



Roj: **STSJ ICAN 1554/2017 - ECLI: ES:TSJICAN:2017:1554**

Id Cendoj: **35016330022017100163**

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

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **2**

Fecha: **10/04/2017**

Nº de Recurso: **76/2014**

Nº de Resolución: **128/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER VARONA GOMEZ-ACEDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA

Plaza de San Agustín 6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 09

Fax.: 928 32 50 39

Email: s2contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000076/2014

NIG: 3501633320140000245

Materia: Urbanismos y Ordenación del Territorio

Resolución: Sentencia 000128/2017

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante FEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA Y TURISMO DE LAS PALMAS GERARDO PEREZ ALMEIDA

Demandado CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

Codemandado CABILDO INSULAR DE GRAN CANARIA

Codemandado AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA

SENTENCIA

Presidente

D. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

D^a. EMMA GALCERÁN SOLSONA

D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 10 de abril de 2017.

Visto por esta Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda con sede en Las Palmas, integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo número 0000076/2014, interpuesto por la mercantil FEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE



HOSTELERÍA Y TURISMO DE LAS PALMAS, representada por el Procurador de los Tribunales D. GERARDO PEREZ ALMEIDA y dirigido por el Abogado D. FERNANDO MATHIAS MAJADAS, contra la CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES, habiendo comparecido, en su representación y defensa el SERV. JURÍDICO CAC LP, el CABILDO INSULAR DE GRAN CANARIA habiendo comparecido, en su representación y defensa el Letrado del Servicio Jurídico del Cabildo, y el AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, habiendo comparecido, en su representación y defensa el ASES. JUR. AYTO. SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, versando sobre Urbanismo y Ordenación del Territorio. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO, se ha dictado la presente sentencia con base en los siguientes

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso la Resolución de 28 de febrero de 2014, por la que se hace público el Acuerdo de aprobación definitiva y de la documentación con eficacia normativa del Plan Territorial Especial de Ordenación Turística Insular de la isla de Gran Canaria (PT#009;I-GC), aprobado definitivamente por Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias adoptado en sesión de 28 y 30 de noviembre de 2011 promovido por el Cabildo de Gran Canaria.

SEGUNDO.- La representación de la demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acto, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del Plan impugnado, en los artículos a que se refiere.

TERCERO.- La Administración demandada y codemandadas contestaron la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

CUARTO.- Se recibió el proceso a prueba, practicándose la admitida y formulando las partes conclusiones escritas, por lo que concluido el procedimiento, se señaló día para votación y fallo del presente recurso.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso, cuya cuantía se fijó como indeterminada.

Es ponente el Ilmo. Sr. Don FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO, que expresa el parecer de la Sala.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como hemos anticipado la impugnación se refiere a determinados artículos del Plan Territorial Especial de Ordenación Turística Insular de la isla de Gran Canaria impugnado, en adelante PT#009;I-GC, que tienen muy distinta causa de impugnación por lo que pasamos a examinarlos de forma pormenorizada.

En primer lugar se impugna el artículo 50 "Modalidad de las nuevas plazas alojativas" y concretamente su apartado 1, que dice:

"En la zona turística litoral del sur solo se podrán autorizar, salvo las derivadas de actuaciones de renovación, las siguientes modalidades alojativas turísticas:

- a. Hoteles con categoría mínima de 4 estrellas.
- b. Apartamentos con categoría mínima de 3 estrellas."

La razón de tal impugnación es en esencia su oposición a lo dispuesto en el artº 4.2 de la Ley 2/2013 de 29 de mayo .

Adelantando que en este particular vamos a estimar el recurso, debemos salir al paso de la defensa que del mismo hacen las distintas Administraciones personadas como demandadas, en el sentido de que el Plan impugnado fue aprobado con anterioridad a dicha norma legal, - aunque, como hemos visto, su publicación se demoró mas allá de dos años-, por lo que no le sería de aplicación tal Ley que en todo caso habría derogado tácitamente dicho precepto del Plan. Es decir los defensores de la Administración autonómica y el Cabildo Insular, sostienen que no existe nulidad sino derogación tacita de alguno de los artículos impugnados, considerando que aquella Ley es "posterior" al Plan territorial.

