

Id Cendoj: 35016330022006100181
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 2
Nº de Recurso: 500/2002
Nº de Resolución: 42/2006
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: INMACULADA RODRIGUEZ FALCON
Tipo de Resolución: Sentencia

Ref. R.C.A. n º500/2002

SENTENCIA

Ilmos Sres.

Dª Cristina Paez Martinez Virel

Presidente

D.Jaime Borrás Moya

Dª.Inmaculada Rodríguez Falcón

Magistrados

En la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria a diecisiete de marzo de dos mil seis.

Vistos por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, el presente recurso n º 500/2002, en el que son partes recurrentes, como demandante la Fundación Cesar Manrique, representada por la Procuradora Sra Abengoechea Vistuer, y asistida por letrado don Carlos Manuel Trujillo Morales, y como demandado el Ayuntamiento de Arrecife representado por el Procurador don Francisco Bethencourt Manrique de Lara y asistido por letrado don Felipe Fernández Camero y la entidad **Aparcamiento Parque Islas Canarias S.A.**, representado por el Procurador don Antonio Armas Vernetta y asistido por letrado don Enrique Martínón Armas, siendo la cuantía del recurso de 3.050.176,70 euros

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sra Abengoechea Vistuer se interpuso el 5 de julio de 2002 recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo de la Comisión de gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Arrecife en el que se acordó:

A) Conceder licencia a la entidad mercantil "**Aparcamiento Parque Islas Canarias** , S.L." para la construcción de un aparcamiento subterráneo en el Parque Islas Canarias con una superficie construida de 22.060,40 m2 y capacidad para 925 plazas de aparcamiento, condicionándose esta licencia a la obtención de la de apertura, a la solicitud de otras autorizaciones que le sean de aplicación, a la eliminación del tabique de separación existente entre la zona cercana al Arrecife Gran Hotel y el resto del aparcamiento y a que el trazado definitivo de las rotondas de acceso y salida se deberá realizar conforme a las directrices y recomendaciones del plan de Tráfico, para cuya terminación se otorgó un plazo de 24 meses a contar desde la correspondiente acta de alineación y rasante, debiendo asimismo solicitar licencia de vallado de obras y de demolición, en su caso.

B) y otorgar, en relación con la citada licencia de obras, licencia de apertura para la actividad de "aparcamientos públicos" en dicho emplazamiento del Parque Islas Canarias, sito en el municipio de Arrecife de Lanzarote.

SEGUNDO.- Remitido el Expediente administrativo a que se refieren las Resoluciones impugnadas, el actor dedujo la demanda, en la que suplicó se dictase sentencia estimatoria del recurso en la que se anulen los actos impugnados, por ser contrarios al Ordenamiento Jurídico, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a su cumplimiento, imponiéndole las costas procesales.

La Administración demandada compareciente suplicó la inadmisión del recurso contencioso administrativo y, subsidiariamente, la desestimación por ser conforme al ordenamiento jurídico el acto impugnado.

Personándose en el recurso la entidad **Aparcamiento Parque Islas Canarias S.A.**, con posterioridad al auto acordando el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO.-- Habiéndose observado en la tramitación de los presentes autos las prescripciones legales y finalizado el periodo probatorio quedaron las actuaciones a la vista con citación de las partes para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 24/2/06, siendo ponente la Ilma Sra. Magistrada Doña Inmaculada Rodríguez Falcón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son objeto del presente recurso los siguientes acuerdos:

1º.- El acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Arrecife de 6 de mayo de 2002 que acordó conceder licencia de obras de " construcción de aparcamiento subterráneo en el Parque Islas Canarias a don Felix con D.N.I. NUM000 , en representación de **APARCAMIENTOS PARQUE ISLAS CANARIAS S.L.** con una superficie construida de 22.060,40 m2 y capacidad para 925 plazas de aparcamiento, condicionándose esta licencia a la obtención de la de apertura, a la solicitud de otras autorizaciones que le sean de aplicación, a la eliminación del tabique de separación existente entre la zona cercana al Arrecife Gran Hotel y el resto del aparcamiento y a que el trazado definitivo de las rotondas de acceso y salida se deberá realizar conforme a las directrices y recomendaciones del plan de Tráfico...

