeción de los planes y proyectos de ejecución posterior a evaluación, ni tampoco el que se hayan respetado en el procedimiento de aprobación del Plan los principios de transparencia y participación pública, son justificación para eludir el trámite de evaluación ambiental estratégica, impuesto por los artículos 7 y 9 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

De lo declarado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida y de lo expresado por las propias Administraciones recurrentes, al desarrollar los motivos de casación que examinamos, se deduce que, una vez declarado nulo el acuerdo anterior de aprobación del mismo Plan General de Ordenación Urbana de El Rosario en la sentencia de 6 de noviembre de 2009 (recurso contencioso-administrativo número 14/2008), al haber la misma Sala de instancia en otras dos sentencias considerado suficiente justificación para excusar de evaluación ambiental estratégica a un concreto Plan Territorial Parcial de desarrollo de la Plataforma Logística del Sur, el interés público en la conclusión de su tramitación y el hecho de encontrarse suficientemente amparado el interés ambiental con la aplicación de la evaluación establecida en el Decreto autonómico 35/1995, junto con el sometimiento de los planes y proyectos de ejecución posterior a evaluación ambiental, decidieron proceder de igual forma con el Plan General de Ordenación Urbana de El Rosario,

ofreciendo idéntica justificación de la inviabilidad de la evaluación ambiental estratégica, a pesar de que la Disposición Transitoria Primera. 2 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, exige una singular motivación (caso por caso) de que la indicada evaluación ambiental estratégica resulta inviable aunque venga legalmente exigida, razones todas por las que el motivo de casación tercero, invocado por la representación procesal del Ayuntamiento, y los motivos segundo y tercero, esgrimidos por la Letrada de la Administración de la Comunidad Autónoma, deben ser desestimados al igual que el resto de los que han aducido."

VIGESIMOCUARTO.- Esto es exactamente lo que ha ocurrido en el presente caso. A estos efectos, basta reproducir el Informe jurídico de 6 de junio de 2006, en el que se basa la declaración de inviabilidad, para comprobarlo.

Dicho informe dice:

“La última cuestión a tener en cuenta es la sujeción del PTOPT a los requisitos y formalidades de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, cuya entrada en vigor se produjo el 30 de abril de 2006 –disposición final 6ª-. En principio, sin tener en cuenta el derecho intertemporal, la inclusión del PTOTP en el ámbito de aplicación de la Ley 9/2006 es clara, pues se trata de un plan que cumple los dos requisitos previstos en el artículo 3.1 (plan elaborado por una Administración Pública y cuya elaboración y aprobación viene exigida por una disposición legal) y tiene efectos significativos sobre el medio ambiente conforme al artículo 3.2 a), pues establece el marco para la autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental en materia de ordenación del territorio urbano y rural). Sin embargo, la exclusión del plan se justifica en la aplicación a “sensu contrario”, por razones temporales, de la disposición transitoria 1ª.2 de la citada Ley: “La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de

2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable.

En tal supuesto, se informará al público de la decisión adoptada”. Como decíamos, la aprobación inicial del PTOTP se produjo el día 25 de junio de 2004, por lo que el hecho determinante del “dies a quo” del procedimiento de aprobación del plan se cumple sin duda alguna. Respecto al hecho determinante del “dies ad quem” del plazo establecido -21 de julio de 2006-, dado que han de cumplimentarse trámites que tienen establecidos plazos para su cumplimiento de dos meses (baste mencionar el informe vinculante a emitir por la dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, conforme al artículo 117.2 de la Ley de Costas), resulta inviable la aprobación definitiva por el Consejo de Gobierno con anterioridad al 21 de julio de 2006, debiendo imputarse la imposibilidad de cumplimiento del plazo exclusivamente a esta Administración, pues la disposición adicional 1ª.2 de la Ley 6/2001, de 23 de julio, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del turismo de Canarias, establece que el informe de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias ha de ser emitido en el plazo de un mes, y tomando como “dies a quo” el día 2 de marzo de 2006, el informe debió ser emitido antes del día 2 de abril de 2006, restando en ese momento casi cuatro meses para la cumplimentación de los trámites contenidos en este informe y posterior elevación del expediente al Consejo de Gobierno. De esta forma, una adecuada tramitación del procedimiento por parte de la Administración Autónoma hubiera dado lugar a la aplicación estricta (a “sensu contrario”) de la disposición transitoria 1ª.2 de la ley 9/2006, por lo que resulta plenamente justificada la declaración de inviabilidad de cumplimiento del término establecido en la disposición transitoria 1ª.2 de la Ley 9/2006 por razones estrictamente formales.”

