

**Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª,
 Sentencia de 19 Jun. 2013, rec. 2713/2012**

Ponente: Peces Morate, Jesús Ernesto.

Nº de RECURSO: 2713/2012

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Texto

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 2713 de 2012, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de Hoteles Archipiélago Canario S.A, contra los autos de fechas 2 de diciembre de 2011 y 20 de abril de 2012, dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en ejecución de la sentencia pronunciada por la misma Sala, con fecha 8 de marzo de 2002, el en el recurso contencioso-administrativo número 114 de 2000, sostenido por la representación procesal de Hoteles Archipiélago Canario S.A, contra dos Ordenes del Consejero de Política Territorial del Gobierno de Canarias, ambas de 5 de julio de 1999, por las que se dispuso la aprobación definitiva de la Modificación 4ª del Plan Insular de Ordenación Territorial (PIOT) de Gran Canaria en el ámbito de Costa de Taurito (término municipal de Mogán), así como la aprobación de la Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mogán en el ámbito de Costa de Taurito (Gran Canaria).

En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrida, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y dirigida por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 8 de marzo de 2002, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 114 de 2000, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

« FALLAMOS: Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Hoteles Archipiélago Canario SA contra los actos administrativos a que se refiere el hecho primero de la presente resolución que anulamos por ser contrarios a derecho».

Los «actos administrativos» a que se refiere el fallo, y que constituían el objeto del recurso, se trataba de dos Ordenes del Consejero de Política Territorial del Gobierno de Canarias, ambas datadas el 5 de julio de 1999, una por la que se aprueba definitivamente la Modificación 4ª del Plan Insular de Ordenación Territorial (PIOT) de Gran Canaria en el ámbito de Costa de Taurito (término municipal de Mogán) y la otra aprobando definitivamente la Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Mogán en el ámbito de Costa de Taurito (Gran Canaria).

SEGUNDO.- La sentencia basaba su pronunciamiento en el siguiente fundamento jurídico segundo:

«En cuanto a la impugnación de la Modificación cuarta del PIOT, esta Sala en sentencia Nº 17/98, de 8 de enero de 1.997, dictada en el RCA nº 893/95, declaró la nulidad del Decreto 7/1.995, de 27 de enero, así como del posterior

Decreto 42/1.995, de 22 de marzo, de corrección de errores y por tanto la modificación puntual que hoy se impugna también es nula.

Habrà que examinar las normas Subsidiarias, pues, en concreto las modificaciones, aún cuando habrá que sentar previamente qué se entiende por modificaciones "sustanciales" conforme a la legislación urbanística aplicable y jurisprudencia interpretativa, que permita precisar y reducir el ámbito de indeterminación que el concepto, en principio, tiene.

Nuestro más alto Tribunal de Justicia ha considerado de manera repetida que una modificación es sustancial cuando por alterar fundamentalmente el modelo territorial sometido a una anterior información pública pueda entenderse que falta ésta lo que obliga a reiterarla: es preciso que la modificación, por la superficie afectada o por su intensa relevancia dentro de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio, venga a alterar seriamente al modelo territorial elegido.

La descripción de la modificación en el informe del arquitecto Jefe de la Sección de Planeamiento de la Consejería de política Territorial y Medio Ambiente de fecha 18 de junio de 1999 dice lo siguiente: la modificación puntual propuesta por el Ayuntamiento de Mogán tiene por objeto el posibilitar en coordinación con la Modificación Puntual del PIOTGC, la reordenación del ámbito de Costa Taurito de tal forma que coexistan los productos turísticos con la conservación y utilización de los espacios costeros y rurales con valores paisajísticos ...en cuanto a calidad de los alojamientos turísticos, los estándares, la potenciación del uso hotelero y la previsión de importantes equipamientos turísticos. La nueva ordenación propuesta se adecuará a la situación patrimonial existente, garantizando la ejecución de la urbanización restante en el Barranco de Taurito, mediante un compromiso de la promotora con el Ayuntamiento". El ámbito de la modificación es una amplia zona que incluye la totalidad de ámbito de Costa Taurito, desde el Barranco de Taurito hasta el Barranco de los Frailes; hacia el interior, el ámbito comprende el Lomo de las Mesas, las cuarterías de Mr Pilcher, el Llano de la cisterna, el Lomo de la Paredita, la Esillada de Taurito y el Lomo de la Bandera.

