



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

Plaza de San Agustín 6
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 32 50 09
Fax.: 928 32 50 39
Email: s2contadm.lpa@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000109/2013
NIG: 3501633320130000276
Materia: Actividad administrativa. Medio
ambiente
Resolución: Sentencia 000382/2016

Intervención:

Demandante
Demandado

Codemandado

Codemandado

Codemandado

Codemandado

Codemandado

Interviniente:

AGUSTIN RAFAEL MARQUEZ FERNANDEZ
CONSEJERÍA DE POLÍTICA TERRITORIAL,
SOSTENIBILIDAD Y SEGURIDAD

BTL LANZAROTE

CABILDO INSULAR DE LANZAROTE

MARIA DOLORES HERNANDEZ SPINOLA

JUAN FRANCISCO ROSA MARRERO

TRANSPARENCIA URBANISTICA

Procurador:

ALEJANDRO VALIDO FARRAY

FRANCISCO BETHENCOURT MANRIQUE
DE LARA

MARIA LOURDES CASANOVA LOPEZ

CARMEN DOLORES PADILLA NIETO

MARIA DEL CARMEN QUINTERO
HERNANDEZ

SENTENCIA

Presidente

D. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

PROCURADOR ALEJANDRO VALIDO
NOTIFICADO 15/11/2016

Magistrados

Dña. Emma Galcerán Solsona

D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ-ACEDO (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 2 de noviembre 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 recurso Contencioso-Administrativo número 0000109/2013, interpuesto por D. /Dña. AGUSTIN RAFAEL MARQUEZ FERNANDEZ, representado por el Procurador de los Tribunales D. ALEJANDRO VALIDO FARRAY y dirigido por el Abogado D. Agustín Márquez Cabrera contra la CONSEJERÍA DE POLÍTICA TERRITORIAL, SOSTENIBILIDAD Y SEGURIDAD, representada y defendida por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, CABILDO INSULAR DE LANZAROTE, representado y defendido por el Letrado del Servicio Jurídico del Cabildo de Lanzarote, BTL LANZAROTE, representado por D. Francisco Bethencourt Manrique de Lara, y defendido por D. Felipe Fernández Camero, Dña MARIA DOLORES HERNANDEZ SPINOLA, representada por Dña. María Lourdes Casanova López, D. JUAN FRANCISCO ROSA MARRERO representado por Dña. Carmen Dolores Padilla Nieto y defendido por Felipe Fernández de las Heras y TRANSPARENCIA URBANISTICA, representada por Dña. María del Carmen Quintero Hernández y en defendida Dña. Inma Ferrer Peñate versando sobre Urbanismo y Medio ambiente.





Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ-ACEDO, se ha dictado, la presente sentencia con base en los siguientes

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio ambiente de Canarias (COTMAC) de 28 de enero de 2013, de aprobación del Plan especial del paisaje protegido de La Geria (L-10), términos municipales de Tinajo, Tías, Teguiise , San Bartolomé y Yaiza . Trámite de aprobación de memoria ambiental y aprobación definitiva (Expediente 052/02). El recurso se amplió al acuerdo del propio Órgano de 30 de septiembre de 2013 por el que se corrigió el error material en la planimetría.

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

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

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

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

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes necesarios para resolver el recurso son los siguientes:

- Por acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (COTMAC) en sesión celebrada en fecha 30 de junio de 2010, se adoptó el Acuerdo de APROBAR DEFINITIVAMENTE y de forma PARCIAL el PLAN ESPECIAL DEL PAISAJE PROTEGIDO DE LA GERIA (L-10), LANZAROTE EXP. 052/02, SUSPENDIÉNDOSE para su sometimiento al trámite de información pública, en cuanto a zonificación y categorización, la zona de uso moderado de "GUATISEA".





- El citado acuerdo fue recurrido ante esta Sala, entre otros, en el RCA 22/2011, en el que con fecha 14 de marzo de 2012, se dictó Sentencia con el siguiente fallo:

“Previo rechazo de la causa de inadmisibilidad opuesta, estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Alejandro Valido Farray, en nombre y representación de Finca Las Quemadas, S.L, contra Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, de fecha 30 de junio de 2010, relativo a la Aprobación de la Memoria Ambiental y a la Aprobación Definitiva y de forma parcial del Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria L-10, que anulamos, con el alcance señalado en el Fundamento Jurídico Quinto.”

