



Roj: **STSJ ICAN 5151/2014 - ECLI:ES:Tsjican:2014:5151**

Id Cendoj: **35016330022014100340**

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

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

Sección: **2**

Fecha: **10/07/2014**

Nº de Recurso: **873/2001**

Nº de Resolución: **97/2014**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 5151/2014,**
STS 2001/2016

SENTENCIA

Presidente

D./D^a. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

D./D^a. CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ VIREL

D./D^a. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 10 de julio de 2014.

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 0000873/2001, interpuesto por D. Bienvenido , representado el Procurador de los Tribunales D. ANTONIO LORENZO VEGA GONZALEZ y dirigido por el Abogado D. JOSE LUIS PÉREZ SUAREZ, la COMUNIDAD AUTONOMA CANARIA, habiendo comparecido, en su representación y defensa el Sr. Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias; el AYTO. DE SAN BARTOLOMÉ TIRAJANA, representado por el procurador D. ESTEBAN ANDRES PEREZ ALEMAN y dirigido por el letrado del Servicio Jurídico del Ayuntamiento; las entidades LOPESAN TOURISITIK, MASPALOMAS RESORT, S.L., OASIS BEACH MASPALOMAS, S.L., MEGAHOTEL FARO, S.L., HIJOS DE FRANCISCO LÓPEZ, SÁNCHEZ, S.A. representados por la procuradora D^{ña}. DOLORES ISABEL MORENO SANTANA y D. Gervasio , representado por el procurador D^{ña}. ELISA COLINA NARANJO, versando sobre Orden de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias de 29.01.2001 por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual num 11 del P.G.O. U de S.Bartolome de Tirajana en cuanto permite el aumento del 20% de edificabilidad en las parcelas hoteleras del Plan Parcial Meloneras 2 a . 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.- Por Orden de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, de 29 de enero de 2001, se aprobó definitivamente la Modificación Puntual núm 11 del Plan General de Ordenación Urbana de San Bartolomé de Tirajana, consistente en cambiar la redacción del apartado 1º del art 49 de las normas urbanísticas de dicho Plan General.-

SEGUNDO.- Contra dicha Orden se interpuso recurso contencioso-administrativo por el Procurador D. Antonio Vega González, en nombre y representación de D. Juan Ignacio , y, en su momento, se formuló la correspondiente demanda en la que se pedía la estimación del recurso con el fin de que se anule y deje sin



efecto la Orden recurrida y la Modificación Puntual nº 11 del PGOU de San Bartolomé de Tirajana, con expresa imposición de costas procesales a la Administración demandada.-

TERCERO.- Por su parte, las Administraciones codemandadas se opusieron al recurso y pidieron su desestimación, tras lo cual se abrió el período probatorio, a cuya finalización se dio traslado a las partes para conclusiones, que evacuaron todas ellas.-

CUARTO.- Por providencia de 3 de noviembre de 2004, entre otros pronunciamientos, se acordó, para mejor proveer, oficiar a la Dirección General de Ordenación del Territorio para que procediese al emplazamiento de los propietarios de parcelas a las que se refiere la Modificación Puntual impugnada, así como se acordó la practica de determinada prueba documental, admitida en su día a instancia de la parte actora, y no practicada.

A la vista de la contestación de la Administración al oficio remitido y del resultado de la prueba practicada se dio traslado a las partes para alegaciones sobre su alcance e importancia.-

QUINTO.- El recurso se resolvió por sentencia de 24 de noviembre de 2006 , que fue anulada por sentencia el Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2012 , por la que se ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior al tramite de contestación de la demanda.

Realizada tal retroacción, las partes codemandadas que figuran en el encabezamiento, contestaron la demanda interesando sentencia desestimatoria del recurso,.

Se recibió el proceso a prueba, practicándose la admitida y formulando las partes conclusiones escritas, por lo que concluso el procedimiento, se señaló día para votación y fallo del presente recurso el día 27 de junio de 2014.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso cuya cuantía se fijo en indeterminada.

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

II FUNDAMENTOS JURIDICOS.

