



Roj: **STSJ ICAN 2639/2016 - ECLI:ES:Tsjican:2016:2639**

Id Cendoj: **35016330022016100374**

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

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

Sección: **2**

Fecha: **12/12/2016**

Nº de Recurso: **174/2016**

Nº de Resolución: **443/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

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: Recurso de apelación

Nº Procedimiento: 0000174/2016

NIG: 3501645320130001422

Materia: Urbanismos y Ordenación del Territorio

Resolución: Sentencia 000443/2016

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000254/2013-00

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Procurador:

Apelado IFA HOTEL FARO MASPALOMAS S.A. ELENA HENRIQUEZ GUIMERA

Apelado RIU HOTELS, S.A. FRANCISCO BETHENCOURT MANRIQUE DE LARA

Apelado MASPALOMAS RESORT S.L. ELENA HENRIQUEZ GUIMERA

Apelado CABILDO INSULAR DE GRAN CANARIA

Apelado AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA

SENTENCIA

Ilmos. /as Sres. /as

Presidente

D. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

Dª. EMMA GALCERÁN SOLSONA

D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO (Ponente)



En Las Palmas de Gran Canaria, a 12 de diciembre de 2016.

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 presente recurso de apelación número 0000174/2016, interpuesto por la mercantil IFA HOTEL FARO MASPALOMAS S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. ELENA HENRIQUEZ GUIMERA, y dirigido por el abogado D. PABLO GONZALEZ PADRON, la mercantil RIU HOTELS, S.A. representado por el Procurador de los Tribunales FRANCISCO BETHENCOURT MANRIQUE DE LARA y dirigido por el abogado D., FELIPE FERNANDEZ CAMERO, y el AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA, representado y dirigido por el letrado del Servicio Jurídico de dicho Ayuntamiento, contra la mercantil Maspalomas Resort, S.L. representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. ELENA HENRÍQUEZ GUIMERÁ y defendida por el Letrado D. PABLO GONZÁLEZ PADRÓN, y el Cabildo Insular de Gran Canaria habiendo comparecido, en su representación y defensa el Letrado del Servicio Jurídico del Cabildo Insular de Gran Canaria, versando sobre Urbanismos y Ordenación del Territorio. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ ACEDO.

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo contencioso-administrativo número 3 de Las Palmas, dictó sentencia el 25 de noviembre de 2015 , en autos de Procedimiento Ordinario número 254/2013, estimando parcialmente el recurso interpuesto por las entidades Ifa Hotel Faro Maspalomas, S.A., y Maspalomas Resort, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Iltre. Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana, de fecha 22 de abril de 2013, en virtud del cual se concedía licencia de demolición y edificación en suelo urbano, interesada por Riu Hotels, S.A., en la parcela A/D de la Urbanización El Oasis.

SEGUNDO.- Interpusieron recurso de apelación ambas partes de la instancia esto es las entidades demandantes y las demandadas Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana y Riu Hotels S.A.

TERCERO.- Al recurso de apelación se opusieron recíprocamente ambas partes.

CUARTO.- Se recibió a prueba el recurso habiéndose practicado la admitida con el resultado que consta y formulando asimismo conclusiones escritas.

Tramitado el recurso se señaló día para votación y fallo el pasado día 9 de diciembre de 2016.

Se han observado las prescripciones legales que regulan la tramitación del recurso.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A los efectos de resolver el recurso vamos a transcribir, la parte determinante de la sentencia apelada. Dice así:

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

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

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



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

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

././.

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

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

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

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

Aplicando la doctrina jurisprudencial indicada al caso presente, y obrando en autos sendos informes técnicos contradictorios, considera este Juzgador que debe darse mayor prevalencia al informe pericial de parte y ello porque la propia técnico municipal reconoce que "...si bien es cierto que los planos aportados como anexos en el Boletín Oficial de Canarias con fechas 24 de diciembre de 1995 y 15 de mayo de 2000, no tienen la precisión y la escala adecuada para delimitar la RNE y ASE..."(pag 13 informe adjunto a contestación a la demanda) y que "la descripción literal de la RNE Dunas de Maspalomas puede contener errores en cuanto a la descripción lital del ámbito...", sin que pueda admitirse la alegación que realiza la representación procesal de la Administración sobre que la discrepancia es favorable a la cartografía porque el Anexo DL 1/00 lo que dispone textualmente es que "la delimitación geográfica de este espacio natural protegido se indica en el anexo cartográfico C-7 y se corresponde con la siguiente descripción...", por tanto, no da preferencia al plano respecto de la descripción literal.