Dicha sentencia fue declarada firme.

- La COTMAC, en sesión celebrada el 26 de septiembre de 2012, adoptó, el siguiente Acuerdo:

“PRIMERO. Tomar conocimiento de la Sentencia de 14 de marzo de 2012 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que estima el recurso contencioso administrativo 22/11 interpuesto por FINCA LAS QUEMADAS SL contra Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente (COTMAC) de 30 de junio de 2010, relativo a la aprobación de la Memoria Ambiental y a la Aprobación Definitiva y de forma Parcial del Plan Especial del Paisaje Protegido de La Geria L-10, que se anula con el alcance señalado en el Fundamento de Derecho Quinto, retro trayendo el expediente al momento anterior a la aprobación. Sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas del proceso.

- La COTMAC, en nueva sesión celebrada en fecha 28 de enero de 2013, adoptó, entre otros, el siguiente Acuerdo (F. 2053, carpeta 8):

“PRIMERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1, letra e) apartado 1, del Reglamento de Procedimientos de los Instrumentos de Ordenación del Sistema de Planeamiento de Canarias, aprobado por Decreto 55/2006, de 9 de mayo, APROBAR la MEMORIA AMBIENTAL del PLAN ESPECIAL DEL PAISAJE PROTEGIDO DE LA GERIA (EXP. 052/02) en los términos en que fue propuesta.

SEGUNDO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.3 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo y artículos 42.c) y 45 del Reglamento de Procedimientos de los Instrumentos de Ordenación del Sistema de Planeamiento de Canarias aprobado por Decreto 55/2006, de 9 de mayo, APROBAR DEFINITIVAMENTE y de FORMA PARCIAL el PLAN ESPECIAL DEL PAISAJE PROTEGIDO DE LA GERIA (L-10). LANZAROTE EXP. 052/02, SUSPENDIÉNDOSE la aprobación definitiva de las determinaciones y áreas que a continuación se indican y que, por considerarse modificaciones sustanciales deben someterse a nuevo trámite de información pública:

1. En cuanto a la ZONIFICACIÓN:

a. Ampliación de la Zona de Uso Moderado de Montaña Blanca.





b. Ampliación de la Zona de Uso Moderado de Juan Bello.

c. Ampliación de la Zona de Uso Moderado de Volcán II (Igalén y El Alto).

d. Zona de Uso Moderado de Guatisea.

2. En cuanto a la nueva categorización de los EQUIPAMIENTOS ESTRUCTURANTES.

Pasan a ser recategorizados, en su totalidad, como Suelo Rústico de Protección de Infraestructuras y Equipamientos.

3. En los Asentamientos Rurales de EL ISLOTE y CALDERETA.

Se establece la unidad apta para edificación mínima de 500 m² que figuraba en el documento aprobado inicialmente y se incorpora la ordenanza SRA-IB.

4. En los Asentamientos Rurales de MOZAGA y LA FLORIDA.

Se ha incorporado una nueva ordenanza SRA-1A.

5. La ordenación viaria de los siguientes Asentamientos:

5.1 AR La Asomada (PA 25) 5.5 AR El Islote (PA 29).

5.2 AR El Conil (PA 26) 5.6 AR Mozaga (PA 30).

5.3 AR Masdache (PA 27) 5.7 AR La Caldereta (PA 31).

5.4 AR Tegoyo (PA 28) 5.8 AR La Florida (PA 32).

TERCERO.- Las áreas y determinaciones cuya aprobación definitiva ha resultado suspendida y que se relacionan en el dispositivo anterior serán sometidas a nuevo trámite de información pública y audiencia, debiendo remitirse nuevamente para su resolución definitiva por esta Comisión en un plazo no superior a seis (6) meses desde el presente Acuerdo.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 38.2 del Reglamento de Procedimientos de los Instrumentos de Ordenación del Sistema de Planeamiento de Canarias aprobado por Decreto 55/2006, de 9 de mayo, la contestación a las alegaciones presentadas, que se resuelven en los términos propuestos por la Dirección General de Ordenación del Territorio, será notificada a cada uno de los interesados, ajustándose al contenido del presente acuerdo de la COTMAC. Igualmente el presente acuerdo será notificado a los Ayuntamientos de Yaiza, Tinajo, Tías, Teguise y San Bartolomé de Lanzarote, así como al Cabildo de Lanzarote.