PRIMERO.- Resulta necesario realizar de forma inicial dos advertencias preliminares, ambas en relación con la constitución de la relación procesal en la forma ordenada por la sentencia del Tribunal Constitucional a que se refieren los anteriores antecedentes.

a) Como hemos expuesto en los antecedentes, la presente sentencia se dicta en virtud de la anulación por parte del Tribunal Constitucional de la dictada en este mismo proceso con fecha 24 de noviembre de 2006 y que fue motivada al estimar el recurso de amparo formulado por la representación de las entidades que han comparecido como codemandadas y recogidas en el antecedente de hecho de esta sentencia. Habida cuenta de que la anulación de la sentencia anterior, tiene como causa directa la falta de emplazamiento personal de tales entidades, y no de aspectos sustantivos de la misma, -- siguiendo el propio discurso de la defensa de las entidades codemandadas citadas--, esta sentencia seguirá en lo sustancial el discurrir de la anulada, añadiendo la respuesta a las cuestiones planteadas por las entidades codemandadas en cuanto sean novedosas o no fueran objeto de tratamiento en nuestra inicial resolución.

b) En relación con la posición procesal y pretensiones del codemandado D. Gervasio .- Cuando el artículo 21 de la Ley jurisdiccional establece que se consideraran partes demandadas, "b Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante", está implícita y explícitamente imponiendo que tal condición de parte demandada se anude a la defensa del acto de la Administración cuya nulidad pretende la parte demandante.

Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 12-2-2014, rec. 1119/2011 , Pte: Campos Sánchez-Bordona, Manuel, : "La posición procesal de codemandado impedía a la parte que desde el principio la ostentaba -y que con este carácter había sido admitida al proceso- formular pretensiones impugnatorias del acto, como así ocurría en este caso. Es irrelevante a estos efectos que sus argumentos en defensa de la nulidad de aquel acto coincidiesen plena o sólo parcialmente con los del verdadero actor, pues era sólo éste quien ostentaba la titularidad activa de la relación procesal. Constituía un fraude procesal aprovechar la condición de codemandado para impetrar -sin las exigencias de plazo, por ejemplo, exigibles al actor- la anulación de un acto que otra persona jurídica había impugnado, constituyéndose de este modo en "correcurrente" del mismo. Sólo los recurrentes que hayan iniciado el proceso pueden, en la dicción del artículo 31 de la Ley Jurisdiccional , pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación".



No puede en consecuencia, -- como sucede en el presente caso con el codemandado Sr. Gervasio --, personarse en condición de parte codemandada para pretender que se estime la pretensión del demandante. Ello es simplemente una perversión de la relación procesal. Consecuentemente revocamos la admisión de dicha parte como demandada y tendremos por no formuladas las alegaciones y pretensiones por dicha parte efectuadas.

SEGUNDO.- Pues bien la contestación a la demanda y conclusiones que ha formulado las entidades codemandadas, plantean la Inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación por utilización fraudulenta de la acción pública. Causa que adelantamos no puede ser estimada por las siguientes consideraciones: Se alega que el actor carece de legitimación activa para el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo, toda vez que dicha acción ha sido ejercitada con fines espurios ajenos a la defensa de la legalidad e interés general, y basada exclusivamente en que en las urbanizaciones en que el demandante tiene intereses, no se ha extendido lo que se considera una favorable formula de calcular la edificabilidad.

A propósito de esta cuestión, en nuestra sentencia de 20 de julio de 2011, sintetizábamos la doctrina jurisprudencial sobre el particular en la forma siguiente: Con carácter general, la más moderna jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha inclinado por una concepción mixta del abuso del derecho al exigir para su apreciación la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. En este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 1 de febrero de 2006, no 20/2006 (rec. 1820/2000 . Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio), razona lo siguiente:

"La doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, según recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005 (recurso núm. 4708/98), con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes danos y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (Sentencias de 8 de julio de 1986 , 12 de noviembre de 1988 , 11 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1996); exigiendo su apreciación , en palabras de la Sentencia de 18 de julio de 2000 , una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)".

Y destaca que es "doctrina jurisprudencial -que recuerda y aplica la Sentencia de 15 de febrero de 2000 (recurso núm. 1452/95) - que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica."