Se trata por tanto de una modificación coordinada a la modificación también puntual del PIOTGC y si ya hemos dicho que la consecuencia ineluctable de la nulidad del PIOT es la nulidad de sus modificaciones se hace preciso tener en cuenta que: a) las Normas Subsidiarias de Planeamiento tal y como se deduce de los arts. 6 , 70 y 71 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Decreto 1346/1976 (LA LEY 611/1976), al quedar sin efecto el R.D. Legislativo 1/92 (LA LEY 1921/1992) en virtud de la Sentencia del tribunal Constitucional de fecha 20 de marzo de 1997 , en relación con los concordantes del Reglamento de Planeamiento, se configuran como verdaderos planes urbanísticos aunque de naturaleza limitada en cuanto no llegan a alcanzar la plenitud de contenido del Plan General, cuya falta suplen en el ámbito territorial de un determinado Municipio, de allí que se hayan denominado "planes reducidos o simplificados"; b)La cuarta modificación del PIOT se concretaba en la aplicación de la zona turística Litoral, la modificación de la operación estratégica Ordenación de Productos Turísticos en los Barrancos del Suroeste , la modificación de la regulación general de usos de la clasificación de los suelos incluidos en las áreas insulares Protegidas (AIP) y modificación del régimen General de Usos de las Areas Insulares Protegidas y ajuste del límite; c) "el ámbito de la propuesta de ordenación de la costa de Taurito (con la exclusión del Barranco de Taurito) será objeto de ordenación desde las Normas Subsidiarias de Mogán, conforme a las determinaciones del antedicho Plan Especial;La zona Costera y de Villas se desarrollarán en paralelo mediante el correspondiente Plan Parcial por lo que las Normas Subsidiarias de Mogán deberán establecer la correspondiente clasificación de Suelo Apto para Urbanizar (SAU) ; la zona modificada del Barranco de Taurito podrá ordenarse directamente desde las normas subsidiarias mediante el establecimiento de ordenanzas específicas para el suelo urbano cuyo perímetro tendría qu1 considerarse modificado, según plano nº4...Y todo ello supone La Modificad& de las Normas Subsidiarias de Mogán para incorporar el contenido establecido en las bases séptima a novena"((Protocolo de intenciones para la ordenación c1(la Costa de Taurito (Mogán) suscrito por el Ilmo Sr. director General c1(Urbanismo y los Representantes del Cabildo Insular, el Ayuntamiento de Mogán y la entidad Hermanos Santana Cazorla de 17 de abril de 1998).

La Modificación Puntual supone la reconversión integral de la ordenación prevista correspondiente al ámbito del Tramo II del PIOT / GC denominada(Barranco y Costa de Taurito, agregando parte del ámbito territorial del primitivo Sector 2 para la instalación de un Campo de Golf, con el siguiente objeto incrementar el uso hotelero y adaptación de los nuevos estándares del PIOT reubicación de equipamientos, ordenación y reclasificación de los espacio: libres(en suelo urbano) y redelimitación del sector de Suelo Urbanizable turístico en ejecución con el criterio de ajustarse a directrices de estudio de impacto y adaptación a la topografía.

En este punto es conveniente recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la distinción de las revisiones y modificaciones de los Planes que son operaciones por completo diferentes, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1988 señala las siguientes diferencias:

"a) En cuanto a la finalidad perseguida que persigue la revisión un examen total del texto objeto de ella a fin de verificar si el mismo se ajusta a la realidad, mientras que en la modificación se trata de corregir alguno o algunos de los elementos del Plan permaneciendo la subsistencia de éste que no es sustituido por otro como en el caso anterior.

b) La revisión no implica necesariamente alteración pues una vez verificada puede llegarse a la conclusión de que el texto está de acuerdo con la realidad vigente aunque hayan pasado varios o muchos años; por el contrario en la modificación se hace ineludible adecuar la ordenación urbanística a las exigencias de la realidad, todo ello porque el urbanismo no es totalmente estático sino dinámico y operativo.

c) En cuanto al procedimiento la revisión se ajustará a los mismos trámites que la formación al igual que la modificación, pero aquella sólo se dará respecto a los Planes Generales y programas de actuación mientras la Modificación puede tener lugar respecto a Planes, Programas, Normas y Ordenanzas.

d) El procedimiento complejo arbitrado por el legislador para la elaboración de los Planes es para que sus distintas fases sean algo más que ritos que sólo sirvan para complicar el procedimiento, ya que lógicamente están pensadas para un mayor garantía en la obtención de un final óptimo corrigiendo o mejorando los errores iniciales..."

En este caso se ha tendido a minusvalorar la importancia y trascendencia intrínseca que en conjunto representaban las modificaciones estamos en presencia de una adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo.

Nos encontramos ante unos cambios que en primer lugar se han realizado al socaire de una modificación del PIOT nula y que, por otra parte, no pueden verse de escasa trascendencia porque van plenamente acompañados a las determinaciones de aquella Modificación Puntual del PIOT. De hecho nacían condicionando su existencia a la aprobación de la citada modificación tal como se especifica en la propuesta que siguió al informe técnico del ayuntamiento de Mogán de fecha 4 de febrero de 1999(folio 10, Tomo 4). Por ello se impone la estimación del recurso».