2º.- El acuerdo del Concejal Delegado del Ayuntamiento de Arrecife de 6 de mayo de 2002 conceder licencia de apertura a la entidad Parque Islas Canarias S.L para realizar la actividad de aparcamientos públicos, en el parque Islas Canarias.

SEGUNDO.- Por razones de orden procesal hemos de examinar en primer lugar las causas de inadmisibilidad opuestas por el Ayuntamiento de Arrecife:

La primera es que la acción ha sido ejercitada por persona incapaz: La Fundación Cesar Manrique no ha aportado el Acuerdo del Consejo de Patronato, órgano competente según los Estatutos, en el se exteriorice la voluntad de la entidad de litigar.

Es acertado el planteamiento del Ayuntamiento de Arrecife, pero hemos de desestimar la causa de inadmisibilidad porque el defecto que ha existido a lo largo de todo el procedimiento fue subsanado por la parte actora con el escrito de conclusiones.

Si bien, el recurso se interpuso con un poder a Procuradores otorgado el once de diciembre de dos mil por el Presidente y Director Gerente de la Fundación Cesar Manrique de Lanzarote(en adelante FCM); y con la demanda se aportaron los Estatutos de la referida Fundación cuyo *artículo 9* establece que " La representación judicial o extrajudicial de la Fundación corresponde al Consejo del Patronato en la persona del Presidente o de quien haga sus veces, quien podrá delegarla con carácter general o para actos determinados o singulares" , especificando el *artículo 5 . i)* que es competencia del Patronato la representación de la Fundación en todos los asuntos judiciales pudiendo otorgar poderes para pleitos con las facultades generales y especiales que el caso requiera. La subsanación no se produjo hasta el escrito de conclusiones con el que se aportó el certificado del Secretario del Patronato de la Fundación Cesar Manrique en que se hace constar que el Patronato de la Fundación convocado a reunión el día 18 de diciembre de 2004, acordó por unanimidad aprobar y ratificar la decisión de interponer el presente recurso contencioso administrativo 500/2002, adoptada por la Presidencia de la Fundación por razones de urgencia y retrotraer los efectos del referido acuerdo a 5 de julio de 2002(fecha de interposición del recurso)

Esta Sala considera que la decisión del Patronato de la Fundación adoptada por la mayoría de los patronos por unanimidad, con fecha posterior a la interposición del recurso, subsana el defecto advertido

por la demandada.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite la subsanación de los defectos, incluso por medio de una ratificación posterior de la decisión inicial de interponer el recurso. Porque lo decisivo es que conste en los autos que existió la voluntad de recurrir por quien podía hacerlo, y en este caso, consta que el Patronato de la FCM en el acuerdo de 29 de junio de 2004 afirma que " a tenor de la información obrante en su poder y de los dictámenes jurídicos solicitados al respecto, considera que los citados actos administrativos del Ayuntamiento de Arrecife son contrarios al Ordenamiento Jurídico" y es clara su voluntad de impugnar las licencias.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2005, expresa esta idea " Si hubiera en el razonamiento de la Sala de instancia la idea de que la decisión de ejercitar la acción ha de adoptarse por el órgano competente de la persona jurídica en cuyo nombre se acciona antes de que venza el plazo hábil para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o antes de que venciera el plazo de diez días a que se refería el artículo 129.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 y hoy el artículo 138.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1998, tal idea habría de ser tachada de errónea o desacertada, pues de la jurisprudencia de esta Sala se desprende que es admisible también la subsanación que tiene carácter ratificatorio o convalidante, consistente por tanto en la adopción posterior del acuerdo necesario, ya que lo que se subsana no es la falta de acreditación sino la misma existencia del presupuesto procesal (en este sentido y por todas partes puede verse la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 10 de marzo de 2004, dictada en el recurso de casación número 3252 de 2001, y las que en ella se citan)"