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

Los recursos de apelación se fundamentan en los motivos que sumariamente pasamos a detallar:

A) Del recurso del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en el que se pide que se revoque la sentencia apelada y se declare ajustado a Derecho los actos objeto del recurso:



- Imposibilidad de incluir el suelo urbano consolidado en el área de sensibilidad ecológica de la Reserva Natural de las Dunas Maspalomas en virtud de la disposición adicional sexta del Texto Refundido 1/2000 y necesidad de la declaración de ilegalidad del plan General de 1996 para que pudiera anularse el acto de aplicación.

- Prevalencia de los informes técnicos municipales sobre los emitidos por los peritos de parte

- Prevalencia de la cartografía sobre la descripción literal.

- Infracción del principio de seguridad jurídica por falta de declaración de ilegalidad del plan General

Posteriormente reitera los argumentos formulados en la contestación a la demanda.

B) Del recurso de apelación formulado por la entidad "Riu Hotels S.A.", codemandada en la instancia, en el que se pide que se anule la sentencia apelada y se desestime el recurso declarando conforme a Derecho las licencias objeto del mismo; en su caso que esta Sala plantee ante sí misma la cuestión de ilegalidad del Plan General de 1996. Esta especie de petición subsidiaria resulta incongruente con la petición principal, dado que no puede sostenerse la legalidad de las licencias y la posible ilegalidad del Plan general. Entre una y otra debe existir una conexión de antijuridicidad.

- Empieza el recurso apelación por establecer un resumen de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Supremo en relación con la legalidad de la declaración de parques y reservas naturales y la necesidad de la aprobación simultánea del Plan de ordenación de los recursos naturales, de los mismos por imponerlo la legislación básica estatal.

- Seguidamente entiende que no es posible declarar la nulidad de las licencias de forma preventiva y sin pronunciarse sobre la legalidad del plan General de ordenación urbana en que se sustentan para a continuación extenderse sobre la valoración de la prueba pericial de parte en relación con el informe emitido por la técnica geógrafa municipal.

- A continuación se extienden en que la licencia anulada se sitúa en suelo urbano consolidado y no está afectada por el Plan director revisado de la Reserva natural especial de las dunas de Maspalomas publicado en el boletín oficial de canarias de 20 de diciembre de 2004 y termina denunciando la infracción al procesal por la inadmisión de la prueba pericial propuesta en la instancia así como la falta de motivación y arbitrariedad de la sentencia apelada y los autos posteriores reseñados.

C) El recurso de las entidades demandantes en la instancia IFA Hotel Faro Maspalomas S.A. y Maspalomas Resort S.A., tan sólo interpone recurso de apelación por lo que se refiere a la desestimación del recurso indirecto formulado contra el Plan General de ordenación de San Bartolomé de Tirajana de 1996 en las determinaciones de la clasificación como suelo urbano de la parte del Palmeral incluida en la parcela A/D del Plan parcial Oasis y la improcedencia de la inclusión en dicha parcela privada de las zonas verdes públicas que componen el Palmeral, de acuerdo con lo solicitado. Subsidiariamente, de no estimarse la impugnación indirecta, se anulen las licencias por infracción de normas de aplicación directa.

- La totalidad del recurso parte de la demostración de que las licencias concedidas en las parcelas, se integran en la reserva natural de las Dunas de Maspalomas según la descripción contenida en las leyes de ordenación del territorio y protección de los espacios naturales desde 1994, habiéndose producido una privatización ilegal de las zonas verdes públicas que se han anexo a la parcela para el cálculo del aprovechamiento, incurriendo la sentencia en incongruencia interna por estimar el recurso directo o contra el acuerdo de concesión de la licencia y sin embargo desestimar el recurso indirecto planteado contra el plan General.