TERCERO.- Recurrida en casación la referida sentencia por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, esta Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo dictó, con fecha 5 de octubre de 2005 , sentencia, en el recurso de casación 4861 de 2005, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal siguiente:

«FALLAMOS: NO HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias interpone contra la sentencia que con fecha 8 de marzo de 2002 dictó la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso número 114 de 2000 . Sin que proceda hacer pronunciamiento sobre las costas procesales en este recurso de casación».

CUARTO.- Esta sentencia del Tribunal Supremo se basaba, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo:

«La misma suerte desestimatoria ha de correr el segundo y último de los motivos de casación, pues en él, con el solo sustento fáctico de que la modificación de autos afecta, exclusivamente, al tramo II del PIOT, y con la alegación, que no argumento, de que no ha supuesto la elección de un modelo territorial distinto y sí sólo cambios aislados en la clasificación y calificación del suelo del ámbito general del PIOT, se defiende que lo aprobado se subsume, no en la

categoría jurídica de la revisión del planeamiento, y sí, tan sólo, en la de la modificación. Tal sustento y tal alegación son en sí mismos insuficientes para acoger la pretensión revocatoria que se deduce; máxime cuando se omite en el motivo toda referencia a ciertos párrafos de la sentencia recurrida, en los que se lee: que el ámbito de la modificación es una amplia zona que incluye la totalidad de Costa Taurito, desde el Barranco de Taurito hasta el Barranco de los Frailes; hacia el interior, el ámbito comprende el Lomo de las Mesas, las cuarterías de Mr Pilcher, el Llano de la Cisterna, el Lomo de la Paredita, la Esillada de Taurito y el Lomo de la Bandera; o que la cuarta modificación del PIOT se concretaba en la ampliación de la zona turística litoral, la modificación de la operación estratégica Ordenación de Productos Turísticos en los Barrancos del Suroeste y modificación del régimen general de usos de las Áreas Insulares Protegidas y ajuste del límite; o que la modificación propuesta tiene por objeto la reordenación del ámbito de Costa Taurito; o, en fin, que la modificación supone la reconversión integral de la ordenación prevista en aquel ámbito con el siguiente objeto: incrementar el uso hotelero y adaptación de los nuevos estándares del PIOT, reubicación de equipamientos, ordenación y reclasificación de los espacios libres en suelo urbano y redelimitación del sector de suelo urbanizable turístico.

En suma, a la vista de lo que la Sala de Instancia describe en la sentencia aquí recurrida, ni cabe entender errónea su conclusión final de que estamos en presencia de una adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo; ni podemos tener por mal apreciada la distinción de las categorías jurídicas de revisión y modificación del planeamiento; ni decidir, en fin, que dicha sentencia infringe la jurisprudencia que interpreta tal distinción».

QUINTO.- Con fecha 3 de febrero de 2009, la representación procesal de Hoteles Archipiélago Canario S.A. presentó escrito ante la Sala de instancia en el que solicitaba la ejecución forzosa de la sentencia, a lo que la Sala accedió por providencia de 19 de febrero de 2009, en la que dispuso librar oficio a la Administración demandada a fin de que « *lleve a puro y debido efecto y practique lo que exige el cumplimiento de la sentencia recaída en los autos* ». En su cumplimiento, la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, en sesión de 2 de octubre de 2009, adoptó acuerdo disponiendo que se procediera a dictar Orden departamental en ejecución de la sentencia, así como dar traslado a los Servicios de Planeamiento Territorial y Urbanístico para que se estampillase diligencia de nulidad en los instrumentos invalidados; asimismo se dispuso la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial de Canarias.

Mediante un nuevo escrito, presentado el 4 de noviembre de 2009, en el que, descociendo el acuerdo que acaba de mencionarse, Hoteles Archipiélago Canario S.A. manifestaba que no se había cumplido la providencia en la que se dispuso la ejecución, solicitó que se practicara lo que exigiera el cumplimiento de la sentencia y, en particular, que se dirigiera nuevo oficio a la Administración para la adopción de las medidas siguientes: 1º) [Se] Inscriba, y comunique posteriormente a esta parte, el fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado. 2º) [Se] Publique a su costa el fallo en el Boletín Oficial de Canarias y en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas; 3º) [Se] Confirme la posibilidad de ejecutar la sentencia en sus estrictos términos señalando a esta parte todos los actos administrativos o disposiciones generales que quedan anulados como consecuencia directa o indirecta (por ejemplo el Plan Parcial consecuencia directa de los actos anulados) del fallo; Y, en fin, confirme que las determinaciones de aplicación en lo sucesivo a Costa Taurito son las señaladas en el Decreto 496/1985, por el que se aprobó la revisión del Plan de Ordenación Territorial y Urbana del Centro de Interés Turístico Nacional de "Costa Taurito" (BOC nº 171, de 16 de diciembre de 1985) así como su encaje en el actual sistema de planeamiento canario. Asimismo, [se] disponga lo necesario para eliminar del ordenamiento jurídico los actos o disposiciones generales dictadas con posterioridad a la sentencia y aprobadas definitivamente por el Gobierno de Canarias que supongan eludir el cumplimiento de la sentencia (por ejemplo, el PIOT vigente). 4º) En caso contrario, de apreciarse causas de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, lo manifieste a la Sala, a fin de que, tras seguir el procedimiento incidental establecido, ésta pueda apreciar la concurrencia o no de dichas causas, actúe en consecuencia y, en fin, adopte las medidas necesarias