QUINTO. El presente acuerdo será publicado en el Boletín Oficial de Canarias, incorporando como anexo la normativa aprobada.”

Dicho acuerdo es el objeto inicial de este recurso

-Advertido por el Cabildo Insular de Lanzarote en el referido informe la existencia de errores gráficos en el documento aprobado por la COTMAC el 28.1.13 tras haber sido publicado, previo el correspondiente informe técnico de fecha 6.7.13 (F. 2336, carpeta 10) y jurídico de 12.9.13 (F. 2330, de la misma carpeta), la COTMAC, previa propuesta de la Dirección General de Ordenación del Territorio de 12.9.13 (F. 2325), en sesión celebrada el 30.9.13 adoptó, el acuerdo de aprobar la corrección de error material producido en la transcripción de los ámbitos suspendidos correspondientes a los denominados equipamientos estructurantes reconocidos en el art. 33 de la Normativa del PEPP.





Este es el acuerdo objeto de la ampliación del recurso.

SEGUNDO.- Previamente al examen de las restantes causas de nulidad a las que luego nos referimos, debemos dejar constancia de una causa de nulidad que se esgrime impropiamente en la demanda y que se refiere a la posible pérdida de eficacia de la declaración de Paisaje Protegido de la Gería de acuerdo con lo expuesto en la sentencia del pleno de esta Sala de 28 de noviembre de 2012 y ratificada entre otras por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2013 no es aplicable al Paisaje Protegido de la Gería, por cuanto la exigencia prevista en el artículo 15 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, después sustituido por el artículo 35 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), sólo es aplicable, como sus propios textos indican, a los Parques y Reservas Naturales, sin que afecte al resto de categorías de Espacios Naturales, en concreto a un Paisaje Protegido, como ocurre en este caso.

Por consiguiente, la inseparabilidad de la declaración de un ENP y la aprobación previa o, excepcionalmente en el plazo posterior de un año, del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, sólo es predicable de aquellos que tienen categoría de Parques y Reservas, pero no a los Paisajes Protegidos.

Ante la pluralidad de motivos de impugnación que contiene la demanda, siguiendo un orden lógico, vamos a examinar con prioridad los posibles vicios invalidantes del Plan en su conjunto y en primer lugar las que se refieren a si la sentencia de esta Sala y Sección de 14 de marzo de 2012 que estimó el recurso contencioso administrativo 22/11 contra el Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente (COTMAC) de 30 de junio de 2010, de aprobación de la Memoria Ambiental y a la Aprobación Definitiva y de forma del Parcial del Plan especial del paisaje protegido de La Gería, ha sido debidamente ejecutada por el acuerdo aquí recurrido.

Para ello debemos partir de la afirmación de que nuestro Ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales, -- disposiciones administrativas en el literal de la Ley 30/1992--, que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992.

Dicho de otra manera y de forma más concluyente: a diferencia de la nulidad de los actos administrativos en que cabe distinguir la nulidad relativa o anulabilidad, -- artículos 62.1 y 63 de la Ley--, la nulidad de las disposiciones generales es siempre radical o de pleno Derecho, ex art. 62.2 de la Ley.

No debe resultar necesario recordar que la naturaleza de los planes de urbanismo, es equivalente a la de disposición de carácter general, -- norma de rango reglamentario--, según





ha venido declarando desde antiguo el Tribunal Supremo, pues "el Plan, tiene una clara naturaleza normativa - sentencias de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, 22 de mayo de 1991, etc.", por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación nº 478/1989).

Pues bien, este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen ex tunc, esto es desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados.

La misma naturaleza normativa de las determinaciones del plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación. En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los "actos y trámites" y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen "las actuaciones". Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma Ley se refiere a los "actos anulables", permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la aplicación analógica de tales instituciones.

En concreto, respecto de la convalidación de disposiciones generales es doctrina jurisprudencial inequívoca dictada al aplicar el artículo 67 de la Ley 30/1992, que no procede respecto de los planes de urbanismo porque, " en primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 ...)" (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación nº 2463/2006).