Sobre el abuso del derecho como límite de la acción pública urbanística se han pronunciado multitud de resoluciones judiciales, también del Tribunal Supremo.

La Sentencia de la Sala Tercera, sec. 5a, del Tribunal Supremo de 12 de junio 2007 (rec. 7487/2003 . Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto) señaló: "El que el ejercicio de la acción pública, sostenida por la demandante en la instancia, contraríe los designios del Ayuntamiento y los intereses patrimoniales de la titular de la licencia de obras no implica que trate de perjudicar a éstos o de oponerse a los generales que aquél tiene el deber de proteger, pues, de lo contrario, esa tacha empañaría siempre el ejercicio de dicha acción haciéndola impropio, según la incorrecta interpretación que los recurrentes hacen de la jurisprudencia de esta Sala, recogida en sus sentencias de fechas 22 de enero de 1980 , 21 de septiembre de 1988 y 2 de noviembre de 1989 ".

La Sentencia de la Sala Tercera, sec. 5a, del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de-2001, (rec. 8016/1997 . Pte: Garzón Herrero, Manuel Vicente) rechazó la alegación de abuso de derecho señalando que "olvida la naturaleza pública de la acción para exigir el cumplimiento de las Normas y Planes Urbanísticos, lo que hace inviable la excepción invocada, pues este carácter público de la acción sitúa fuera del ámbito procesal las motivaciones últimas de quien actúa la acción pública."

La Sentencia de la misma Sala y Sección de 22 de enero de 1998, (rec. 130/1992 . Pte: Enríquez Sancho, Ricardo) dispuso que "el mero dato de un motivo de rivalidad comercial, por si mismo, no impide que el recurrente, en el ejercicio de la acción pública urbanística, albergue la finalidad de hacer efectivo el orden urbanístico instaurado por el Plan, frente a la propia Administración y en beneficio de la legalidad".

De tales pronunciamientos es posible deducir que ni el perjuicio de tercero ni los motivos subjetivos últimos de quien ejercita la acción constituyen razón suficiente para entender ejercitada la acción con abuso de derecho porque entender lo contrario supondría vaciar de contenido la propia acción que tiene por finalidad el respeto de la legalidad urbanística.



Esta Sala y Sección se ha pronunciado sobre ello en Sentencias de 31 de octubre de 2008 (rec. 99/2008) y de 11 de julio de 2008 (rec. 18/08) donde consideramos legítimo el ejercicio de la acción pública urbanística por una entidad mercantil "porque persigue el cumplimiento de la legalidad urbanística, que es la finalidad que en sí tiene la acción" rechazando abuso del derecho por las circunstancias de que la acción perjudicara los intereses patrimoniales de una entidad, de que la recurrente sostuvo una postura contraria al fundamento de su acción ante los Tribunales y de que el Cabildo, entidad que no era parte, hubiera desistido de varios recursos similares.

Sobre este último particular y para responder al hecho puesto de manifiesto por la parte apelante de haber desistido la recurrente de varios recursos cuando existían vínculos con el titular de la licencia, debemos agregar que lo que puede constituir una contravención de las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos es precisamente el desistimiento de la acción. Consciente de ello -y de lo que se ha denominado "picaresca" en el ejercicio de la acción pública urbanística-, el artículo 74 de la Ley Jurisdiccional prevé el traslado al Ministerio Fiscal en los supuestos de desistimiento de la acción popular así como el rechazo del mismo por el Juez o Tribunal cuando se "apreciare daño para el interés público".

Por estas razones, aun cuando estimáramos probados los hechos en que la parte apelante funda el ejercicio abusivo de la acción por la recurrente, el motivo no puede prosperar".