A su vez la sentencia citada del mismo Tribunal de 10 de marzo de 2004, destaca la posibilidad de subsanación por ratificación posterior << También la jurisprudencia se ha pronunciado por admitir "no sólo la subsanación de la falta del documento acreditativo del acuerdo de interponer acción, sino también la convalidación mediante acuerdo de ratificación por el órgano competente adoptado posteriormente" (SSTS 8 de mayo de 1996, 3 de febrero y 12 de noviembre de 1998); por otra parte (STS de 23 de mayo de 1997), analizando concretamente el requisito exigido por el artículo 57.2.d) LRJCA56 EDL 1956/42 se expresa que "asimismo han de tenerse en cuenta, en primer lugar, que el referido requisito es subsanable y puede ser subsanado, tanto en el aspecto relativo a la integración de la capacidad procesal como a la constatación de ella conforme al artículo 129, en segundo lugar"; y, en fin (STS de 26 de noviembre de 2002), también se "ha señalado incuestionablemente el carácter subsanable de su omisión y ha debilitado su trascendencia para evitar cuestionar su constitucionalidad (ATS 13 de octubre de 1986 y STS 11 de abril de 1990).>>

Por tanto admitimos la subsanación retroactiva con carácter ratificatorio o convalidante, y desestimamos la causa de inadmisibilidad opuesta.

TERCERO.- La segunda causa de inadmisibilidad opuesta es que los actos recurridos no son susceptibles de impugnación por ser confirmatorios de otros anteriores consentidos y firmes.

El otorgamiento por el Municipio de una concesión administrativa conlleva el otorgamiento de la licencia de obras y de apertura. Así expone el Ayuntamiento de Arrecife que en el terreno en el que se realizaron los aparcamientos operan dos concesiones:

1.- La otorgada por la Autoridad Portuaria al propio Ayuntamiento sobre 19.331 metros cuadrados el 25 de julio de 2000 sobre los terrenos en que se encuentra el Parque Islas Canarias

Concesión que fue transferida por el Ayuntamiento a **Aparcamientos Parque Islas Canarias S.L** Previa autorización de la Autoridad Portuaria, que la concedió por acuerdo de su Consejo de Administración de 5 de febrero de 2002

2.- La otorgada directamente a **Aparcamientos Parque Islas Canarias S.L.** por el Ayuntamiento de Arrecife en sesión plenaria celebrada el 29 de abril de 2002 respecto a los restantes 3188 metros cuadrados.

Ni una ni otra concesión fueron impugnadas en vía administrativa, ni en sede jurisdiccional, pese a que ambas concesiones fueron otorgadas por fundamento en el correspondiente proyecto técnico elaborado por los arquitectos superiores don José y don Luis María que es el mismo conforme al cual la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento otorgó la licencia de obras de 6 de mayo de 2002, autorizando la construcción del aparcamiento, acto administrativo recurrido. Añadiendo el Ayuntamiento que **Aparcamientos Parque Islas Canarias**, sociedad mixta, obtuvo la concesión tras un concurso público convocado por el Ayuntamiento para seleccionar un socio con el objeto de constituir la sociedad, cuyo objeto social es

construir y explotar el parque público.

La causa de inadmisibilidad invocada debe ser rechazada, si bien admitimos que existe una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo invocada por el demandado en la que se afirma que el otorgamiento por el Municipio de una concesión administrativa conlleva el otorgamiento de la licencia de obras, ello no es extensible a la licencia de apertura como pretende la parte; y además, tampoco sería aplicable porque el PGOU de Arrecife exige para realizar cualquier edificación en sistema general de comunicación e intercambio de instalación licencia municipal.