Igualmente, sobre la conservación y convalidación, se ha señalado que no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, "dado que se trata de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 6 de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. (...) La Sala del Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007), ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los reglamentos, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma Ley, según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es un Plan General, tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación nº 1221/2009).





Aun cuando la doctrina ahora citada es tan reiterada que debía excusar su cita, consumamos la misma con la parcial transcripción de sendas sentencias recientes , y en primer lugar la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª de 20-7-2016, rec. 4402/2012 Pte: Fernández Valverde, Rafael, dice así:

“Ciertamente cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho. Y, en fin, no podemos considerar que ese posterior complemento de la justificación para la reclasificación de los terrenos pueda tener un alcance retroactivo para intercalarse en el lugar, dentro del procedimiento administrativo, en el que debió haberse proporcionado.

Las razones que seguidamente exponemos avalan esta conclusión.

La sentencia que se trata de ejecutar mediante los acuerdos impugnados en la instancia, declara la nulidad de "aquellas determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados en el Plan General de 1985 como Suelo No Urbanizable de Especial Protección" en determinados ámbitos que relaciona y que fueron alterados en casación.

De modo que se ha declarado la nulidad de una disposición de carácter general, de una norma de rango reglamentario, pues tal es la naturaleza de los planes de urbanismo, según venimos declarando desde antiguo, pues "el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa - sentencias de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990, 22 de mayo de 1991, etc.", por todas, STS de 9 de julio de 1991 (recurso de apelación nº 478/1989).

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico reserva para las disposiciones generales que hayan vulnerado la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de superior rango, la consecuencia más severa: la nulidad plena, ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992 -Y en el caso examinado basta la lectura de la Sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal.

Este grado máximo de invalidez al que se somete a las disposiciones generales comporta que los efectos de la nulidad se producen "ex tunc", desde el momento inicial y, por ello, no pueden ser posteriormente enmendados. Tampoco advertimos razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado --la desclasificación de terrenos no urbanizables de especial protección que pasan a urbanizables sin justificación en la memoria--, el menoscabo para los derechos de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar ese contenido durante la sustanciación del procedimiento de elaboración de la norma, y fundamentalmente los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el evidente y contundente alcance de la nulidad plena.





Es cierto que la sentencia no declara la nulidad de todo el plan general, sino sólo de algunas determinaciones urbanísticas, de algunas de sus normas, pero esta circunstancia, a que se refiere el auto recurrido, no altera ni priva del carácter de nulidad plena de aquellas que han resultado afectadas por dicho pronunciamiento judicial. La nulidad es de una parte del plan, pero esa parte es nula de pleno derecho, con los efectos propios de esta categoría de invalidez. De modo que no puede sostenerse con éxito que cuando se declara nula una parte de un texto normativo, y no en su integridad, se diluyan o mermen los efectos de esa nulidad plena.

Además se obvia someter a información pública, a pesar de lo indicado en el auto de 10 de enero de 2012, el expediente según señala el Ayuntamiento de Madrid, en la página 23 de su escrito de oposición, por considerar que dicho trámite "solo es exigible cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en la documentación del plan" y en este caso las modificaciones no lo eran, a juicio de la Administración. Quiere ello decir, en definitiva, que las determinaciones del plan no han podido ser cuestionadas a la vista de la justificación contenida en la memoria.

La misma naturaleza normativa de las determinaciones del plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación a que se refieren los actos administrativos impugnados en la instancia y la sentencia recurrida.

En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los "actos y trámites" y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen "las actuaciones". Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma Ley se refiere a los "actos anulables", permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la "aplicación analógica del artículo 66" de la Ley 30/1992 que se realiza en el auto recurrido (razonamiento tercero), que produciría no pocas distorsiones en el sistema.

Respecto de la convalidación de disposiciones generales hemos declarado, al aplicar el artículo 67 de la Ley 30/1992 que no procede respecto de los planes de urbanismo porque En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...)" (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación nº 2463/2006).