Poco podemos añadir de lo expuesto con cita de nuestras anteriores sentencias. Solo reiterar, resumiendo, que el Abuso de derecho, el uso espurio y torticero de la acción, son predicables de aquellas en que se ejercitan derechos personales, pero difícilmente se puede aplicar a la acción para exigir el cumplimiento de las Normas y Planes Urbanísticos, que tiene carácter público y por ello en sí mismo ajena a las motivaciones de quien la ejercita

TERCERO.- En el presente fundamento incluimos todos aquellos que llevaron en la sentencia inicial a la estimación del recurso. Decían así:

"El objeto del recurso contencioso-administrativo es la pretensión de que se declare radicalmente nula o se anule la Orden Departamental que aprobó definitivamente la Modificación Puntual núm 11 del Plan General de Ordenación Urbana de San Bartolomé de Tirajana, consistente en cambiar la redacción del apartado 1º del art 49 de las normas urbanísticas, relativo al cómputo de edificabilidad por parcela, con incremento del veinte por ciento de edificabilidad en determinados suelos urbanizables con ordenación pormenorizada que, según el actor, beneficia exclusivamente a los titulares de parcelas hoteleras de concretas e identificadas urbanizaciones, en cuanto conlleva el incremento del aprovechamiento lucrativo sin compensar a la Corporación, lo que supone un ejercicio arbitrario e injustificado del "ius variandi", así como un tratamiento desigual y discriminatorio en relación a las parcelas de otras urbanizaciones destinadas al uso comercial, además de tratarse de una Modificación insuficientemente motivada.-

Los motivos por los que se pide la nulidad radical o anulación de la Modificación Puntual se refieren tanto a irregularidades invalidantes en el curso de la tramitación, como a motivos de legalidad intrínseca de su contenido, siendo obligado su examen por separado.

En cuanto a la primera irregularidad invalidante denunciada, se apunta que, a lo largo de la tramitación, no se recabó informe del Cabildo Insular de Gran Canaria pese a que, conforme a los artículos 7 y 11 del Plan Insular, toda Modificación Puntual del planeamiento municipal debe ser informada, en el plazo de un mes, previamente a su aprobación provisional por el Ayuntamiento, a los efectos de su posible conformidad o disconformidad con el planeamiento insular, sin que la comunicación al Cabildo de la certificación del acuerdo plenario de aprobación inicial de la modificación, en el que no se reflejaba su contenido, ni el informe del Servicio de Carreteras de esa Institución, a los solos efectos de la incidencia de la modificación en las carreteras insulares, pueda entenderse que convalidan la irregularidad invalidante.

El examen del expediente permite constatar que, efectivamente, tras la aprobación inicial de la modificación, el Ayuntamiento remitió al Cabildo certificación de dicho acuerdo, y, por otra parte, consta también acreditado que se remitió al Servicio de Carreteras de dicha Institución, para informe, un ejemplar de las Modificaciones Puntuales nºs 10 a 17 del Plan General, si bien en momento alguno se solicitó el informe exigido por el artículo 40 del R.D. 1346/1.976, de 9 de abril , sobre Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana .

Ahora bien, queda acreditado que dicho informe fue solicitado por la C.O.T.MA.C., antes de resolver, y el Cabildo informó en sentido favorable a la Modificación, por lo que quedó salvada cualquier irregularidad conforme al principio general de conservación de los actos administrativos.-

En este sentido, dentro del carácter bifásico del procedimiento de aprobación del planeamiento general, el órgano autonómico competente para la aprobación definitiva puede perfectamente, antes de pronunciarse sobre la legalidad de la modificación, tomar la decisión de salvar cualquier posible omisión de trámites



preceptivos que haya podido detectar en el curso del procedimiento de elaboración, que es lo que, a la postre hizo. Dicha posibilidad aparece amparada por el artículo 132.3 del Reglamento de Planeamiento que exige al órgano competente para la aprobación del Plan sometido a su consideración que se pronuncie "Cuando el expediente esté formalmente completo", por lo que, con esta finalidad podía perfectamente suspender la aprobación y devolver el expediente al Ayuntamiento o, directamente, pedir el informe exigido por la legislación para completarlo, lo cual no solo no está prohibido sino que aparece avalado por evidentes razones de economía procesal y de ausencia riesgo jurídico alguno, siendo el único límite aquellas deficiencias que solo puede subsanar el Ayuntamiento. Es más, dicho informe fue evacuado por el Cabildo en sentido favorable a la Modificación al entender que la nueva regulación se ajustaba el PIOT de Gran Canaria.-

CUARTO.- El siguiente motivo de impugnación también se refiere a irregularidades invalidantes en el curso de la tramitación de la Modificación Puntual, si bien, en este caso, producidas cuando el expediente ya había sido elevado a la C.O.T.M.A.C. para su aprobación definitiva y van relacionadas con su cambio de criterio y revisión de la decisión de denegación de la aprobación definitiva de la Modificación Puntual.

