



REMITENTE: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Las Palmas de Gran Canaria

DESTINATARIOS

Nombre	Nº colegiado	Colegio
Carmen Dolores Padilla Nieto	388	Ilustre Colegio de Procuradores de Las Palmas
Maria Del Carmen Quintero Hernandez	122	Ilustre Colegio de Procuradores de Las Palmas
Maria De Las Mercedes Ramirez Jimenez	171	Ilustre Colegio de Procuradores de Las Palmas

DATOS DEL PROCEDIMIENTO

NIG: 3501645320090000176
Orden Jurisdiccional: Contencioso-administrativo
Procedimiento: Recurso de apelación 0000176/2013

RESOLUCIÓN NOTIFICADA

SENTENCIA TEXTO LIBRE APELACIÓN



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
Procedimiento origen: Proc. origen: Procedimiento ordinario
Órgano origen: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4 de Las Palmas de Gran
Canaria

Procedimiento: Recurso de apelación
Nº Procedimiento: 0000176/2013

NIG: 3501645320090000176
Materia: Urbanismos y Ordenación del Territorio
Resolución: Sentencia 000122/2014

Intervención:

Apelado
Apelante

Apelante

Interviniente:

JOSE DOMINGO ABREUT CABRERA
AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE

TIENDAS ESPECIALIZADAS DE
CANARIAS S.L.

Procurador:

CARMEN DOLORES PADILLA NIETO
MARIA DE LAS MERCEDES RAMIREZ
JIMENEZ
MARIA DEL CARMEN QUINTERO
HERNANDEZ

SENTENCIA

Ilmos. /as Sres. /as

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 12 de junio 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 presente recurso de apelación número 176/2013, interpuesto por la entidad TIENDAS ESPECIALIZADAS DE CANARIAS, S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. MARÍA DEL CARMEN QUINTERO HERNÁNDEZ y dirigida por la Abogada Dña. IRMA FERRER PEÑATE, y por el AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE, representado por la Procuradora Dña. MARÍA DE LAS MERCEDES RAMÍREZ JIMÉNEZ y dirigido por el Letrado D. JOSÉ LUIS PÉREZ SUÁREZ, contra D. JOSÉ DOMINGO ABREUT CABRERA, habiendo comparecido en su representación la Procuradora Dña. CARMEN DOLORES PADILLA NIETO y en su defensa el Letrado D. DANIEL BOSCH WOOD; y contra la





FEDERACIÓN INTERINSULAR DE PYMES, no personada, versando sobre Urbanismo y Ordenación del Territorio.

Siendo Ponente el/la Ilmo. /a Sr. /a Magistrado/a D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ-ACEDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de Las Palmas dictó sentencia el 30 de abril de 2013 en autos de Procedimiento Ordinario núm. 28/2009, tramitados a instancia de D. JOSÉ DOMINGO ABREUT CABRERA, contra el Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que aprobó el proyecto modificado de obras de edificio de 1 planta, semisótano y sótano, expte. 2007/2192, en la carretera de San Bartolomé promovido por Tiendas Especializadas de Canarias, S.L.; el Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que autorizó a Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. la puesta en funcionamiento de la actividad de “Comercio menor de artículos de menaje, ferretería, artículos, equipamiento, hogar y aparcamiento” con emplazamiento en la carretera de San Bartolomé Km. 0,65; c) el Acuerdo de 9 de enero de 2008 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que concedió a Tiendas Especializadas de Canarias, S.L., licencia de primera ocupación para edificio de local y aparcamientos sito en la carretera de San Bartolomé Km 0,65, expte. 2007/1153.

Tal sentencia contiene este fallo: “Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso presentado por la Procuradora Dña. Carmen Dolores Padilla Nieto, en nombre y representación de D. JOSÉ DOMINGO ABREUT CABRERA, se declara la nulidad de los actos administrativos identificados en el Antecedente de Hecho primero de esta resolución, sin realizar pronunciamiento condenatorio sobre costas procesales”.





SEGUNDO.- Interpuso recurso de apelación el Ayuntamiento de Arrecife demandado y la entidad codemandada.

TERCERO.- Al recurso de apelación se opuso el demandante en la instancia.

CUARTO.- Tramitado el recurso sin práctica de nueva prueba, se señaló día para votación y fallo del presente recurso en cuyo acto tuvo lugar su realización.