SEGUNDO.- Como ponen de relieve los extractos que hemos hecho de la sentencia apelada y los recursos de apelación, la cuestión nuclear consiste en determinar cuál es la delimitación precisa de la Reserva natural de especial de las Dunas de Maspalomas atendiendo a lo dispuesto en la Ley canaria 12/1994 de 19 de diciembre, que la declaró como tal.

A.- En tal sentido procede en primer lugar despejar la solución a la posible divergencia entre la descripción literal de su delimitación de acuerdo con el texto legal y su delimitación geográfica que figura en el anexo cartográfico C-7 de la propia norma.

Pues bien, la jurisprudencia unánime y reiterada, da prevalencia en caso de contradicción, al texto normativo frente a unos planos que son representación gráfica del texto y como tales están sujetos a cálculos y operaciones que pueden ser erróneas. Por todas la STS de 22 de octubre de 1998 Pte. Sr. Yagüe Gil: "Para estos casos, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que debe otorgarse prevalencia al texto normativo (por todas, véase sentencia de 16 de Febrero de 1993), lo que viene, además, avalado en el presente caso por el hecho de que existe un antecedente, que es el Convenio ya citado, el cual puede ser utilizado para venir en conocimiento de cuál fue la voluntad del planificador, que era la de incorporar el



Convenio al futuro Plan General. Y si lo plasmó en la memoria y lo varió en la parte gráfica, es de suponer que la variación fue debida a un puro error material, que, como tal, carece de trascendencia jurídica alguna y puede ser rectificado en cualquier momento."

Pero además de tal doctrina consolidada, como luego veremos, en este caso lo coherente, racional y motivado es dar tal prevalencia al texto normativo, habida cuenta de los innegables valores dignos de protección ambiental de los terrenos en que se ubica El Palmeral.

B.- Resuelto lo anterior procede que examinemos si efectivamente existe una divergencia entre el aludido texto de la Ley 12/94 y la cartografía que se acompañó al texto para la delimitación de la Reserva natural de especial de las Dunas de Maspalomas.

Tal delimitación literal que contiene la Ley y luego el TR 1/2000 es la siguiente, en la parte que ahora interesa:

C-7) Reserva Natural Especial de Las Dunas de Maspalomas.

1. La Reserva Natural Especial de Las Dunas de Maspalomas comprende 403,9 hectáreas en el término municipal de San Bartolomé de Tirajana.

2. La delimitación geográfica de este espacio natural protegido se indica en el anexo cartográfico C-7 y se corresponde con la siguiente descripción:

Oeste: Desde un punto en el extremo más meridional del Hotel Oasis (UTM: 28RDR 4150 6800) continúa hacia el NE bordeando la parcela edificada del hotel, hasta otro punto situado a 300 m al Norte del cruce de entrada al mismo; desde ahí, con rumbo OSO y en línea recta, prosigue unos 125 m hasta un punto situado a 50 m al este de la carretera de acceso al Faro

de Maspalomas; desde ese punto, y manteniendo la misma distancia de la carretera, continúa paralela a ella hacia el NNO hasta un punto a unos 750 m de distancia (UTM: 28RDR 4098 6925).

La divergencia entre el texto y la cartografía que se acompaña a la Ley - y que luego han seguido las delimitaciones del espacio natural que sucesivamente se han efectuado -, se concreta en el inciso inicial de tal lindero oeste esto es "Desde un punto en el extremo más meridional del Hotel Oasis (UTM: 28RDR 4150 6800) continúa hacia el NE bordeando la parcela edificada del hotel, hasta otro punto situado a 300 m al Norte del cruce de entrada al mismo."