Para entender el motivo hay que tener en cuenta lo siguiente:

1º) La COTMAC, en sesión de 22 y 26 de junio de 2000, adoptó, en su dispositivo Segundo, el Acuerdo de denegar, de conformidad con lo establecido en el artículo 132.3 a) del Reglamento de Planeamiento, la aprobación definitiva de la Modificación Puntual 11 del Plan General de Ordenación Urbana de San Bartolomé de Tirajana, por los siguientes motivos:

".. 1 La Memoria es incompleta en cuanto solo hace referencia a primar la ejecución de instalaciones complementarias en los establecimientos hoteleros, mientras que la normativa que se propone afecta al cómputo de los porches y terrazas cubiertas en viviendas unifamiliares.

2. La redacción de la normativa propuesta resulta confusa y supone una total indefinición del resultado final de la edificabilidad atribuida a cada parcela, lo que podría generar efectos negativos sobre la tipología y el paisaje, y supone un incumplimiento del Decreto 35/1.995, de 24 de febrero, sobre Reglamento de Contenido Ambiental de los Instrumentos de Planeamiento (artículos 7 y 13).-

3. La notificación resulta insuficientemente justificada e incluso, si se entendiese a efectos meramente hipotéticos que la justificación contenida en el documento fuese suficiente, la ordenación propuesta resulta incongruente y contradictoria con tal justificación ya que no se garantiza, precisamente, que se recalifique la oferta hotelera".-

2º) Tras requerimiento municipal, al que luego nos referiremos, en el que se decía actuar en ejercicio de la facultad establecida en el artículo 44.1 de la LJCA, la misma COTMAC, en sesión de 26 de julio de 2000, adoptó el Acuerdo siguiente:

" Primero. Aceptar parcialmente el requerimiento efectuado por el Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, al amparo del artículo 44 de la Ley 29/1.988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en orden a revisar los dispositivos Segundo y Tercero del acuerdo adoptado por esta Comisión celebrada el 22 de junio de 2000 en relación a las modificaciones puntuales, números 10 a 17 del Plan General de Ordenación Urbana del referido municipio, dado que la denegación respectivamente, de las modificaciones números 11 y 12, se justificaron en motivos susceptibles de subsanación, por lo que debió acordarse la suspensión de su aprobación definitiva al objeto de que por el Ayuntamiento se pudiesen corregir las deficiencias detectadas.

Segundo. (...)

Tercero. Revisar, en su virtud, el acuerdo de esta Comisión en relación a las modificaciones puntuales nº 10 a 17 del Plan General de Ordenación Urbana de San Bartolomé de Tirajana, modificando los dispositivos Segundo, Tercero, Noveno y Décimo en los siguientes sentidos:

"Segundo. Suspender, de conformidad con lo establecido en el artículo 132.3 b) del Reglamento de Planeamiento, la aprobación definitiva de la modificación puntual nº 11 del Plan General de Ordenación Urbana de San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria) consistente en variar la redacción del apartado 1 del artículo 49 de las Normas Urbanísticas, en lo relativo al cómputo de la edificabilidad en tanto se subsanen las siguientes deficiencias:

".. 1 La Memoria es incompleta en cuanto solo hace referencia a primar la ejecución de instalaciones complementarias en los establecimientos hoteleros, mientras que la normativa que se propone afecta al cómputo de los porches y terrazas cubiertas en viviendas unifamiliares.