Las sentencias invocadas de la que es exponente la STS Sala 3ª de 18 abril 2000 , destaca que si el control de las obras ha sido realizado por el Ayuntamiento antes de la convocatoria del concurso (estudiando el establecimiento del servicio y su viabilidad urbanística), después del otorgamiento de la concesión (contrastando los anteproyectos presentados por los concursantes y puntualizando, antes de aprobarlos, los proyectos de la adjudicataria), durante la realización de las obras (inspeccionándolas y dictando las órdenes oportunas en uso de sus facultades como concedente) y después de terminada la construcción (mediante la verificación y toma de posesión de la misma a través del mecanismo de las recepciones provisional y definitiva). Es obvio, de lo expuesto, que no se instó, ni se tramitó, por innecesaria (y por estar subsumida e implícita en los actos de control que hemos dejado indicados), licencia de obras por la concesionaria adjudicataria (ni, consecuentemente, se liquidó tasa alguna por ello)

En esos caso el Tribunal Supremo ha considerado la "superflua e innecesaria", " tautológico" la licencia de obras añadiendo la sentencia del mismo Tribunal de 4 mayo 2000 "es muy diferente un proyecto particular que se presenta al Ayuntamiento a efectos de obtener licencia que un proyecto realizado a instancias y de acuerdo con los propios intereses y criterios de la Corporación "

En resumen, como afirma el Tribunal Supremo si "si el Ayuntamiento ha autorizado el proyecto urbanístico y aprobado los criterios técnicos a seguir en la ejecución de la construcción, no es necesaria la exigencia de una previa licencia de obras, ni es factible la liquidación, por tal motivo, de una Tasa, porque la autorización y aprobación de los citados proyectos urbanísticos y criterios constructivos técnicos abarca o comprende, implícitamente"

Toda la jurisprudencia invocada recaída en materia tributaria y que justifica porque no es exigible una tasa en estos casos; no guardan relación con el supuesto que nos ocupa en el que precisamente el Ayuntamiento ha considerado necesario el otorgamiento de la referida licencia porque la concesión quien la otorgó fue la Autoridad Portuaria para construcción de plaza y aparcamientos en relación al proyecto suscrito por don José y don Luis María de enero de 2000 y en su caso " al proyecto de construcción que lo complete"

Luego si el Ayuntamiento consideró necesario otorgar una licencia, no puede pretender frente a su impugnación que se inadmita el recurso porque era innecesario su otorgamiento por implícito en la concesión. Porque con sus actos propios ha demostrado que no estaba implícito, luego ha de rechazarse la causa de inadmisión.

A mayor abundamiento, esta jurisprudencia no sería extensible a la licencia de apertura y el PGOU exige licencia como hemos dicho en su *artículo 258.3*) para cualquier edificación, incluso las provisionales que se establezcan en dichos recintos, cuyas condiciones de " trazado, diseño y secciones" son las que figuran en el plan

CUARTO.- Rechazadas las causas de inadmisibilidad hemos de comenzar el estudio de los motivos de impugnación por el orden propuesto en la demanda:

Primero: Invalidez de las licencias en pleito por haberse dictado por órganos incompetentes por razón de la materia

La licencia municipal no sería válido por haber sido otorgada por órganos incompetentes . En cuanto a la licencia de obras por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Arrecife y la de apertura por el Consejo , en vez de por el Alcalde-

Este motivo ha de ser rechazado por ser reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se afirma que no puede declararse la nulidad de acuerdos de la Comisión Municipal de Gobierno adoptados en materias de competencia del Alcalde cuando éste interviene en ellos y vota a favor de su adopción.(STS Sala 3ª de 28 enero 2003, 23 de noviembre de 1999, 18 de noviembre y 6 de mayo de 1992 y 8 de julio de 1986)