Como consecuencia de lo anterior, llegamos a la conclusión de que, al haberse incumplido en la aprobación definitiva del Decreto impugnado el trámite de Evaluación Ambiental Estratégica, a pesar de la fecha del tal aprobación y de que no está debidamente justificada la inviabilidad de dicho trámite, en contra de lo establecido concordadamente en el artículo 7 y en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006 de 28 de abril, y en la Directiva comunitaria 2001/42/CE de 27 de junio de 2001, el

mismo debe ser declarado radicalmente nulo según lo dispuesto por los artículos 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 68.1.b), 70.2 , 71.1 y 72.2 de la Ley de esta Jurisdicción, lo que, en principio hace innecesario el examen de los motivos de casación esgrimidos por Volcán Rojo S.A, en cuanto se refieren a esta misma cuestión del cumplimiento de la normativa ambiental, si bien, desde una perspectiva diferente.

VIGESIMOQUINTO.- Pese a lo anterior, conviene hacer referencia a la denuncia en relación a la aplicación del RD 2591/1998, de 4 de diciembre, sobre ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio, y el Decreto 584/1972, de 24 de febrero, de servidumbres aeronáuticas.

En efecto, se alega que el Decreto impugnado incumple lo estipulado en la DA segunda del citado Real Decreto, ya que en su tramitación el PTE no se somete a las determinaciones establecidas en los informes vinculantes del Ministerio de Fomento.

La disposición adicional segunda del Real Decreto 2591/1998, de 4 de diciembre, establece que: *“Las Administraciones públicas competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo remitirán al Ministerio de Fomento, antes de su aprobación inicial o trámite equivalente, los proyectos de planes o instrumentos generales de ordenación urbanística o territorial, o los de su revisión o modificación, que afecten a la zona de servicio de un aeropuerto de interés general o a sus espacios circundantes sujetos a las servidumbres aeronáuticas establecidas o a establecer en virtud de la Ley de Navegación Aérea, al objeto de que aquél informe sobre la calificación de la zona de servicio aeroportuaria como sistema general y sobre el espacio territorial afectado por las servidumbres y los usos que se pretenden asignar a este espacio. Este informe, que tendrá carácter vinculante en lo que se refiere al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado, será emitido en el plazo de un mes, transcurrido el cual y un mes más sin que el informe sea evacuado, se podrá continuar con la tramitación de los planes o instrumentos generales de ordenación territorial o urbanística. En el supuesto de que la Administración pública competente no aceptara las observaciones formuladas por el Ministerio de Fomento, no podrá procederse a la aprobación definitiva de los planes o*

instrumentos urbanísticos y territoriales en lo que afecte al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado”.

De conformidad con lo anterior, la legislación aeronáutica contempla como mecanismo concreto de cooperación el informe del Estado en el seno de la tramitación de los planes de ordenación territorial y urbanística. El informe, además, será vinculante, y ello como reconocimiento de la doctrina constitucional, que da prevalencia en última instancia, en caso de conflicto, a las competencias estatales sobre las autonómicas o locales. Esta prevalencia aparece reconocida con toda claridad en el apartado 4 de la disposición adicional única de la Ley de Navegación Aérea, al establecer que: *“El planeamiento territorial, el urbanístico y cualesquiera otros que ordenen ámbitos afectados por las servidumbres aeronáuticas, incluidas las acústicas, han de incorporar las limitaciones que éstas imponen a las determinaciones que legalmente constituyen el ámbito objetivo de cada uno de los instrumentos referidos”.*

Para evitar que, mediante el ejercicio de sus competencias urbanísticas, pueda interferirse en el ejercicio de competencias estatales en materia de navegación aérea, con carácter previo a la aprobación definitiva de cualquier instrumento de ordenación territorial o urbanístico que afecte al dominio público aeroportuario o a sus zonas de servidumbre aeronáutica, el Estado deberá emitir un informe que será vinculante en la medida en que verse sobre materias de su competencia. El planificador vendrá obligado a incorporar en los citados instrumentos los condicionantes que en dicho informe se recojan. En caso de no incorporarse, la legislación en la materia determina que no podrán aprobarse definitivamente en lo que afecte al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado.