2. La redacción de la normativa propuesta resulta confusa y supone una total indefinición del resultado final de la edificabilidad atribuida a cada parcela, lo que podría generar efectos negativos sobre la tipología y el paisaje, y suponen un incumplimiento del Decreto 35/1.995, de 24 de febrero, sobre Reglamento de Contenido Ambiental de los Instrumentos de Planeamiento (artículos 7 y 13).-

3. La modificación resulta insuficientemente justificada e incluso, si se entendiese a efectos meramente hipotéticos que la justificación contenida en el documento fuese suficiente, la ordenación propuesta resulta incongruente y contradictoria con tal justificación ya que no se garantiza, precisamente, que se recalifique la oferta hotelera".-

Es decir, lo que en principio era la denegación de la aprobación definitiva, la Modificación Puntual se convirtió en una suspensión para subsanación de deficiencias con una reproducción literal de los motivos que había llevado a la denegación de la aprobación definitiva.

Finalmente por Orden del Consejero de Política Territorial de 29 de enero de 2.001, se acuerda aprobar definitivamente la Modificación Puntual nº 11 del PGOU de San Bartolomé de Tirajana. En dicha Orden se recogía erróneamente, como Resultando Primero, que la COTMAC había acordado en sesiones de 22 y 27 de junio de 2.000 suspender la aprobación definitiva por determinadas deficiencias, cuando, como hemos visto, en las sesiones de dichas fechas lo que se había acordado era la denegación de la aprobación definitiva, lo cual, según los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su contestación a la demanda obedeció a un simple error material de transcripción.

Tampoco se recoge a lo largo de la Orden Departamental referencia alguna al acuerdo de la COTMAC de 26 de julio de 2.000, que fue, realmente el que, revisando los de 22 y 27 de junio, había suspendido la aprobación definitiva, ni al requerimiento municipal que había servido de causa a dicha decisión.

Por último, dicha Orden contiene un último Considerando en el que se lee textualmente lo siguiente: " ..que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 4/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba la formulación de las Directrices de Ordenación General del Turismo de Canaria en su artículo sexto no resultan suspendidos los actos que tengan por objeto únicamente la subsanación de reparos impuestos por la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias en el acuerdo de aprobación definitiva".

Como iremos analizando en los siguientes Fundamentos, dicho motivo va íntimamente relacionado con el que se refiere a la incompetencia del Consejero de Política Territorial para la aprobación definitiva de la Modificación Puntual.-

QUINTO.- Mas allá del dislate que constituye en sí mismo un procedimiento en que se deniega primero y suspende la aprobación después por idénticas causas, la aparición de un requerimiento municipal que no se sabe quien lo formula, y la aprobación definitiva por un Órgano, – el Consejero–, distinto al que lo había denegado y luego suspendido, es lo cierto que el acto inmediatamente recurrido, incurre al menos en sendas causas de nulidad cual son la falta de motivación y de competencia de quien los aprueba.

Como hemos visto, en un primer acuerdo se deniega la aprobación de la modificación de la Ordenanza de continua referencia. Tal acto definitivo solo puede ser revocado o modificado por la vía de resolución de recursos legalmente regulados o por vía del requerimiento municipal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1 de la LJCA . Con independencia de quien ostente la competencia para formular el requerimiento, es lo cierto que el documento que figura en el expediente no puede ser considerado como tal y ello por cuanto iba firmado por una persona cuya identidad se desconoce, sin sello o antefirma alguna, solo precedido de forma manuscrita de la indicación "el alcalde p.d."

Además, y en relación con la competencia, el art. 21.1.k) LBRL atribuye al Alcalde : "El ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación" y el art. 22.2.j), por su parte dispone que corresponde al Pleno: "El ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación en materias de competencia plenaria" teniendo en cuenta que es competencia plenaria conforme a la letra c) del mismo precepto "La aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística".Admitiendo que tal requerimiento se hubiese formulado por razones de urgencia, no consta que se diera cuenta al Pleno municipal ni que fuera ratificado. Tampoco consta que incluso con posterioridad, órgano municipal alguno, haya asumido o convalidado el mismo.

Por ello es patente que se modificó el inicial acuerdo de la COTMAC, denegatorio de la aprobación, de forma indebida y por ello nula.



Pero tal nulidad se acentúa por ausencia absoluta de motivación dado que se suspende la aprobación para subsanar deficiencias, con una reproducción literal de los motivos que había llevado a la denegación de la aprobación definitiva. No se manifiesta en forma alguna cual es la motivación para el cambio de criterio.