Pues bien, al margen de informes periciales, -- que luego veremos son coincidentes en este punto--, y la de los posibles errores de las coordenadas, la comparación del texto con el plano que se acompañó a la Ley, -- y nos referimos al plano a escala 1:5.000 que se custodia en el Parlamento, la Consejería respectiva del Gobierno de Canarias y los Cabildos Insulares y no a los anexos publicados en los Boletines oficiales--, pone de manifiesto un patente error en la representación gráfica, que se refiere a que, en lugar de seguir la línea delimitadora " bordeando la parcela edificada del hotel" , que es el texto de la Ley, en el plano se transformó por "bordeando las parcelas edificadas de la urbanización del Oasis" y esto produjo que se excluyera de la Reserva una parte importante de la urbanización del Plan Parcial Oasis y la mayor parte del Palmeral.

Tan grosero y trascendente error, que inexplicablemente se ha reproducido en todos los instrumentos de planificación territorial y urbanista elaborados en la zona durante una veintena de años sin que ninguna de las Administraciones competentes, y especialmente la Autonómica, lo hayan detectado y corregido, ha dado lugar a que se sustraiga de la protección ambiental un elemento tan característico del Oasis como es el Palmeral.

Hemos adelantado que en este particular los informes tenidos en cuenta en la instancia y ratificados en este recurso, son coincidente y ello porque el informe de la Geógrafa municipal que se acompañó a la contestación del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana, firmado y ratificado por Da. Paula , no combate que la descripción literal de la Ley sea la que es, sino que lo atribuye a un error de la Ley que "debió decir "bordeando las parcelas edificadas de la urbanización del Oasis" y no la parcela edificada del hotel ", según literalmente afirma en las páginas 9 y 11 de su informe y ratificó en sede del presente recurso.

Por razones obvias, no podemos partir de la tesis de que el Legislador se equivocó al redactar la Ley y menos, como se afirma. que tal error provenga de que "confunden dada la escala del plano, la parcela del Hotel Oasis con las parcelas de la urbanización del Oasis". Las propias partes que has propuesto tal dictamen se han encargado de señalar que de acuerdo con su propio mandato, se incorporó a la Ley un plano a escala 1:5.000 en el que es perfectamente distinguible la delimitación de una y otras parcelas, separadas por una distancia superior a los 200m.

Habida cuenta de que el mencionado error se ha arrastrado en los sucesivos instrumentos de ordenación de la reserva y en lo que ahora interesa en el Plan General de 1996, hemos resuelto el núcleo esencial del recurso y aunque ello se deduce de la simple lectura de la Ley y el plano cartográfico, sin necesidad de



otras interpretaciones, vamos a agotar el razonamiento para despejar alguna de las dudas suscitadas en las posiciones de las partes y los informes aportados.

B.- Una interpretación literal de la delimitación que hemos transcrito, nos lleva a la inmediata conclusión de que la Ley, refiriéndose al hotel Oasis, distingue nítidamente el "Hotel Oasis" como edificación, de la "parcela edificada del hotel Oasis" y así, la descripción de la Reserva, comienza y termina, (límites Oeste y Sur), en el "extremo más meridional del Hotel Oasis" y no de la parcela edificada del hotel.

A continuación la descripción refiere el límite de la Reserva, bordeando la "parcela edificada del Hotel". No toda la parcela, ni por tanto la parcela del palmeral no edificada, sino la parcela edificada. Y desde el final, -- norte-- de la parcela edificada "hasta otro punto situado a 300 m al Norte del cruce de entrada al mismo".

De aquí, desde este punto, en adelante no existe divergencia entre la descripción literal y la grafiada en el plano.

C.- Una interpretación sistemática, lleva a la misma conclusión por cuanto en la descripción de la reserva en su lindero Norte, el texto legal utiliza los términos "borde edificado de la zona urbanizada de Maspalomas", luego si hubiera querido excluir la totalidad de la zona edificada de la Urbanización del Oasis, nada más sencillo que referir el límite al del Plan Parcial Oasis perfectamente identificable gráfica y literalmente. De ser la intención del legislador excluir de la Reserva la Urbanización del Oasis y el Palmeral que se encuentra en su interior, el límite se hubiera establecido simplemente en el propio Plan parcial.

Por otra parte, la Reserva integra en su delimitación zonas urbanizadas y construidas como las que se encuentran en el Campo de Golf de Maspalomas.