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

Es ponente el Ilmo. Sr. Don Javier Varona Gómez-Acedo, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habida cuenta de la pluralidad de cuestiones que se suscitan en el recurso de apelación, conviene separar los mismos por bloques de motivos, el primero de los cuales se refiere a la inadmisibilidad del recurso por una doble causa, el uso espurio de la acción pública que ejercitó el demandante y en segundo lugar la extemporaneidad del recurso.

Respecto del primero de ellos, la sentencia apelada lo rechaza en base a las siguientes consideraciones: *“Se alega, en primer lugar, 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, destacando que el recurrente es el cónyuge de la que fue Alcaldesa-Presidenta de la Corporación hasta las elecciones del año 2007 y colaborador profesional de la entidad beneficiaria de las licencias impugnadas codemandada en la presente litis.*





Dicha excepción ha de ser desestimada, pues al margen de las consideraciones personales que sobre el recurrente se vierten en las contestaciones a la demanda, lo cierto es que no consta debidamente acreditado que el ejercicio de la acción pública se haya realizado, en el presente caso, con manifiesto abuso de derecho. A propósito de esta cuestión, es preciso traer a colación la STSJ de Canarias de fecha 20 de julio de 2011, cuya fundamentación jurídica es plenamente trasladable al supuesto de autos. Señala la referida Sentencia que: "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, contrarie 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 improsperable, 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 sí 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, aún 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.





SEGUNDO.- En relación con la posible extemporaneidad del recurso la sentencia apelada contiene el siguiente razonamiento: “Igual suerte desestimatoria debe correr la segunda de las causas de inadmisibilidad opuestas, referida a la extemporaneidad del recurso. Las demandadas vuelven a apelar a la condición personal del recurrente, como cónyuge de la antigua Alcaldesa, y a su relación profesional con la entidad titular de las licencias recurridas, para deducir que aquél tuvo conocimiento de los actos impugnados al poco tiempo de producirse, por lo que concluyen que el recurso ha sido interpuesto de forma extemporánea. Nuevamente nos movemos en el plano de las suposiciones, pues ninguna prueba fehaciente existe en autos de que el actor tuviera conocimiento de las resoluciones impugnadas con la suficiente antelación como para poder interponer el recurso en el plazo de dos meses establecido en el Art. 46 de la LJCA, sin que esta circunstancia se pueda presumir del solo hecho de que aquél fuera cónyuge de la Sra. Déniz. En cualquier caso, no consta en autos que los acuerdos impugnados le fueran notificados personalmente al recurrente, por lo que el plazo para interponer el recurso es de cuatro años a computar desde la fecha de terminación de las obras, plazo que se ha cumplido en el presente caso”.

También de forma sintética podemos resumir la doctrina jurisprudencial sobre el particular, en el sentido de que, aun partiendo del conocimiento extra procedimental de la infracción, el dies a quo del plazo para interponer el recurso, solo comienza una vez que se ha notificado regularmente el mismo.

Reiteran los apelantes como dato obviado por la sentencia que el demandante en la instancia conocía los acuerdos impugnados pues aportó en la interposición del recurso, certificaciones de los acuerdos impugnados datadas con más de un año de anterioridad a interponer el recurso.

Admitiendo tal aportación, es evidente que ello no supone tener como probado que tales certificaciones las tuviera el demandante en la misma fecha en que se dicen emitidas. Se trata de fotocopias, en las que no constan haber sido notificadas en fecha alguna.





TERCERO.- Por su parte y por lo que respecta a la cuestión de fondo concretada en la legalidad de los actos impugnados --singularmente del primero de ellos, de 30 de noviembre de 2007, puesto que acarrea a los demás--, la sentencia apelada contiene la siguiente conclusión:

Expuestos de forma muy sucinta los términos del debate en relación con el primero de los actos impugnados en la presente litis, el análisis de las cuestiones suscitadas ha de efectuarse partiendo de la licencia de obras de fecha 19 de noviembre de 2003, que autorizó la obras de construcción de un almacén integrado por un local y aparcamiento. Ciertamente es que los términos en los que se encuentra redactado dicho acto administrativo, pueden llevar a confusión sobre lo realmente autorizado, pues por un lado acuerda conceder licencia de obras con sujeción a los proyectos y croquis presentados que, como se desprende del informe técnico que obra en la página 11 del expediente número 3418/03 que está incorporado en el Complemento IV del expediente remitido, contemplaban la ejecución de una planta y de dos sótanos o semisótanos, pero por otro lado, concede licencia para modificación de almacenes (1 local y aparcamiento) con una superficie construida de 5.888 m² que comprende únicamente la planta baja. En cualquier caso, contemplando el proyecto básico presentado la ejecución de una planta y dos sótanos, siendo este el proyecto que fue informado por los técnicos en el expediente, y habiéndose aprobado el mismo en su integridad, sin condicionantes ni exclusión alguna, lógico es concluir que la licencia concedida en noviembre de 2003, venía referida a la totalidad de las obras contempladas en dicho proyecto, sin perjuicio de que únicamente se reflejara como superficie construida la que era computable como tal correspondiente a la planta baja, no siendo coherente la tesis defendida por el actor con los datos que constan y con lo actuado en el expediente de concesión de dicha licencia.

No obstante la anterior conclusión, constituye un hecho incuestionable que las obras finalmente ejecutadas diferían sustancialmente de lo autorizado por la licencia de obras de noviembre de 2003, al no coincidir ni la superficie finalmente construida, ni la estructura interior del edificio con las inicialmente proyectadas, tal y





como se concluye inequívocamente de los informes municipales emitidos en el expediente tramitado con ocasión de la presentación del proyecto modificado, y la de la necesidad misma de tener que presentar dicho proyecto.

Por otro lado, constituye también un hecho acreditado que la codemandada dio inicio a la ejecución de las obras no habiendo cumplido alguna de las condiciones impuestas en la licencia sobre proyecto básico, como era la de presentar proyecto de ejecución previo al inicio de las obras, y proyecto de infraestructura de telecomunicaciones. A este respecto, es preciso destacar que la licencia de obras obtenida sobre un proyecto básico no habilita para la realización de la construcción, sino que precisa de un proyecto de ejecución ajustado al básico. En el caso de autos, como ya ha sido expuesto, las obras se iniciaron sin cumplir dicho condicionante, aportándose el Proyecto de Ejecución varios años después de la aprobación del Proyecto Básico, en concreto, con fecha 21 de mayo de 2007 e incluso cuando las obras ya se encontraban finalizadas, como se desprende del hecho de que con fecha 21 de marzo de 2007 la codemandada efectuara su primera solicitud de licencia de primera ocupación, al que se acompañó certificado final de obras de fecha 18 de diciembre de 2006, petición que fue precisamente denegada por no haberse aportado el Proyecto de ejecución.

Pero es más, no solo el proyecto de ejecución se aportó de forma extemporánea, sino que, además, el mismo difería del proyecto básico inicialmente aprobado, incumplándose con ello la esencia de lo que es un proyecto de ejecución que no es otra que la de complementar y desarrollar el proyecto básico. Así es reconocido por la propia parte codemandada titular de la licencia en su escrito de contestación a la demanda, en concreto en su página 11, en la que se incluye un cuadro comparativo entre ambos proyectos, en el que se constata la existencia de una diferencia de superficies construidas entre ambos proyectos. Las discrepancias no se limitan únicamente a las superficies, sino que también afectan a la distribución interior de usos, tal y como se desprende del cuadro comparativo que consta en página 15 de la demanda.

A la vista de lo expuesto, obligado es concluir que la actora carecía de licencia válida y efectiva para iniciar las obras, pues incumplió la condición impuesta





de presentar proyecto de ejecución previo al inicio de las obras ajustado al proyecto básico, a lo que hay que añadir, además, que, en cualquier caso, las obras ejecutadas no se encontraban amparadas por la licencia de noviembre de 2003, pues, como ya ha sido expuesto, no se acomodaban a la misma. En esta situación de ilegalidad, y como ya se avanzó en el fundamento anterior, con fecha 2 de agosto de 2004, se publicaron en el BOP las normas urbanísticas de la Adaptación Básica del Plan General de Ordenación de Arrecife, conforme a las cuales el suelo afectado por las obras ejecutadas pasó a ser parte integrante de la Unidad de Actuación-12, Argana Baja, de suelo urbano no consolidado.