Igualmente, sobre la conservación y convalidación, hemos señalado que no hay conservación ni convalidación de trámites necesarios en la aprobación de un instrumento de ordenación urbanística, dado que se trata de disposiciones de carácter general y la ausencia de requisitos formales, a diferencia de lo que sucede con los actos, acarrea su nulidad radical, según dispone categóricamente el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de manera que no es aplicable lo establecido en los artículos 62.1, 63.2, 64 y 66 de la misma Ley. (...) Esta Sala del Tribunal Supremo, entre otras en sus Sentencias de fechas 13 de diciembre de 2001 (recurso de casación 5030/1995), 3 de enero de 2002 (recurso de casación 4901/1995) y 10 de mayo de 2011 (recurso de casación 2072/2007), ha declarado que los preceptos contenidos en los artículos 64 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no son de aplicación a los





reglamentos, que se rigen por lo dispuesto en el artículo 62.2 de esta misma Ley, según el cual los defectos formales en el trámite para la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es un Plan General, tienen carácter sustancial y su deficiencia acarrea su nulidad de pleno derecho (STS de 31 de mayo de 2011 dictada en el recurso de casación nº 1221/2009).

La retroactividad de los actos invocada por la Administración para salvar los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición general, incluida la aprobación definitiva, no encuentra amparo en la retroactividad que cita el artículo 67.2 de la Ley 30/1992, pues la elaboración de un complemento de la memoria para justificar ahora lo que se debió de justificar al elaborar el plan y cuya ausencia acarreó su nulidad, no puede alterar los efectos de la nulidad plena declarada judicialmente. No puede, en definitiva, servir de cobertura para conservar el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad declarada por sentencia firme de sus normas, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos.

En otras palabras, al socaire de un acto administrativo posterior, de complemento de la memoria, no puede sanarse una nulidad plena que, por la propia naturaleza y caracterización de este tipo de invalidez, no admite subsanación o conservación. Recordemos, en fin, que esa eficacia "ex tunc" antes mentada, impide introducir una justificación sobre el cambio de clasificación que provocó su nulidad y que ahora se pretende enmendar, para evitar, en definitiva, el rigor de los efectos de la nulidad propios de la nulidad plena.

Quizás se parte, en las resoluciones impugnadas en la instancia, de una premisa inexacta como es considerar que la falta de justificación en ese cambio de clasificación urbanística es un mero defecto formal que puede subsanarse "a posteriori" tras la nulidad declarada judicialmente.

Conviene reparar a estos efectos que esa carencia reviste un carácter esencial y sustantivo pues afecta a la comprensión e impugnación del propio cambio normativo. Y sabido es que los trámites tienen un carácter medial o instrumental al servicio de una finalidad que en este caso, insistimos, se conecta con las garantías del ciudadano y la relevancia del medio ambiente, atendida la naturaleza del cambio de clasificación realizado.

No resulta preciso insistir, en este sentido, en la importancia, trascendencia y garantía que para los ciudadanos tiene la justificación expresada en la memoria del plan, para dar sentido a las determinaciones urbanísticas que introduce o modifica el planificador, como sucede con el cambio de clasificación de suelo no urbanizable de especial protección a suelo urbanizable. Únicamente puede combatirse aquello que se conoce y cuando se comprenden las razones por las que se realiza tal innovación. Y con mayor intensidad si ello tiene repercusión significativa sobre el medio ambiente.

Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas, al tratarse de una nulidad "abinitio".

La solución contraria a la expuesta, que se postula en la sentencia que se impugna, además de infringir lo dispuesto en los artículos 9.3, 24 y 118 de la CE, 18.1 y 2 de la LOPJ, 72.2 y 103.4 de la LJCA y 62.2 y 65 a 67 de la Ley 30/1992, cuya infracción se aduce en esta





casación, pretende hacer tabla rasa sobre la diferencias entre la nulidad plena y la mera anulabilidad."

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, de 25-4-2016, rec. 290/2015 .Pte: Suay Rincón, José Juan, reitera en lo que ahora interesa tal doctrina entroncándola con lo que a continuación veremos sobre la causa de declaración de nulidad del anterior Plan especial:

"Quizás se parte, en las resoluciones impugnadas en la instancia, de una premisa inexacta como es considerar que la falta de justificación en ese cambio de clasificación urbanística es un mero defecto formal que puede subsanarse "a posteriori" tras la nulidad declarada judicialmente.