D.- Una interpretación teleológica e histórica lleva a idéntica conclusión que se resumen en la necesidad de considerar la existencia un trinomio ecológico indivisible formado por las Dunas, la Charca y el Palmeral como se ha puesto de relieve en una sucesiva declaración de intenciones formulados por los órganos de la Administración autonómica, -- aunque nunca ejecutadas --, que arranca con el Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de 23 de septiembre de 1983 en el que se indicaba primordial la conservación del conjunto de paisajes naturales parcialmente protegidos por el Real Decreto de Creación de la Junta Provisional de Protección de las Dunas de Maspalomas, con voluntad de ampliación al Lago y al Palmeral, mediante la declaración de Paraje Natural de interés nacional.

Sigue con el propio Plan Especial Reserva Natural Especial de las Dunas de Maspalomas de 7 de octubre de 2004, en cuyo artículo 5 se señala como Fundamentos de protección: "La presencia de hábitats naturales prioritarios según la Directiva 92/43/CEE del Consejo de Europa, de 21 de mayo de 1992 , de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, como son el ecosistema lacustre de aguas salobres de la Charca de Maspalomas, el sistema dunar y el palmeral".

Y finaliza, - por ahora --, en el acuerdo del Gobierno de Canarias, en su sesión de 1 de agosto de 2014 que enfatiza la necesidad de proteger el palmeral y el entorno del Oasis por sus valores en presencia, por lo que ordenó a la Consejería competente que procediera a suspender el planeamiento aplicable -entre otros el PGO de S8T que se impugna indirectamente- para su modificación, al amparo del arto 47 del TR- 1/2000, y que como suele ser habitual se ha incumplido.

Todo ello, además de los antecedentes históricos, los estudios biológicos y ambientales y la propia definición de la reserva natural, llevan a la conclusión indubitada de que el Palmeral a que nos referimos reúne suficientes valores como para ser incluido dentro de la Reserva como así hizo el texto de la Ley.

TERCERO.- Lo expuesto en el anterior fundamento es suficiente para resolver los recursos de apelación, sin perjuicio de algunas precisiones ulteriores.

Los recursos del Ayuntamiento de San Bartolomé de Trajana y el de Riu Hotels S.A. , deben ser desestimados en cuanto sostienen que la sentencia debe ser revocada y declararse que las licencias concedidas son ajustadas a Derecho.

A.- Sin perjuicio de lo que luego diremos sobre la necesidad de resolver la impugnación indirecta del PGOU de 1996, -- cuestión en la que todas las partes coinciden --, es lo cierto que dicho Plan en cuanto a la delimitación de la Reserva natural tantas veces citada, es contrario a las determinaciones de la Ley 12/1994 y después del TR 1/2000, por cuya razón es contraria Derecho en cuanto a la clasificación del Suelo de su ámbito y de las parcelas sobre las que se concede la licencia. Efectivamente la Disposición adicional primera de la Ley 12/1994 determina la reclasificación de los espacios naturales que en ella se declaran, -- entre los que se encuentra la Reserva Natural de las Dunas-- y por imperativo de su art 19.1 Los Parques Naturales y Reservas Naturales se clasifican a los efectos previstos en la legislación urbanística como suelo rustico de protección especial. Esta reclasificación se efectúa cualquiera que sea la que tuviera el suelo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/1994, como es el caso de los suelos incluidos en la Reserva natural tantas veces citada que siendo



urbanos, -- los incluidos dentro del ámbito de la Reserva--, pasan a estar clasificados como rústicos. Ni el Plan General de 1996, ni el acto de concesión de licencias, pueden obviar tal clasificación que opera ex lege y por tanto se impone por su propio designio sin mediación de otro instrumento. Es decir, a pesar de la clasificación que ostentaba el suelo debatido como urbano en la Normas subsidiarias anteriores, desde la entrada en vigor de la repetida Ley 12/1994, se reclasifica a rustico de protección.