Es en este contexto en el que ha de ser analizada la legalidad del Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 de la Junta de Gobierno Local, por el que se aprobó el proyecto modificado de obras de edificio de 1 planta, semisótano y sótano, cuya finalidad, a la vista de los antecedentes expuestos, era la de legalizar unas obras que se había ejecutado careciendo de la necesaria cobertura jurídica, al no haberse cumplido el condicionado de la licencia otorgada. Pues bien, en el momento en que se presenta la solicitud de aprobación del proyecto modificado, la construcción ejecutada era disconforme con la nueva ordenación urbanística del suelo en que la misma se ubica, pues con la Adaptación Básica del Plan General de Ordenación de Arrecife, el suelo afectado por las obras ejecutadas pasó a ser parte integrante de la Unidad de Actuación-12, Argana Baja, sometido, por tanto, a la exigencia de que se elaborara y aprobara el preceptivo instrumento urbanístico de desarrollo. Es por ello que los informes técnicos previos a la adopción del acuerdo impugnado concluyen que se trata de una construcción fuera de ordenación, y que las obras son autorizables en virtud del Art. 44.4 del TRLOTENC.

Discrepa la actora con dicha conclusión, por entender que su condición de obras ilegales impide que puedan ser consideradas fuera de ordenación. Ahora bien, con independencia de la discusión teórica sobre la consideración o no de la construcción como una obra fuera de ordenación, en cualquier caso, lo que está claro es que el precepto al que se acoge la Administración para aprobar el proyecto modificado no ampara la legalización de las obras ejecutadas.





Así, señala el Art. 44.4 del TRLOTENC, en la redacción vigente al tiempo de dictarse el acto impugnado, que: “4.- Las instalaciones, construcciones y edificaciones, así como los usos o actividades, existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística o, en su caso, de la resolución que ponga fin al pertinente procedimiento, que resultaren disconformes con los mismos, quedarán en la situación legal de fuera de ordenación. A tal efecto:

a) Las Normas y, en su caso, las Instrucciones Técnicas del Planeamiento Urbanístico y, en el marco de unas y otras, el planeamiento de ordenación definirán el contenido de la situación legal a que se refiere el número anterior y, en particular, los actos constructivos y los usos de que puedan ser susceptibles las correspondientes instalaciones, construcciones y edificaciones.

b) En defecto de las normas y determinaciones del planeamiento previstas en el número anterior se aplicarán a las instalaciones, construcciones y edificaciones en situación de fuera de ordenación las siguientes reglas:

1ª) Con carácter general sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Salvo las autorizadas con carácter excepcional conforme a la regla siguiente, cualesquiera otras obras serán ilegales y nunca podrán dar lugar a incremento del valor de las expropiaciones.

2ª) Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas. Tampoco estas obras podrán dar lugar a incremento del valor de la expropiación”.

A la vista del mencionado precepto, en las construcciones y edificaciones fuera de ordenación únicamente se permiten obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad, o la utilización conforme al destino establecido y, excepcionalmente, obras parciales y circunstanciales de consolidación en las condiciones que se especifican en el precepto, supuestos en los que no puede subsumirse el caso analizado, en el que se pretende la





legalización de una obra nueva consistente en la construcción de un almacén y aparcamientos.

Inciden los informes técnicos ya aludidos en que no ha existido un aumento de superficie ni un cambio de uso, respecto de la obra inicialmente proyectada y autorizada, añadiendo la demandada en su contestación, que únicamente se trataba de aprobar las modificaciones introducidas respecto de la licencia en su día concedida. Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla como se plantea, pues hay que reiterar que las obras ejecutadas no se encontraban amparadas por la licencia de noviembre de 2003, no solo porque no se ajustaran a la misma, sino porque dicho acto autorizatorio nunca llegó a adquirir eficacia al estar condicionado a la presentación de un proyecto de ejecución ajustado al proyecto básico, exigencia que nunca llegó a cumplir la codemandada, como tampoco cumplió con la condición impuesta de presentar proyecto de infraestructuras de telecomunicaciones.