VIGESIMOSEXTO.- Sobre esta cuestión la sentencia “guarda silencio”, pese a que constan incorporadas a las actuaciones dos informes contrarios de la Dirección General de Aviación Civil, el último de fecha 17 de septiembre de 2007, que no deja lugar a dudas acerca de la afectación al plan impugnado, con independencia de que el mismo no proceda a ordenar alturas o reclasificar suelo, por cuanto contempla las determinaciones de localización y

categorización de la oferta alojativa de carácter vinculante para el planeamiento general.

VIGESIMOSÉPTIMO.- Se denuncia, como último motivo del recurso, al amparo del art. 88.1d) LRJCA, la infracción del art. 62 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia del TS en relación con el alcance de la nulidad radical de las disposiciones generales. Alega que la nulidad del Decreto apreciada por la sentencia tiene efectos "ex tunc" desde el inicio, no admitiendo subsanación o conservación.

Nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen "ex tunc", desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. De modo que no puede sostenerse con éxito que cuando se declara nula una parte de un texto normativo, y no en su integridad, se diluyan o mermen los efectos de esa nulidad plena.

Por otra parte, la misma naturaleza normativa de las determinaciones del plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación. En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los "actos y trámites" y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen "las actuaciones". Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma Ley se refiere a los "actos anulables", permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan.

No obstante lo anterior, en el presente caso, dado que por la sala de instancia se dictó sentencia, que quedó firme, declarando la adecuación a derecho del decreto de 2007, nuestra declaración de nulidad, sólo puede alcanzar al Decreto 123/2008.

VIGESIMOCTAVO.- Declarándose haber lugar al recurso interpuesto por Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción, no ha lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

La desestimación de los motivos de casación invocados por la mercantil Volcán Rojo S.A. comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto con imposición a la parte recurrente de las costas procesales causadas, según establece el artículo 139.2 de la Ley esta Jurisdicción, si bien, como autoriza el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por los conceptos de representación y defensa de la Administración autonómica y Cabildo y Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción comparecidos como recurridos, a la suma de tres mil euros para cada uno por todos los conceptos, sin que proceda incluir en dicha condena los derechos arancelarios de los Procuradores representantes de una y otra administración, al no ser preceptiva su intervención, dada la actividad desplegada por los respectivos letrados para oponerse al recurso interpuesto.

En virtud de lo expuesto, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución,

FALLAMOS

1º) Que, con desestimación de todos los motivos de efecto invocados, debemos declarar y declaramos que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por Volcán Rojo S.A. contra la sentencia pronunciada, con fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, en el recurso contencioso administrativo número 209 de 2008, con imposición a la referida recurrente de las costas procesales causadas, con las limitaciones y salvedades expresadas en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

2º) Que debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción contra la sentencia pronunciada, con fecha veintiuno de marzo de dos mil trece, en el recurso contencioso-administrativo número 209/2008, la que,

por consiguiente anulamos, al mismo tiempo que, con estimación de las pretensiones formuladas por la representación procesal de los recurrentes, debemos declarar y declaramos la nulidad del Decreto 123/2008, de 27 de mayo, por el que se aprueban definitivamente determinados ámbitos suspendidos del Plan Territorial Especial de Ordenación de la Actividad Turística de la Isla de La Palma, sin hacer expresa condena al pago de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la colección legislativa del Consejo General del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Rafael Fernández Valverde. José Juan Suay Rincón César Tolosa Tribiño.

Francisco José Navarro Sanchís. Jesús-Ernesto Peces Morate. Mariano de Oro-Pulido y López

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. César Tolosa Tribiño**, estando la Sala reunida en audiencia pública, lo que certifico.