que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria».

En un nuevo escrito, de 18 de noviembre de 2009, una vez conocido el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias antes referido, pidió la entidad recurrente que se dispusiese solicitar el parecer de la Administración acerca de la posibilidad de ejecutar la sentencia en sus justos y completos términos.

Con fecha 29 de marzo de 2010, el Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio dictó la Orden disponiendo la publicación del fallo, que se insertó en el Boletín Oficial de Canarias de 16 de diciembre de 2009, y se practicaron las notas de anulación correspondientes, todo lo cual se puso en conocimiento del Tribunal de instancia por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Canarias.

A vista de las actuaciones practicadas, Hoteles Archipiélago Canario S.A. presentó un nuevo escrito con fecha 5 de octubre de 2010, en el que trae a colación su condición de propietaria de parcelas incluidas en el Plan de Ordenación Urbana de Costa Taurito (1.696.050 m²), aprobado por Decreto de 8 de julio de 1971 -se trataba de un plan de ordenación turística- a la vez que expresaba que la finalidad de su recurso, al instar la anulación de los instrumentos, había sido que recobraran vigencia el Plan de Ordenación de Costa Taurito así como las determinaciones originales de las Normas Subsidiarias de Mogán. En ese escrito, por considerar que se trataba de actos dictados para eludir el cumplimiento de la sentencia, e invocando el artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solicita la anulación de los siguientes actos e instrumentos: 1º) del Plan Parcial del Sector 32, aprobado por el Ayuntamiento de Mogán el 18 de julio de 2001, porque desarrolla las determinaciones establecidas por los instrumentos de ordenación anulados; 2º) de los acuerdos aprobatorios de los Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación del Plan Parcial, del Proyecto de Compensación y del Proyecto de Urbanización del indicado Sector 32 de Costa Taurito (aprobados, los dos primeros por acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 27 junio de 2001, y los demás por acuerdo de la misma Comisión de 19 de julio de 2001); 3º) de «todo el resto de actos administrativos que pueda haber dictado el Ayuntamiento de Mogán en la ejecución de las determinaciones de la Modificación 4a del PIOT, de la Modificación de las NNSS y del Plan Parcial Sector 32 Costa Taurito (Aprobación de la Constitución de la Junta de Compensación, licencias de obra, licencias de primera ocupación, licencias de apertura, etcétera)»; 4º) Y del Decreto 277/2003 (LA LEY 10813/2003) por el que se aprueba el Plan Insular de Gran Canaria, porque supone la desclasificación del polígono 32 de Costa Taurito.

Alternativamente, para el caso de no considerarse que los indicados actos habían sido dictados para eludir la ejecución de la sentencia, solicitaba que se declarase la imposibilidad de su ejecución.

Por diligencia de ordenación, de 26 de octubre de 2010, sin dar traslado de la petición, se dispuso que pasasen los autos a la ponente para resolver; entretanto la Sala se ocupó de tramitar una solicitud de personación (de don Simón), con lo que de hecho quedó relegada la ejecución, hasta que por escrito de 26 de septiembre de 2011, la representación de Hoteles Archipiélago Canario SA presentó escrito quejándose del retraso en la resolución de su petición, que dejaba reiterada.

En fecha 2 de diciembre de 2011, sin tramitar incidente de ejecución, se dio respuesta al escrito que había sido presentado por la demandante el 5 de octubre de 2010, mediante el auto traído a la casación, cuya parte dispositiva es la siguiente: « *Declarar ejecutada la Sentencia y archivar este procedimiento de ejecución. Todo ello sin imposición de las costas causadas en el presente incidente* ».

Esta decisión se basa, esencialmente, en el siguiente fundamento jurídico segundo:

«Los acuerdos municipales cuya nulidad se pretende ahora, son anteriores al dictado de la sentencia de esta Sala y por supuesto a la fecha en que, desestimado por el Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto, adquirió firmeza. Desconocemos si alguno de los actos aplicativos de los instrumentos anulados no ha adquirido firmeza. En todo caso, queda a salvo la proyección del pronunciamiento de nulidad en los procedimientos que se encuentren pendientes. Pero por imperativo del artº 73 LJCA no pueden ser declarada aquí. Ni dada su fecha puede entenderse que están dictados con la finalidad de contradecir una sentencia en aquel momento inexistente, como exige el artº 103.4 LJCA .