SEXTO.- Respecto de la competencia del Consejero que dicta el acto de aprobación inmediatamente recurrido, se acentúan las incongruencias y contradicciones en que incurre todo el procedimiento. La aprobación definitiva de la Modificación Puntual se hizo por el Consejero de Política Territorial y no por la propia C.O.T.M.A.C, cuya competencia en principio, deriva del artículo 33.3 de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias - posteriormente TR 1/2000-. Pero es que además la C.O.T.M.A.C, se había declarado competente primero para denegar y luego para suspender la aprobación de la norma urbanística, esto es, se produce una inexplicable contradicción dentro de la Administración competente para resolver, pues aunque interpretase que el órgano competente para la aprobación de la Modificación Puntual era el propio Consejero, y no la C.O.T.M.A.C, no se pueden entender las razones por las que no sometió a informe previo de esa Comisión la supuesta corrección de las deficiencias detectadas por esta que había llevado a suspender la aprobación definitiva. Y menos aún se entiende que hubiese sido la COTMAC la que recibiese y aceptase el requerimiento previo al ejercicio de acciones judiciales que motivó la revisión de su decisión, y sin, embargo, la aprobación definitiva se llevase a cabo por Orden Departamental. Todo ello sin la mas mínima explicación o motivación.

En las alegaciones de los codemandados se sostiene que en razón de que la aprobación inicial se realizó antes de la entrada en vigor de la Ley 9/1999, la competencia hay que referirla a las normas orgánicas de reparto de competencias dentro de la Consejería y concretamente al Decreto 107/1995 de 26 de abril, o en su caso al Reglamento orgánico aprobado por el Decreto 89/2000 de 22 de mayo vigente en el momento de la aprobación definitiva. Y ello por cuanto sostiene, que la DT tercera de la Ley, disponía que "Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística que se hubieran tramitado conforme a la legislación que se modifica o deroga en la presente Ley , y que ya hayan recibido aprobación inicial, continuarán tramitándose por la legislación que les hubiera sido aplicable".

Pero tal disposición no es aplicable a la asignación de competencias, materia en la cual rige el principio de que la norma aplicable es aquella que esté vigente en el momento en que se ejercita la competencia, ya que no es posible que la ejercite un órgano que la ha perdido a lo largo del procedimiento y que además como es el caso ha desaparecido como tal. Por otro lado la competencia interna entre los distintos órganos de la Administración autonómica que se realizó, - hasta aquel momento-, en virtud de diversas normas de estructura orgánica de las distintos Departamentos autonómicos, a partir de la entrada en vigor de la Ley 9/1999 se atribuye directamente por esta norma legal a un nuevo Organismo colegiado, la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio ambiente de Canarias (COTMAC) y desaparece la anterior Comisión de Urbanismo y medio ambiente de Canarias (CUMAC). No cabe duda pues que la atribución competencial a favor de la C.O.T.M.A.C , esta vigente desde la entrada en vigor de la mencionada Ley 9/1999 y por lo tanto la aprobación definitiva era de su competencia.

Se producen, por lo expuesto, un cúmulo irregularidades invalidantes en la tramitación del procedimiento ante el órgano encargado de su aprobación, que culminan con la aprobación definitiva por órgano incompetente, lo que, tratándose de una Disposición General, conlleva su nulidad de conformidad con el artº 62.2 de la Ley 30/92 de PAC..

SEPTIMO.- Procede en consecuencia estimar el recurso. Sin hacer pronunciamiento sobre las costas del proceso al no apreciarse temeridad o mala fe procesal (art 139.1 LJCA).-

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 el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesa de D. Bienvenido , contra la Orden Departamental de aprobación definitiva de la Modificación Puntual nº 11 del Plan General de San Bartolomé de Tirajana, recogida en el Antecedente Primero, que consecuentemente anulamos. Sin 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.-

Al notificarse a las partes se les indicará que esta sentencia es susceptible de recurso de casación --que deberá prepararse en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de la notificación-- ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, pero sólo si el recurso pretende fundarse en infracción de



normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas en esta sentencia.

Llévese el original al libro de sentencias.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