Con la contestación a la demanda se han aportado los certificados del Secretario general del Ayuntamiento de Arrecife (documentos 2 y 4) en los que se hace constar que:

1.- La Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Arrecife asistió a la Comisión de Gobierno celebrada el día 6 de mayo de 2002 y votó favorablemente al otorgamiento de la licencia de obras para la construcción de aparcamiento subterráneo en el Parque de Islas Canarias

2.- Don Luis Carlos fue designado concejal delegado del Area de Personal, Régimen Interior, Apertura, Actividades e Infracciones por *Decreto de la Alcaldía de fecha 19 de septiembre de 2000* , publicada en el BOP de 11 de octubre siguiente(documento número 5) y que la delegación estaba en vigor cuando se otorgó la licencia de apertura.

Segundo.- Las licencias impugnadas vulnera la normativa sobre espacios naturales protegidos de Canarias

Señala el recurrente que tanto el *artículo 17.2 de la Ley territorial 12/1994 de 19 de diciembre* como el *artículo 241 del TRLOTENC* exigen el informe favorable de la Consejería de Medio Ambiente para otorgar una licencia que habilite para la realización de actos que impliquen la transformación de la realidad física y biológica de espacios en los que se tramita una declaración de Espacio Natural Protegido.

Por Orden 31 de Enero de 2000 se incoó el procedimiento para la declaración como SIC de " La Marina de Arrecife y Las Salinas de Naos" a la que se acompaña un anexo cartográfico que delimita la zona afectada y que " podría incluir la superficie donde se están desarrollando las obras en pleito" . Al producirse las obras en el entorno inmediato del espacio natural en vías de protección podrían producir daños irreversibles a la realidad física y biológica de la marina.

Este argumento no puede prosperar porque de la lectura de la Memoria de declaración del Sitio de Interés Científico de la Marina de Arrecife y Salinas de Naos y los Planos (documentos siete, ocho y nueve- contestación de la demanda) se concluye que la zona periférica de Protección engloba según la Memoria el sector interior de Puerto Naos conectando con las Salinas de Naos.

La parte demandada en los planos aportados en los que se señala tanto la SIC como la zona periférica de Protección, ha identificado con una X el lugar en el que se ubica el Parque Islas Canarias, sin que la parte actora realizara comentario alguno sobre esta cuestión en su escrito de conclusiones. Además, si comparamos el referido plano documento ocho, con el que obra en el expediente administrativo denominado " situación" " proyecto de actividades e instalaciones para aparcamientos públicos"(folio 138) se comprueba que el referido aparcamiento se sitúa debajo de la denominada Avenida Mancomunidad y por tanto a la izquierda del charco de San Gines mientras que la zona de protección se sitúa a la derecha de ese punto.

A todo ello hay que añadir que con su escrito de conclusiones la parte demandada ha aportado el *Decreto 119/2005, de 22 de febrero* , relativo a la declaración de caducidad del procedimiento administrativo del SIC de La Marina de Arrecife y Las Salinas de Naos.

Por lo que tampoco cabe estimar este motivo

El tercer motivo es el relativo a la vulneración sobre la normativa de patrimonio histórico en Canarias.

Afirma el actor que las obras se encuentran dentro del entorno del bien de interés cultural, en adelante BIC, Castillo de San Gabriel, razón por la que precisan de la autorización previa de la Administración competente en materia de patrimonio histórico artístico esto es del Cabildo de Lanzarote.

El *artículo 20.2 de la Ley de Patrimonio 4/1999 de 15 de marzo* dispone que "2. Cuando se haya incoado expediente para la declaración de bienes de interés cultural los Ayuntamientos deberán suspender el procedimiento de otorgamiento de licencias municipales de intervención en los inmuebles, y sus respectivos entornos, así como los efectos de las ya otorgadas. Una vez que se haya producido la declaración de interés cultural, el titular de una licencia cuyos efectos hayan sido suspendidos por motivo de la incoación podrá solicitar el levantamiento de la suspensión según el procedimiento establecido para las autorizaciones previas a que se refieren los *arts. 55 y 56 de esta Ley* ."