Por todo lo expuesto procede estimar el recurso interpuesto respecto del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de noviembre de 2007 por el que se aprobó el proyecto modificado de obras del edificio de 1 planta, semisótano y sótano en la carretera de San Bartolomé promovido por Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. La declaración de nulidad del primer acto impugnado en la presente litis, conlleva necesariamente la nulidad de la licencia de primera ocupación también combatida, pues su otorgamiento está basado en la adecuación de lo ejecutado a la licencia de reformado declarada nula. De igual forma, la nulidad del acuerdo de aprobación del proyecto modificado y de la licencia de primera ejecución, incide en la validez del tercer acto impugnado en la presente litis, en concreto, el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 30 de noviembre de 2007 por el que se autoriza la puesta en funcionamiento de la actividad, pues dicha autorización no es viable desde el momento en que las obras ejecutadas en el edificio en el que se va a desarrollar dicha actividad no se encuentran amparadas por la preceptiva licencia de obras.

Ahora bien, la pretensión de la actora de que se acuerde la demolición de las obras ejecutadas no puede tener favorable acogida, pues como recuerda la STSJ de Canarias de fecha 11 de abril de 2011, "...es cierto que la demolición es una





consecuencia natural de la anulación de una licencia de obras, pero no la única posible pues también es posible la legalización siempre y cuando la modificación del planeamiento no haya tenido lugar con fines espurios, no de nueva ordenación, sino de legalización de lo declarado ilegal. Dicho de otro modo, el restablecimiento del orden jurídico alterado y transformado por una construcción ilegal puede tener lugar, como advierte el TRLOPTCyENC, por la legalización o por la demolición, siendo esta la última consecuencia en defecto de legalización". Por tanto, comoquiera que el restablecimiento del orden jurídico perturbado también puede hacerse mediante la legalización de las obras, y no siendo objeto de la presente litis el determinar el carácter legalizable o no de las obras, sino únicamente la adecuación a derecho de los actos impugnados, procede desestimar la pretensión de la actora, sin perjuicio de lo que al respecto pueda acordarse en ejecución de Sentencia".

Dos son las cuestiones en que se polariza el fondo del recurso de apelación. La primera consiste en dilucidar si, concedida licencia de obras sobre proyecto básico el 19 de noviembre de 2003, la posterior y extemporánea presentación de proyecto de ejecución modificado aprobado por acuerdo municipal de 30 de noviembre de 2007, debe regirse por la normativa correspondiente a la licencia de 2003, o por el contrario le es de aplicación la modificación del PGOU que entró en vigor en agosto de 2004. La segunda cuestión es si al haberse incluido la parcela sobre las que se concede la licencia debatida, en una unidad de suelo urbano no consolidado, no era posible la aprobación de aquel proyecto de ejecución modificado.

Respecto de la primera cuestión, de forma unánime se ha pronunciado diversas resoluciones de los Tribunales de Justicia y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que la sustantividad del proyecto básico determina la vinculación de la Administración a la correspondiente licencia aprobatoria y por ello el proyecto de ejecución resulta subordinado a aquel otro en sus determinaciones.





Ello es consecuencia directa de que existe una sola licencia, la otorgada sobre el proyecto básico.

Así lo ha dicho el Tribunal Supremo ya en su Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (apelación 9669/1992) al declarar que "...una vez obtenida la licencia con el proyecto básico, la posterior presentación del proyecto de ejecución adaptado a aquél habilita para el puro comienzo material de las obras, pero no para denegar la licencia (ya concedida) con base en posibles cambios normativos producidos posteriormente. Y ello porque la aplicación de la normativa urbanística debe realizarla el Ayuntamiento a la vista de la solicitud de licencia acompañada por el proyecto básico, pero no cuando (otorgada ya la licencia en firme expresa o presuntamente) el interesado se limita a presentar el proyecto de ejecución para el comienzo de las obras..".

Según recordaba el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 1990, ya en su anterior Sentencia de 19 de mayo de 1981 consideraba justificado el desglose del proyecto al entender, precisamente, que la aprobación del básico llevaba consigo importantes efectos propios. Como decía aquella Sentencia "...aun no siendo suficiente para la realización de la obra, sí lo es para la obtención de las licencias administrativas que autorizan su ejecución, ya que estos efectos específicos del "proyecto básico" son precisamente en los que se ha debido pensar para individualizarlo y substantivarlo, en cuanto permite obtener con él las licencias pertinentes, y también la denegación de tales licencias, ahorrando, en este último supuesto, al requirente de estos servicios profesionales la parte de honorarios correspondientes al proyecto completo, esto es, la parte que ahora, en virtud del desglose establecido, pasa a ser tipificado como proyecto de ejecución ..".