Conviene reparar a estos efectos que esa carencia reviste un carácter esencial y sustantivo pues afecta a la comprensión e impugnación del propio cambio normativo. Y sabido es que los trámites tienen un carácter medial o instrumental al servicio de una finalidad que en este caso, insistimos, se conecta con las garantías del ciudadano y la relevancia del medio ambiente, atendida la naturaleza del cambio de clasificación realizado.

No resulta preciso insistir, en este sentido, en la importancia, trascendencia y garantía que para los ciudadanos tiene la justificación expresada en la memoria del plan, para dar sentido a las determinaciones urbanísticas que introduce o modifica el planificador, como sucede con el cambio de clasificación de suelo no urbanizable de especial protección a suelo urbanizable. Únicamente puede combatirse aquello que se conoce y cuando se comprenden las razones por las que se realiza tal innovación. Y con mayor intensidad si ello tiene repercusión significativa sobre el medio ambiente.

Sin que proceda, en su consecuencia, la aplicación de los principios de conservación y convalidación:

La misma naturaleza normativa de las determinaciones del plan, declaradas nulas, hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación a que se refieren los actos administrativos impugnados en la instancia y la sentencia recurrida.

En efecto, la conservación prevista en el artículo 66 de la Ley 30/1992 se refiere a los " actos y trámites " y el presupuesto de hecho del que parte tal precepto es que se haya declarado la nulidad o se anulen " las actuaciones". Del mismo modo, la convalidación que se regula en el artículo 67 de la misma Ley se refiere a los " actos anulables ", permitiendo la subsanación, por su propia naturaleza, de los vicios de que adolezcan. Y las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hace inviable la " aplicación analógica del artículo 66 " de la Ley 30/1992 que se realiza en el auto recurrido (razonamiento tercero), que produciría no pocas distorsiones en el sistema.

Respecto de la convalidación de disposiciones generales hemos declarado, al aplicar el artículo 67 de la Ley 30/1992 que no procede respecto de los planes de urbanismo porque En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...)" (STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación nº 2463/2006)."





TERCERO.- La aplicación de la anterior doctrina conlleva la estimación del recurso, por cuanto el acuerdo de aprobación del PEPP de la Geria objeto de recurso, en aplicación de la sentencia antes citada, se limitó a “aprobar definitivamente” de nuevo el Plan especial anulado, suspendiendo de tal aprobación definitiva una serie de zonas más amplia que la anterior, pero conservando los actos y trámites realizados en el anterior Plan especial judicialmente anulado. De acuerdo con lo que venimos exponiendo, tal declaración judicial de nulidad de pleno derecho debió conllevar la nulidad de lo actuado y por tanto proceder a una nueva aprobación inicial, nuevo trámite de consultas e informes, sometimiento de todo el Plan a información pública, contestación de alegaciones, etc., esto es los tramites recogidos en el art. 24 LOTC 1/2000 para la formulación y aprobación de los Planes de los Espacios Naturales protegidos, y el art. 39 del Decreto territorial 55/2006, de 9 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de los instrumentos de ordenación del sistema de planeamiento de Canarias. Sin convalidación o conservación de los actos del anterior procedimiento del Plan especial anulado.

No obsta a la aplicación de lo que dejamos expuesta las alegaciones de las partes demandadas en el sentido de que nuestra sentencia de 14 de marzo de 2012, contenía en su fallo la expresión que “anulamos, con el alcance señalado en el Fundamento Jurídico Quinto” y que ello limitaba la declaración de nulidad que contenía.

En primer lugar porque la nulidad de pleno derecho es una imposición ex lege y por tanto no es disponible para el Tribunal que la aplica. Pero además porque en el fundamento de derecho quinto de aquella sentencia, no se limitaba los efectos de la declaración de nulidad, -- por cierto que el acuerdo de la COTMAC, de 26 de septiembre de 2012, introdujo de forma indebida y falsa un inciso inexistente en el fallo de la sentencia de: “retrotrayendo el expediente al momento anterior a la aprobación”---, sino que se aludía exclusivamente a la falta de motivación como generadora de la nulidad declarada. Es decir en tal fundamento en ningún caso se limita la nulidad a un determinado tramite, sino que se explicita la causa que origina la declaración de nulidad de pleno derecho.