Tal argumento es insostenible. Las disposiciones nacen al mundo jurídico con su publicación y en ese momento le es exigible el respeto a la Constitución, las leyes y las disposiciones administrativas de superior rango y su vulneración conlleva la nulidad de pleno derecho según previene el artº 62.2 de la Ley 30/1992 .

La vigencia de las normas es a partir de la publicación, no de su elaboración o aprobación.

A ello se une la propia nulidad de los apartados a) y c) del art. 4.2 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo , de renovación y modernización turística de Canarias, declarada por razones competenciales, - violación de



normas básicas estatales-- declarada por la Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno de 8 de Octubre de 2015 , cuyos razonamientos son, mutatis mutandi, aplicable al artículo examinado.

Dice así: "Se constata así que la introducción de esta restricción, que conlleva que no puedan obtener la autorización previa los hoteles y los apartamentos que no tengan la categoría de cinco estrellas o superior, no guarda conexión directa con las razones imperiosas de interés general que se invocan, esto es, la protección del medio ambiente o la ordenación urbana, pues tal razón regiría para todo tipo de establecimientos, cualquiera que fuera su categoría. Más bien parece responder al designio del legislador autonómico de favorecer un determinado tipo de establecimiento, los que tuvieran la más alta categoría, como medida de política turística, con exclusión de aquellos que tuvieran una categoría inferior. La posibilidad de obtener la autorización previa que de forma inexcusable se exige para poder implantar un nuevo establecimiento turístico queda así sujeta a criterios que no se vinculan necesariamente con la capacidad de tal establecimiento para garantizar la sostenibilidad ambiental o integrarse en la ordenación territorial, sino que al vincularse a su categoría, se está introduciendo un criterio económico para el otorgamiento de la preceptiva autorización, lo que determina la vulneración de la normativa básica estatal.

La introducción de este tipo de requisitos como condicionantes del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio se encuentra vedada por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en cuyo artículo 10 e) impide que "las razones imperiosas de interés general que se invoquen puedan encubrir requisitos de planificación económica".

En suma, el objetivo de potenciar la calidad de los establecimientos turísticos de Canarias, fomentando aquellos que se consideran integrados en los niveles más altos de excelencia vulnera la norma básica legítimamente establecida por el Estado al amparo del art. 149.1.13 CE al utilizar un criterio de naturaleza económica relacionado con la clasificación de los establecimientos como determinante para la concesión de la autorización para el ejercicio de una actividad de servicios (en un sentido similar, STC 28/2012, de 1 de marzo , sobre el derecho de adquisición preferente en relación con las ventas de inmuebles no destinados a la actividad turística en un edificio o complejo sujeto a explotación de esta naturaleza y las competencias estatales sobre Derecho civil).

6. En definitiva, a la vista de los razonamientos expuestos, cabe concluir que el régimen de otorgamiento de autorizaciones previsto en las letras a) y c) del art. 4.2 de la Ley 2/2013 , resulta contrario a la regulación contenida en la Ley 17/2009 en la medida en que impone determinadas limitaciones a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios turísticos que, aun estando en términos generales amparadas en una razón imperiosa de interés general que justifica su existencia, se conectan en los supuestos previstos en los mencionados apartados con criterios o requisitos de naturaleza económica, en contra de lo que establece la norma estatal. Se produce así la vulneración de las competencias del estado ex art. 149.1.13 CE y la consiguiente inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos autonómicos."

SEGUNDO.- Por idénticas razones a las expuestas en el anterior fundamento, esto es contravenir los preceptos de la mencionada Ley 2/2013, deben considerarse nulos, los siguientes preceptos también impugnados:

-El artículo 37 del PT#009;I-GC, referido a las Renovaciones edificatorias en el mismo emplazamiento en el que se encuentra el edificio turístico (NAD), por contravención del artículo 13 de la Ley 2/2013 de Renovación , por cuanto que ésta no hace distinción entre modalidades de alojamiento, a la hora de aplicar los incentivos en forma de plazas adicionales, además de sus referencias a preceptos expresamente derogados de la Ley 6/2009.