Por lo que se refiere al Decreto 277/2003 (LA LEY 10813/2003) por el que se aprueba el PIOT de Gran Canaria, no se alcanza a comprender cuál es la causa de nulidad que se alega.

Finalmente, no existe imposibilidad alguna de ejecutar la sentencia, como efectivamente se ha hecho por la Administración autonómica.

Procede desestimar la solicitud de ejecución formulada.».

SEXTO.- Frente a la indicada resolución, el representante procesal de Hoteles Archipiélago Canario S.A. dedujo el oportuno recurso de reposición en el que ponía de manifiesto que sin la anulación de los actos que se solicitaba no podía alcanzar la situación jurídica que perseguía a través del recurso, de obtener mayores aprovechamientos urbanísticos para los terrenos de su propiedad; el recurso fue desestimado por auto de 20 de abril de 2012, con el «único razonamiento», si así puede considerarse, y que por ello no es necesario reproducir, de no haberse desvirtuado lo acordado.

SEPTIMO.- La representación de Hoteles Archipiélago Canario S.A. presentó escrito solicitando que se tuviese por preparado recurso de casación contra los expresados autos de 2 de diciembre de 2011 y 20 de abril de 2012 dictados en ejecución de la sentencia, a lo que se accedió por Diligencia de Ordenación de fecha 24 de mayo de 2012, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

OCTAVO.- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrida, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, representada por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias; y, como recurrente, la compañía mercantil privada Hoteles Archipiélago Canario S.A, representada por el Procurador Don Luis Fernando Granados Bravo, al mismo tiempo que éste presentó escrito de interposición de recurso de casación.

El recurso de casación se basa en dos motivos, acogidos ambos al artículo 87.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

1º) En el primer motivo, frente al criterio de los autos impugnados, sostiene la recurrente que se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 103.4 y 105 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para que en el incidente de ejecución se hubiese acordado la nulidad de las disposiciones y actos indicados porque fueron dictados con el fin de eludir el cumplimiento de la sentencia, impidiendo ejecutar en los terrenos de su propiedad la ordenación urbanística vigente con anterioridad a la aprobación de los instrumentos anulados por la sentencia.

2º) En el segundo motivo, con carácter alternativo, se defiende que en caso de no resultar procedente la anulación de los actos de ejecución, necesariamente debió concluirse que concurre un caso de imposibilidad legal de ejecución, tal como resulta del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, al no reconocerlo así, los autos recurridos contienen un pronunciamiento contradictorio con el fallo.

Termina su escrito solicitando una sentencia por la que, declarando haber lugar al recurso, contenga los pronunciamientos que seguidamente se transcriben:

«Case y anule los Autos de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 2 de diciembre de 2011 y de 20 de abril de 2012 dictados en el incidente de ejecución de la sentencia firme dictada en el procedimiento ordinario 114/2000.

En consecuencia, dicte sentencia por la que se anulen todos los actos/disposiciones que han sido dictados en ejecución o reproducción de la Modificación 4ª del PIOT de Gran Canaria y de la Modificación de las NNSS de Mogán, los cuáles han sido relacionados en los antecedentes quinto y octavo del presente escrito (aprobaciones del PP, EE, BBAA, PC y PU del Sector 32 así como el PIO de Gran Canaria del año 2003), ya que son contrarios a la sentencia firme dictada en el procedimiento principal del que dimana el incidente de instancia (sentencia de la Sección Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 8 de septiembre de 2002 dictada en el procedimiento ordinario 114/2000) y han sido dictados con la finalidad de eludir su cumplimiento.

Subsidiariamente a lo anterior y en el hipotético supuesto de que no considere procedente anular estos actos/disposiciones de ejecución o reproducción de la Modificación 4a del PIOT de Gran Canaria y de la Modificación de las NNS de Mogán (aprobaciones del PP, EE, BBAA, PC y PU del Sector 32 así como el PIO de Gran Canaria del año 2003), proceda a declarar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia firme de 8 de septiembre de 2002, habilitando un plazo de 45 días para la cuantificación de la indemnización a la que mi representado tendría derecho».