En el presente caso, y a tenor de la Resolución del Cabildo Insular de Lanzarote, aportada como documento número nueve, se colige que el Conjunto histórico-artístico el Conjunto de San Gabriel, su

camino de acceso y puente levadizo fue declarado conjunto histórico-artístico, en virtud de *Real Decreto 1781/1979 de 16 de junio*. Publicado en el BOE n 175 de 23 de julio de 1979; pero que en el mismo no quedó delimitado el bien protegido. El *artículo 11 de la Ley 16/1985 de 25 junio 1985* dispone que la resolución del expediente que declare un Bien de Interés Cultural deberá describirlo claramente. En el supuesto de inmuebles, delimitará el entorno afectado por la declaración y, en su caso, se definirán y enumerarán las partes integrantes, las pertenencias y los accesorios comprendidos en la declaración

Por ello el propio Cabildo incoó expediente de modificación de Conjunto Histórico a Monumento, el 30 de noviembre de 1998, expediente tramitado de conformidad a la ley estatal *Ley 16/85 de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español* y que además tenía por objeto "incoar la delimitación del bien protegido al carecer la declaración efectuada por el *Real Decreto 1781/1979*, de la delimitación exigida en la Ley de Patrimonio Español."

El referido expediente fue declarado caducado por la Conferencia Sectorial de Cultura y Patrimonio Histórico del Gobierno de Canarias con fecha 28 de noviembre de 2002 y con efectos retroactivos a 30 de agosto de 2000. Esto es, antes del otorgamiento de las licencias.

Al margen de la caducidad motivo suficiente para la desestimación de este motivo; hemos de señalar que la *Disposición Transitoria Octava de la Ley territorial, Ley 4/1999 de 15 marzo 1999*, cuya entrada en vigor se produjo el sábado, 24 de abril de 1999, dispone que "Los procedimientos administrativos de cualquier clase iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se ajustarán a las normas aplicables en el momento de su incoación." Luego el procedimiento incoado por el Cabildo de Lanzarote en Resolución número 2315/98 de 30 de noviembre de 1998, no podía vulnerar la ley autonómica porque no le era de aplicación.-

El cuarto argumento de la demanda, y en el que incide la parte actora en su escrito de conclusiones es la vulneración de la normativa sobre ordenación del territorio y urbanismo.

En concreto se denuncia:

A) la vulneración del *artículo 3.5.2.4 del PIOT*, porque el Parque es un Area de Influencia de la Marina de Arrecife y por tanto cualquier licencia exigía con carácter preceptivo un informe de compatibilidad de la obra con los objetivos del Plan Insular formulado por el Cabildo.

La actora parte de la tesis de que el Parque Islas Canarias se encuentra dentro del espacio denominado "La Marina de Arrecife" que abarca desde el Arrecife Gran Hotel hasta el Charco de San Ginés, incluido en el "Catálogo de Ambitos y Espacios Libres Urbanizados" que a su vez forma parte de los Catálogos de Protección del Plan Insular, recogidos en su tomo 10-4. La demandada considera que el Catálogo de Espacios Libres urbanizados del Plan Insular no están incluidos dentro del Catálogo de Patrimonio Arquitectónico y Monumental y la codemandada, por su parte, discrepando de los dos anteriores considera que ni siquiera está incluido en el Catálogo de Espacios Libres y Urbanizados, y además que existiría un exceso competencial por parte del Cabildo.

Pues bien, de la documentación obrante en autos se desprende que "La Marina de Arrecife" que se localiza entre el Hotel de Arrecife y el Charco de San Gines está incluida dentro del Catálogo de Ambitos y espacios Libres Urbanizados y que su Area de Influencia abarca "franja costera y frente edificado".