Este mismo mandato legal se conserva y refuerza en el Texto refundido 1/2000, Disposición transitoria quinta, cuyo número 2, expresamente concebido para los Parques naturales y las Reservas naturales, -- no para los restantes espacios naturales --, reitera que se clasifican, a los efectos previstos en el presente Texto Refundido, y hasta la entrada en vigor del correspondiente instrumento de planeamiento, como suelo rústico de protección natural, y cuyo art. 22.7 impiden que los Planes Directores de Reservas naturales, puedan establecer en su ámbito otra clase de suelo que la rustica.

Por tal razón, tampoco es aplicable lo establecido en los dos Planes directores de la Reserva aprobados en 1999 y 2004, por cuanto su validez está afectada,-- entre otras razones que no es del caso examinar--, por la errónea delimitación de la Reserva natural, por la inobservancia de la Ley 12/1994.

B.- Queda por examinar las consideraciones que antes hemos resumido que se contiene el recurso de apelación formulado por "Riu Hotels S.A., en relación con la posible invalidez o falta de vigencia de la declaración de la reserva natural de la Dunas de Maspalomas por la necesidad de la aprobación simultánea del Plan de ordenación de los recursos naturales, PORN de los mismos por imponerlo la legislación básica estatal.

Aun cuando la doctrina de este Tribunal y del Tribunal Supremo que se invoca es plenamente correcta, es lo cierto que no puede ser examinada en este recurso por constituir una cuestión nueva no planteada en el recurso de instancia.

El carácter del recurso de apelación impide que la parte recurrente utilice en la impugnación argumentos que no planteó en la instancia. En relación con esta precisión debe resaltarse que si no cabe actuar la pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia sin empleo de alegaciones que rebatan el contenido de la misma, tampoco cabrá cuestionarla desde pretensiones, temas litigiosos o planteamientos que no han sido suscitados en la primera instancia ni han quedado comprendidos en el ámbito de congruencia en el que la respuesta jurisdiccional se ha debido producir de acuerdo con los artículos 33 y 67.1 LJCA. La jurisprudencia es en este punto abrumadora desde antiguo y como dice, entre otras, la STS. de 10 de noviembre de 1998, «es en relación con ese temario, razonado en la sentencia, con el que debían producirse las alegaciones apelatorias; mas éstas, no obstante, no se atienen estrictamente a tal pauta, sino que se hacen en parte planteamientos nuevos, distintos de los de la instancia, y, como tales, inaccesibles a la apelación, según constante jurisprudencia, olvidando que dicho recurso no tiene como objeto directo el acto, cuya impugnación lo es del recurso contencioso-administrativo, sino la impugnación de la sentencia, debiendo ser ésta el blanco de las críticas de la parte apelante, y ello, respetando la relación entre la sentencia y las alegaciones en ella enjuiciadas".

C.- Finalmente queda por examinar la petición subsidiaria que formula el recurso de apelación de Riu Hotels S.A. en el sentido de que esta Sala plantee ante sí misma la cuestión de ilegalidad del Plan General de 1996.

Partiendo de la necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad del PGOU de 1996, -- a la que a continuación nos referimos --, es lo cierto que no es necesario "plantear" la cuestión de legalidad sino resolverla por el este mismo Tribunal por cuanto de conformidad con el artº 27.2 corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la impugnación del mencionado Plan General de 1996.

CUARTO.- Por lo que se refiere al recurso de apelación de las entidades demandantes en la instancia IFA Hotel Faro Maspalomas S.A. y Maspalomas Resort S.A por lo que se refiere a la desestimación del recurso indirecto formulado contra el Plan General de ordenación de San Bartolomé de Tirajana de 1996 en las determinaciones de la clasificación como suelo urbano de la parte del Palmeral incluida en la parcela A/D del Plan parcial Oasis y la improcedencia de la inclusión en dicha parcela privada de las zonas verdes públicas que componen el Palmeral, de acuerdo con lo solicitado en su demanda, el recurso debe prosperar.

Su planteamiento en la instancia fue correcto. El Artículo 27 LJCA, es del siguiente literal: "1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes."