Quiere ello decir que es la licencia concedida sobre el proyecto básico donde se realiza su contraste con la legalidad urbanística y, por tanto, la vinculación de la corporación local autorizante frente a la aprobación del proyecto de ejecución, que al ser complemento de aquella se regirá por idéntico régimen urbanístico.

Los dos informes técnico y jurídico que se incorporan al acuerdo impugnado y que por ello le sirven de motivación, dejan claro que no se ha modificado la





superficie construida, –más bien es inferior– ni los usos, ni ninguna otra determinación de la normativa urbanística vigente en el momento de otorgarse la licencia sobre el proyecto básico, razón por la cual la debatida licencia, en contra de lo estimado por la sentencia apelada no es contraria a Derecho, sin perjuicio de las matizaciones que a continuación realizaremos. Ello evidentemente sin perjuicio que existe una clara infracción urbanística por el hecho contrastado y no negado de que se ejecutó la obra sin obtener la autorización del proyecto de ejecución.

Finalmente conviene asimismo precisar que los informes técnicos y jurídicos del acuerdo a que nos referimos afirman que el edificio ha quedado fuera de ordenación, pero sin explicitar la razón. Ya hemos visto que a la aprobación del proyecto modificado de ejecución no le afectan las modificaciones normativas producidas posteriormente, adaptación del Plan general. Si se refieren a que el suelo donde se ubica ha pasado a ser urbano no consolidado, hay que advertir que de acuerdo con el Artículo 72 e) del TR 1/2000, el Régimen jurídico del suelo urbano no consolidado consagra el derecho de los propietarios de suelo urbano no consolidado “a destinar la edificación realizada a los usos autorizados por la ordenación urbanística, desarrollando en ella las correspondientes actividades”. Es decir, el cambio del régimen de este suelo, por si solo, no supone que quede fuera de ordenación. Habrá de estarse a las posibles modificaciones ordenancistas de la zona. Pero en cualquier caso, esta no es cuestión que afecte a la regularidad del acuerdo de continua referencia.

Dado que la estimación del recurso en la instancia respecto de los restantes actos objeto de recurso, tenía como base la nulidad del primero de los acuerdos municipales, de 30 de noviembre de 2007, al desaparecer tal nulidad, desaparece también para todos los demás.

CUARTO.- Con lo expuesto hasta el momento, debemos concluir que es procedente estimar los recursos de apelación y por idéntica razón, desestimar el recurso contencioso-administrativo de que el mismo trae causa. No se imponen las costas del recurso de apelación ni de la instancia. Artº 139 LJ.





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

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE y de la entidad “TIENDAS ESPECIALIZADAS DE CANARIAS, S.L.”, frente a la sentencia antes identificada, que revocamos, y en su lugar desestimamos el recurso interpuesto por D. JOSÉ DOMINGO ABREUT CABRERA frente a los actos antes identificados, sin imposición de las costas causadas en este recurso, ni en la instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento al Juzgado correspondiente junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno.





PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la Sentencia anterior en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente don Javier Varona Gómez-Acedo en audiencia pública de lo que yo, el Secretario de la Sala, certifico.



Cabecera	
Remitente:	[3501633002] T.S.J. CONTENCIOSO ADMTVO SECCIÓN 2
Asunto:	Recurso de Apelación
Fecha LexNET:	jue 10/07/2014 11:17:00

Datos particulares	
Remitente:	[3501633002] T.S.J. CONTENCIOSO ADMTVO SECCIÓN 2
Destinatario:	MARIA DEL CARMEN QUINTERO HERNANDEZ
Traslado de copias:	-
Nº procedimiento:	0000176/2013
Tipo procedimiento:	RPL
Descripción:	
Su referencia:	-
Identificador en LexNET:	201410050738748

Archivos adjuntos	
Principal:	Caratula_1581.PDF
Anexos:	Adjunto1_1581.PDF

Lista de Firmantes	
Firmas digitales:	-