Finalmente tan solo abundar en la necesidad de tramitar desde el inicio el Plan especial objeto de recurso, además de por las razones expuestas, por otras de pura exigencia de coherencia del sistema, también positivizada en la normativa urbanística.

El Artículo 43 del TR 1/2000 dice en relación con la Aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación :

1. Cuando el órgano a que se atribuya la aprobación definitiva de un plan estimare que existe algún incumplimiento de los trámites reglamentarios u observara que el expediente no estuviera completo, lo devolverá al organismo o entidad que lo hubiere tramitado a efectos de la subsanación de los defectos observados, dentro del plazo que se fije reglamentariamente, con suspensión del plazo máximo para resolver.
2. Si no se apreciaran deficiencias de trámite o documentación el órgano competente deberá





analizar la adecuación del plan a la normativa legal aplicable, al igual que su conformidad, en el caso de las soluciones aportadas en el ámbito municipal, con los instrumentos de ordenación territorial aplicables, así como su coordinación con las políticas de ámbito supralocal. En función de dicho análisis, podrá tomar las siguientes resoluciones alternativas:

- a) Aprobar definitivamente el plan en los términos en que viniera formulado.
- b) Aprobar el plan definitivamente a reserva de que se subsanen las deficiencias advertidas y supeditando su publicación al cumplimiento de esta obligación por el organismo o entidad que lo hubiera tramitado.
- c) Aprobar el plan definitivamente, aunque de modo parcial, siempre que tal aprobación no ponga en cuestión la coherencia y eficacia ulterior del plan en su conjunto. A estos efectos, reglamentariamente se establecerán los plazos máximos para la subsanación, cuyo incumplimiento habilitará al órgano competente para la aprobación, de acuerdo con las normas de régimen local y previa audiencia del interesado, para realizar las rectificaciones y modificaciones necesarias que permitan la aprobación definitiva de la totalidad del plan.
- d) Suspender motivadamente la aprobación definitiva del plan.
- e) Desestimar motivadamente la aprobación definitiva del plan.

Pues bien de acuerdo con dicho texto legal, no procede la aprobación definitiva parcial, cuando se sustrae en tal tramite y se deja en suspenso un conjunto de determinaciones del Plan tan amplio que desfigura el modelo de ordenación elegido. Ya hemos significado que el acuerdo objeto de recurso suspende la aprobación en relación con determinaciones que en su conjunto no pueden ser separadas del resto del Plan sin perder la coherencia del mismo ya que afectan a la zonificación de espacios que en conjunto suman mas de 1.500 has. Se modifica la categorización de los equipamientos estructurantes y se modifica la ordenación viaria de los Asentamientos rurales.

No existe explicación alguna que haga suponer que tales modificaciones sustanciales no supongan o puedan suponer, -- una vez atendidas las posibles alegaciones que surjan de la información publica--, también una modificación sustancial de la ordenación elegida.

CUARTO.- Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la estimación del recurso y la declaración de nulidad, -- de pleno derecho--, del acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio ambiente de Canarias (COTMAC) de 28 de enero de 2013, objeto recurso y del propio Plan especial del paisaje protegido de La Geria (L-10), términos municipales de Tinajo, Tías, Teguise, San Bartolomé y Yaiza.

Por tal razón no es necesario examinar el acuerdo al que se amplió el recurso.

En cuanto a las costas, tras la modificación operada por la Ley 37/2.011 el Artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Ello determina la imposición legal de las costas causadas a las





partes demandada y codemandadas si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el punto 3º del citado precepto legal y teniendo en cuenta las circunstancias que caracterizan este recurso, señala en 3.000 euros la cifra máxima que, por todos los conceptos, podrá ser repercutida.

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

III FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de D. AGUSTÍN RAFAEL MÁRQUEZ Fernández frente al acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio ambiente de Canarias (COTMAC) de 28 de enero de 2013, que aprobó el Plan especial del paisaje protegido de La Geria (L-10), cuya nulidad declaramos, con imposición de costas a las partes demandadas.

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

Llévese el original al libro de sentencias.

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

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





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