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 lo que hemos visto en los anteriores fundamentos, el motivo de impugnación de las licencias que dio origen al proceso de instancia, se fundamenta en primer y básico lugar, en el error en la delimitación de la Reserva Natural de las Dunas de Maspalomas y como consecuencia, en la indebida clasificación del suelo sobre el que se conceden las mismas, además se cuestiona la desaparición de la zona verde pública, - o su traslado a otro emplazamiento--, con la consecuencia inmediata de concesión de una mayor edificabilidad a las parcelas A/ D sobre las que descansa las licencias impugnadas.

La indebida delimitación de la zona de Reserva Natural de las Dunas de Maspalomas y la ilegal clasificación del suelo,-- como consecuencia de la exclusión de la Reserva natural --, tienen su reflejo inmediato en lo dispuesto en el PGOU, -- aun cuando arrastre el error desde la cartografía de la Ley 12/1994--, y es la causa inmediata de la ilegal concesión de las licencias impugnadas, por ello resulta evidente que debió atenderse en la tramitación y resolución del recurso de instancia, a la mencionada impugnación indirecta del PGOU., para estimarla

No era óbice para ello el hecho de que la Administración del Gobierno de Canarias, debidamente emplazada y comparecida, se apartara con posterioridad del recurso, ya que se cumplió con la exigencia del artº 21.4 de la LJCA .

QUINTO.- Ya hemos visto en los precedentes fundamentos que procede la estimación de la declaración de ilegalidad del Plan General de San Bartolomé de Tirajana en tanto en cuanto contiene una delimitación errónea de la Reserva Natural de las Dunas de Maspalomas y por ello de la clasificación como suelo urbano del suelo que debió incluirse en tal Reserva, que deberá ser clasificado como rustico.

Sin embargo no podemos estimar como causa de impugnación del PGOU., la desaparición de la zona verde pública, - o su traslado a otro emplazamiento-que ilegalmente se produjo, y ello no por motivos sustantivos, sino estrictamente formales. Lo explicamos brevemente.

El hecho de que la Sentencia del Tribunal Supremo de que declaró la ilegalidad de la ampliación del Hotel Oasis no fuera ejecutada en sus precisos términos respecto a la demolición de lo indebidamente construido, -- al margen de que resulte criticable por aplicar una norma contraria al Orden constitucional--, no significaba que la zona verde pública sobre la que se construyó la ampliación y cuya demolición había dispuesto la sentencia, perdiera su carácter de zona verde pública. Se excepcionó la demolición, pero no se modificó la naturaleza pública de la zona verde indebidamente construida.

Ciertamente el planeamiento posterior debió respetar tal carácter público de las zonas verdes públicas comprendidas en las parcela A/D del Plan parcial. Pero sucede que la modificación de las referidas zonas verdes públicas y su privatización, -- cuya ilegalidad sustantiva no descartamos--, se produjo en virtud de las Normas Subsidiarias municipales aprobadas por acuerdo de la CUMAC de 22 de Julio de 1986, -- no por el PGOU de 1996--, Normas cuya revisión queda extramuros de la impugnación indirecta del Plan General y que por lo tanto no puede ser aquí enjuiciada. Es decir no se puede impugnar indirectamente una norma urbanística que no está en vigor y que por ello no guarda conexión de antijuridicidad con el acto de concesión de las licencias directamente impugnadas.

Sin embargo, aunque sea obiter dicta, si debemos dejar constancia de que el Plan General tantas veces aludido contiene una determinación ilegal en relación con la edificabilidad atribuida a las parcelas A y D.

Efectivamente, según se hace constar en el propio informe técnico del Arquitecto municipal obrante a los folios 199 y siguientes del Expediente administrativo, en las Normas Subsidiarias municipales aprobadas y cuya normativa se publicó en el BOP de Las palmas de 7 de Agosto de 1987, se recoge textualmente respecto de la parcela A y D: " se establece el destino de Hotel en las dos parcelas, suprimiendo el comercial de la parcela D y el paso peatonal que la separaba. Se privatizan las zonas calificadas como verdes público por el



Plan, actualmente incorporadas a las parcelas, estableciendo la edificabilidad de acuerdo con la edificación construida."