NOVENO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado por copia al Letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno Canarias para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición, lo que efectuó mediante escrito presentado con fecha 21 de diciembre de 2012. En cuanto al primer motivo, subraya que el auto impugnado se fundamenta en que los acuerdos municipales, cuya nulidad se pretende, son anteriores a la sentencia tanto de la Sala de Instancia como de este Tribunal Supremo, de manera que «dada su fecha [no] puede entenderse que están dictados con la finalidad de contradecir una sentencia en aquel momento inexistente, como exige el artículo 103.4 LJCA (LA LEY 2689/1998) ». Aparte de ello, contradice a la recurrente cuando señala que los actos "fueron dictados mientras se encontraba suspendida la vigencia del instrumento de planeamiento que les daba cobertura (la Modificación Puntual 4ª del PIO)", ya que el auto de la Sala de instancia, de 25 de octubre de 2000, citado de contrario, estimando en parte el recurso de súplica interpuesto por la Administración autonómica contra el auto de la misma Sala, de 14 de abril de 2000 , lo revocó "en el sentido de rechazar la petición de suspensión de la ejecución de la Orden Departamental de 5 de julio de 1.999, por la que se aprobó definitivamente la Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Mogán, manteniendo los restantes pronunciamientos", por lo que, si bien la suspensión se mantuvo respecto de la modificación puntual nº 4 del Plan Insular, no sucedió lo mismo respecto a la modificación de las Normas Subsidiarias de Mogán, siendo éste el instrumento de planeamiento que daba cobertura al desarrollo del Sector 32, en Costa Taurito, mediante la tramitación y aprobación del correspondiente Plan Parcial.

En todo caso, llama la atención sobre la circunstancia de que el Plan Parcial del Sector 32 de Costa Taurito ha sido anulado por sentencia de la propia Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 27 de enero de 2012, dictada en el recurso 1524/2001, interpuesto por los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, anulación que se deriva de la desaparición de la norma de cobertura, pero no de la ejecución de la sentencia, lo que resulta coherente con la argumentación del auto recurrido. Como complemento a sus razonamientos en oposición al primer motivo, destaca también que la sentencia de la que trae causa el recurso en ningún caso cuestionaba las determinaciones sustantivas de planeamiento, sino únicamente el procedimiento de alteración elegido, que debió ser el correspondiente a las revisiones en lugar del que rige para las modificaciones.

Para oponerse al segundo motivo, expone que la recurrente parte de una premisa claramente incorrecta, al considerar que si no se han dictado los actos administrativos por ella citados con la finalidad de eludir la sentencia, pero tales actos privan de eficacia a la sentencia, necesariamente, se dice, habrá de concluir que la existencia de estos actos/disposiciones impiden ejecutar jurídicamente esta sentencia. Con ello, olvida que la sentencia ya ha desplegado sus efectos. Junto a lo anterior, acentúa que la pretensión de la recurrente es obtener de forma irregular y extemporánea un supuesto resarcimiento por no poder materializar con el planeamiento en vigor los aprovechamientos que dice tuvo reconocidos en las ya inexistentes etapas 1 y 2 del Plan de Ordenación de Costa Taurito, aprobado, en su última revisión en 1985 e incorporado a las posteriores Normas Subsidiarias de Mogán, aprobadas en el año 1987, pero que tal pretensión, además de extemporánea, nada tiene que ver con la ejecución de la sentencia, ya que, como se deriva del propio recurso, es el Plan Insular de Ordenación Territorial, aprobado por Decreto 277/2003, el que le impediría materializar tales aprovechamientos; aprovechamientos que, por otra parte, no se han acreditado que se hubiesen consolidado. En cualquier caso, concluye, lo único relevante es que no nos encontramos en ningún supuesto de inejecución de sentencia. Termina su escrito solicitando una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, ratificando los autos recurridos por ser conformes a Derecho, con imposición de

costas a la recurrente.

DECIMO.- Formalizada la oposición al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 5 de junio de 2013, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Esta Sala viene declarando de manera constante -sirvan como muestra nuestras sentencias de 10 de marzo de 2008 (recurso de casación 6558/05 (LA LEY 21014/2008)) y 29 de septiembre de 2008 (LA LEY 137840/2008) (recurso de casación 4462/06)- el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) , y artículo 17 (LA LEY 1694/1985), apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) .

Para la Sala de instancia, las actuaciones llevadas a cabo por la Administración, consistentes en la publicación del fallo de la sentencia en el Boletín Oficial de Canarias, y en la realización de las anotaciones y diligencias haciendo constar la anulación en los instrumentos, dan cumplimiento completo al fallo que, por consiguiente, declara ejecutado y dispone el archivo del asunto.

Esta apreciación no es correcta y ello determinará el acogimiento del primer motivo de casación, en los términos que luego se dirán, haciendo innecesario el examen del segundo, que ha sido articulado con carácter alternativo (en realidad subsidiario), para el supuesto de desestimación del primero.

SEGUNDO.- El artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que " *Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento* ", añadiendo el mismo precepto, en su número 5 , que " *El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley* ".