- El artículo 38 del PT#009;I-GC, por contravención con lo dispuesto en los artículos 15 y 26 a 29 de la Ley de Renovación en cuanto al procedimiento a seguir en los procesos de renovación edificatoria.

- El artículo 49 del PT#009;I-GC igualmente por sus remisiones a un proceso de concesión de autorizaciones previas sin vigencia dado que la Ley de Renovación y Modernización Turística de Canarias , derogó de forma expresa los artículos 13 , 14 , 15 , 16 , 17.1 Y 18 de la Ley 6/2009, de 6 de mayo .

TERCERO.- No podemos estimar la pretendida nulidad de los artículos 45, 46 y 47 del Plan Territorial de Ordenación de los que se dice que se excede del "marco regulatorio establecido", por la generalidad e impresionismo de tal impugnación y por cuanto como reconoce la demandante tales preceptos no son disposiciones imperativas sino meras recomendaciones.

Tampoco es admisible la impugnación del artículo 208 del Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria, que, aun cuando no se articula como tal, solo cabría si se trata de una impugnación indirecta., a las que se refiere el artículo 26. 1 de la LJCA ., ya que como manifiesta la jurisprudencia, la impugnación indirecta de las disposiciones generales -los planes urbanísticos tienen naturaleza normativa- ha de estar vinculada, o en conexión directa, con la norma o acto de aplicación que se impugna en el recurso contencioso-



administrativo y los vicios de nulidad que se le atribuyen. Dicho de otra forma, el vicio o defecto que se atribuye al acto impugnado directamente ha de proceder, o tener su origen, en la norma de cobertura impugnada indirectamente, de modo que la impugnación indirecta no abre el recurso a cualquier otra infracción desvinculada o desconectada de la infracción denunciada como motivo de nulidad del acto impugnado (STS 3ª, Sección 5ª, de 6 de noviembre de 2009 -recurso de casación número 4543/2005 -).

Ello obliga a la parte recurrente a efectuar y establecer una relación lógico-jurídica entre las disposiciones urbanísticas indirectamente impugnadas y el acto administrativo que directamente se recurre porque, de lo contrario, la impugnación indirecta resulta indebida, pues lo que en realidad se pretende es un recurso directo contra la disposición de carácter general. En concreto, en materia de impugnación indirecta de instrumentos de planeamiento, lo anterior resulta lógico por cuanto no puede desnaturalizarse la impugnación indirecta de manera que el recurso se utilice para cuestionar el plan general en aspectos que nada tienen que ver con aquéllos que se combaten del instrumento de desarrollo o del acto de ejecución directamente impugnado (STS 3ª, Sección 5ª, de 16 de noviembre de 2009 -recurso de casación número 3748/2005 -).

Por todo ello el recurso debe ser parcialmente estimado.

CUARTO. - En cuanto a las costas, tras la modificación operada por la Ley 37/2.011 el Artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad.

Ello determina la no imposición de las costas.

Por ello, vistos los artículos citados y demás de general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución decidimos

III FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE HOSTELERÍA Y TURISMO DE LAS PALMAS, frente al del Plan Territorial Especial de Ordenación Turística Insular de la isla de Gran Canaria (PT#009;I-GC), aprobado definitivamente por Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias adoptado en sesión de 28 y 30 de noviembre de 2011 promovido por el Cabildo de Gran Canaria del que anulamos los siguientes artículos 50, 38, 37 y 49, desestimándolo en el resto, sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Llévese el original al libro de sentencias.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y ss de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso- administrativa , la presente sentencia podrá ser recurrida en casación, bien ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, bien ante la Sección Especial de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia siempre que el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

En uno y otro caso siempre que la parte considere que el asunto presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, en cuyo caso el recurso se preparará por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la Sentencia, debiendo el escrito de preparación cumplir, en cuanto a su contenido, los requisitos del artículo 89.2 de la LJCA , cuyo incumplimiento determinará que no se tenga por preparado, con traslado, caso de entenderse bien preparado, al Tribunal de casación a quien corresponderá apreciar si, efectivamente, el asunto presenta interés casacional objetivo.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente don FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO en audiencia pública de lo que yo, el Secretario de la Sala, certifico.