Sin embargo el Plan General obviando tal norma establece una ordenación de la parcela, -- que sirvió para otorgar la licencia impugnada--, sobre la base de una superficie de 56.000 m², ocupación 25%, y edificabilidad 0,65 m²/m², 6 plantas de altura.

Tal determinación del Plan General resulta contrario a lo dispuesto en el art. 49,2 LS/1976 , -- aplicable *ratione temporis*--, en cuya virtud no se puede compensar la delimitación de espacios libres entre sectores aunque sean colindantes, por mermar la calidad de vida y el uso del suelo conforme al interés general y evitar la especulación. "En cualquier modificación del planeamiento tendente a incrementar el volumen edificable de una zona con el consiguiente aumento de la población, requiere para su aprobación la previsión de mayores espacios libres dentro de la propia zona que experimenta ese aumento de densidad de población sin que sea lícito computar a tal fin los espacios libres o zonas verdes previstos para otro sector, aunque sea colindante, siendo esa exigencia un límite impuesto legalmente a la potestad discrecional para aprobar las modificaciones del planeamiento urbanístico , del que no queda dispensada la Administración mediante la dotación a otro sector colindante de espacios libres en proporción superior al porcentaje establecido legalmente. La lógica y finalidad de dicho precepto no es otra que velar por la calidad de vida y la utilización del suelo de acuerdo con el interés general en evitación de la especulación, según proclaman los artículos 45,2 y 47 de la Constitución , lo que no se lograría permitiendo que, a través de una mera modificación del planeamiento urbanístico , se aumentase el volumen edificable de una zona de la ciudad a costa de sus espacios libres, aunque, al ordenarse otro sector próximo o colindante, mediante la aprobación del correspondiente Plan, se haya previsto una superficie porcentual destinada a espacios libres y zonas verdes superior a la exigida como mínimo por los artículos 12,1,b y 13,1,b del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 45,1,c) del Reglamento de Planeamiento , aprobado por Real Decreto 2151/1978, de 23 de junio , y a que este exceso de espacios libres en un sector no puede compensar la desproporción o disminución experimentada en el otro en virtud de una simple modificación del planeamiento urbanístico " (STS, Secc. 5ª, 8-4-2002, RC 2564/2000).

SEXTO.- Recapitulando lo expuesto en los anteriores fundamentos procede estimar parcialmente el recurso de apelación y ratificando la nulidad de las licencias objeto del recurso de instancia, declarar asimismo la Nulidad del el Plan General de Ordenación de San Bartolomé de Tirajana de 1996 en el particular de la ordenación de los particulares y el suelo a que se refiere esta sentencia, que deberá ser corregido y aprobado en la forma a que se refieren los anteriores fundamentos.

La estimación del recurso de apelación de las entidades demandantes en la instancia, conlleva no imponer las costas de esta alzada de conformidad con lo que previene el artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . Las razonables dudas suscitadas por los recursos de apelación que desestimamos, que en todo caso son imputables a una Administración distinta cual es la de la Comunidad Autónoma, llevan asimismo a no imponer las costas de conformidad con dicho precepto.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación por la autoridad que nos confiere la Constitución, decidimos

III FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de las entidades IFA HOTEL FARO MASPALOMAS S.A. Y MASPALOMAS RESORT S.A contra la Sentencia identificada en el antecedente primero de esta sentencia que revocamos tan solo en la no admisión de la impugnación indirecta del PGOU de San Bartolomé de Tirajana 1996, que admitimos, declarando su nulidad en las determinaciones a que se refiere esta sentencia.

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos interpuestos por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA Y la entidad "RIU HOTELS S.A." Sin costas, en esta apelación ni en la instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento Juzgado correspondiente, 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 fue la anterior Sentencia, por el/la Ilmo. /a. Sr. /a. Magistrado/a Ponente de la misma, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la Sala doy fe. En Las Palmas de Gran Canaria, a 2 de diciembre de 2016.

Ignorar palabra Ignorar todas

Ignorar palabra Ignorar todas

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