Ahora bien, en el caso de la anulación del planeamiento general -también en algunos supuestos de planeamiento territorial-, el fallo declarativo, que dispone la nulidad, tiene un efecto expansivo derivado de la exigencia de la realización completa del fallo sobre el planeamiento secundario, con independencia de si su aprobación hubiese sido, como aquí ocurría, anterior a la sentencia anulatoria.

No es correcto el criterio contenido en el auto de 2 de diciembre de 2011 cuando viene a señalar, bien que con otras palabras, que el artículo 103.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa está previsto [únicamente] para los supuestos de que, previa existencia de un pronunciamiento jurisdiccional, se dicten con posterioridad actuaciones o disposiciones que inciden de forma directa en la ejecución de la previa sentencia. No obstante ser esa situación la más frecuente, puede ocurrir igualmente que, vaticinando el resultado adverso del proceso todavía no resuelto, se realicen actuaciones precisamente con el designio fraudulento de evitar el cumplimiento. Ahora bien, en este supuesto de actos anteriores para evitar la ejecución esperada, la aplicación del artículo 103.4º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa exige un grado de demostración de la finalidad elusiva más intenso que cuando se trata de actos dictados con posterioridad al fallo.

En todo caso, y es lo que aquí importa, la efectiva realización del fallo puede requerir la invalidación de determinados actos o disposiciones, aunque sean anteriores al pronunciamiento judicial y con independencia de que no obedezcan a finalidad fraudulenta, para lo cual ha de seguirse el trámite previsto en el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa . En ese sentido, es aconsejable recordar que el artículo 104.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa habilita -con evidente amplitud- al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la

sentencia con la finalidad de que se « *practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo* ».

Con todo, antes de avanzar, ha de dejarse bien claro que el alcance de las anulaciones no son útiles ni sirven a la finalidad, expresada por la ahora recurrente, de obtener los mayores aprovechamientos que le confería el planeamiento anterior al anulado, cuestión sobre la que luego volveremos.

Procede examinar separadamente, por ser distintos, el tratamiento y la solución para los instrumentos y disposiciones que la recurrente considera que son nulos por impedir la ejecución del fallo.

Así, en primer lugar, se solicita la anulación del Plan Parcial del Sector 32, aprobado por el Ayuntamiento de Mogán el 18 de julio de 2001, y la de los acuerdos relativos a la gestión del ámbito, esto es, los aprobatorios de los Estatutos y Bases de Actuación de la Junta de Compensación del Plan Parcial, el Proyecto de Compensación y el Proyecto de Urbanización. En este supuesto, los acuerdos son anteriores a la sentencia de instancia, y no hay elementos de intensidad suficiente para que puedan considerarse dictados con el fin espurio de eludir su cumplimiento, máxime cuando se nos traslada que por el auto de la Sala de instancia, de 25 de octubre de 2000, estimando en parte el recurso de súplica interpuesto por la Administración autonómica contra el auto de la misma Sala, de 14 de abril de 2000, se revocó éste en el sentido de rechazar la petición de suspensión de la ejecución de la Orden Departamental de 5 de julio de 1.999, por la que se aprobó definitivamente la Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Mogán.

A pesar de ello, con la anulación de la Modificación de las Normas Subsidiarias en el ámbito de Costa Taurito el Plan Parcial de desarrollo ha devenido nulo, porque ha quedado privado de cobertura. Los Planes Generales de Ordenación Urbana, así como las Normas Subsidiarias que hacen sus veces, tienen la naturaleza de disposiciones generales, por lo que la eficacia de la declaración de su nulidad se retrotrae al mismo instante de haberse dictado, y, en consecuencia, comporta igualmente la nulidad de los Planes secundarios dictados en su desarrollo, como es el caso de los Planes Parciales.

Es distinto lo que ocurre con los instrumentos de gestión, porque no tienen la consideración de disposiciones generales, de modo que, aunque haya desaparecido su presupuesto legitimador, esto es, la existencia de un Plan previo, del que depende (normalmente del de desarrollo), la nulidad del Plan Parcial, derivada de la anulación del Plan General o de las Normas Subsidiarias, no hace devenir la nulidad automática de los instrumentos aprobatorios de la gestión, pues, para acordarla, habrá de seguirse el trámite del artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con audiencia de las personas que puedan verse afectadas por la ejecución, singularmente las entidades urbanísticas.

En el caso de la pretensión anulatoria referida a « *todo el resto de actos administrativos que pueda haber dictado el Ayuntamiento de Mogán en la ejecución de las determinaciones de la Modificación 4ª del PIOT, de la Modificación de las NNSS y del Plan Parcial Sector 32 Costa Taurito (Aprobación de la Constitución de la Junta de Compensación, licencias de obra, licencias de primera ocupación, licencias de apertura, etcétera)* », la petición debe ser rechazada.

Al margen de lo indicado respecto a los actos de gestión, entre ellos la aprobación de la constitución de la entidad urbanística, la indefinición de la nulidad que se propugna menoscabaría elementales exigencias del principio de seguridad jurídica, en cuyo caso puede operar el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el cual las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, que se producen desde la publicación del fallo (artículo 72 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). De modo y manera que la declaración de nulidad no puede alcanzar a indeterminadas licencias concedidas.

Tampoco puede incidir el fallo anulatorio sobre el Decreto 277/2003, por el que se aprueba el Plan Insular de Ordenación Territorial de Gran Canaria y que, según la recurrente, supone la desclasificación del polígono 32 de Costa

Taurito. En este caso, se trata de un acuerdo posterior a la sentencia de instancia, pero no se ofrecen indicios o datos - ni tan siquiera alegaciones o razonamientos- para sostener que el nuevo Plan de Ordenación Territorial, o la determinación específica a que se refiere la recurrente, haya sido realizado con la intención o finalidad fraudulenta de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute; el auto recurrido señala al respecto, con acierto, que no se alcanza a comprender cuál es la causa de nulidad que se alega.

Es aconsejable recordar también que la sentencia, objeto de ejecución, no reconoce ninguna situación jurídica individualizada ni los derechos edificatorios que invoca y detalla la ahora recurrente, a lo que se suma que la nulidad de la Modificación del planeamiento decretada por la sentencia, en el caso de las Normas Subsidiarias, vino determinada por razones procedimentales, y no por el contenido sustantivo de las previsiones de ordenación. En cuanto al Plan Insular de Ordenación Territorial, la anulación se dispuso en aplicación del principio de jerarquía, porque, al haberse anulado el originario de 1995, se derivaba de ello la nulidad de su modificación. De esta forma, no es aceptable la tesis del recurrente de que el PIOT es nulo porque impide que la ordenación contenida en las Normas Subsidiarias de Mogán aprobadas en el 1987, esto es la ordenación precedente, pueda ser ejecutada.

Aunque por sentencia pueden anularse las previsiones de los planes, el titular de la potestad de ordenación territorial o urbanística conserva todavía opciones que excluyen la aplicación automática de las normas anteriores, porque en el ejercicio de esas potestades pueden ser aprobados nuevos instrumentos, y con más razón cuando la causa determinante de la invalidez decretada por sentencia haya sido debida a defectos de tramitación del instrumento, como aquí ocurría en el caso de las Normas Subsidiarias, por haberse observado en su elaboración los trámites que integran el procedimiento de modificación en lugar de los de la revisión, que serían los procedentes atendido el alcance de las alteraciones producidas.

Procede, por tanto, acoger el motivo primero del recurso, en los términos expresados, lo que determina la improcedencia de examinar el segundo.

TERCERO.- La indicada estimación conlleva la anulación de los autos recurridos y en su lugar, de acuerdo con los anteriores razonamientos, declarar la nulidad del planeamiento derivado de la cuarta modificación de las Normas Subsidiarias de Mogán, esto es del Plan Parcial del Sector 32, y no haber lugar a la declaración de nulidad ni del Plan Insular de Ordenación Territorial de Gran Canaria ni tampoco de las licencias indeterminadas que hayan sido concedidas.

De otra parte, para fijar el alcance de la sentencia sobre los actos e instrumentos de gestión urbanística, habrá de tramitarse el incidente previsto en el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , en el que habrá de darse audiencia a las personas afectadas.

CUARTO.- La estimación del primer motivo de casación alegado comporta la declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto sin que proceda hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas, como dispone el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional , sin que, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 68.2 , 95.3 y 139.1 de la misma Ley , existan méritos para imponer las de la ejecución a cualquiera de las partes, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLAMOS

Que, con estimación del primer motivo de casación invocado, y sin entrar en el examen del segundo, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el Procurador Don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de Hoteles Archipiélago Canario S.A, contra los autos dictados, con fechas 2 de diciembre de 2011 y 20 de abril de 2012, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso-administrativo número 114 de 2000 , los que, en consecuencia, anulamos y dejamos sin efecto, al mismo tiempo que declaramos la nulidad del Plan Parcial del Sector 32, aprobado por el Ayuntamiento de Mogán el 18 de julio de 2001, mientras que

declaramos que no ha lugar a la anulación de las posibles licencias concedidas ni tampoco a la nulidad del Plan Insular de Ordenación Territorial de Gran Canaria aprobado por Decreto 277/2003, debiendo, sin embargo, tramitarse por la referida Sala de instancia el incidente previsto en el artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , con audiencia a las personas afectadas, para determinar la incidencia de la sentencia y la eventual invalidez de los actos e instrumentos correspondientes a la fase de ejecución del planeamiento, esto es, las Bases y Estatutos de la Junta de Compensación, los Proyectos de Compensación y de Urbanización y la Constitución de la Junta, todo ello sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la ejecución ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.