La cuestión primera cuestión es si se incluye dentro de esa delimitación el Parque de las Islas Canarias. En principio, la conclusión debe ser negativa, pues recordemos que cuando se propuso por el Cabildo la creación en la denominada Marina de Arrecife de un sitio de interés Científico, por Orden de 31 de enero de 2000, se definió la Marina como el borde marítimo de la ciudad de Arrecife (Lanzarote) constituyendo un enclave especial y singular del litoral Canaria. En el plano aportado como documento número ocho en el que consta la propuesta que hizo el Cabildo respecto a este SIC y su entorno de protección está excluido el parque de las Islas Canarias.

Luego, sería un contrasentido que el Cabildo cuando ejerce sus competencias en materia de protección excluya el parque de las Islas Canarias de la SIC y de su zona periférica de protección; y pretenda a través del PIOT la inclusión, a través de un Catálogo, del referido Parque en lo que denomina Area de Influencia de la Marina, que ambiguamente define como "franja costera o el frente edificado".

Por tanto, en principio llegamos a la conclusión de que no puede entenderse incluido en el area de influencia el parque islas Canarias.

Por último precisar que aunque aceptáramos a modo de hipótesis, la inclusión en el Area de Influencia, tampoco es clara la ubicación en el Catálogo correspondiente.

Así el *artículo 3.5.1.2.apartado 3.3.1) del PIOT* distingue tres tipos de catálogos de protección,:

a) Catálogo de Protección del Patrimonio Arquitectónico y Monumental.- Relación de elementos de interés; edificios, castillos, iglesias, ruinas, barrios, etc.

b) Catálogo de Protección de Ambitos y Espacios Libres Urbanizados.- Constituido por los espacios libres privados y públicos de interés, en base a los materiales, jardinería, pavimentación, arbolado, etc... Su interés se debe, las más de las veces, a su calidad potencial. En general, son espacios necesitados de una intervención muy específica y cuidada; puertos, miradores, marinas, plazas, tramos urbanos, jardines, etc...

c) Catálogo de Protección de Yacimientos Arqueológicos

Por tanto, el PIOT de Lanzarote distingue los dos Catálogos y no incluye uno dentro del otro Pues bien, según la propia normativa se distingue el Catalogo de Protección del Patrimonio Arquitectónico y Municipal, del denominado Catálogo de Ambitos y Espacios Libres Urbanizados. En cuanto a la normativa aplicable a los mismos el apartado 2.1 del mismo artículo distingue cuatro apartados, y expresamente diferencia la normativa aplicable a la Protección del Patrimonio Arquitectónico y Monumental, de la relativa a la Protección de Ambitos y Espacios Libres Urbanizados.

Esta Sala entiende que el *artículo 3.5.2.4 del PIOT* ubicado entre las Condiciones Generales de Patrimonio se refiere al patrimonio Histórico definido en el *artículo 3.5.1.1* como conjunto de monumentos y espacios insulares. Organizado en Sistemas Generales Insulares y Locales, constituidos los primeros por aquellos monumentos que en el momento de redacción del Plan Insular están declarados de Interés Histórico Artístico por Real Decreto y por los castillos de la Isla lo que a su vez detalla el anexo de la Sección Sexta relativo a Legislación e Inventarios.

En una interpretación del PIOT acorde con la *Ley 4/1999 de 15 marzo 1999* , en relación con el patrimonio Histórico al Cabildo Insular de cada isla en el *artículo 8* , las acciones que desarrolla el Cabildo son instrumentales y de desarrollo y entre ella ha realizado el Inventario de Ámbitos y Espacios Libres Urbanizados.

Por último, ha de añadirse que el Servicio de Patrimonio del Cabildo conoció la existencia de las obras al folio 148 del expediente administrativo obra el informe emitido por el Servicio de Patrimonio Histórico del Cabildo de Lanzarote, que afirma que " que las obras de intervención que se ejecutan consisten en remociones de tierra para la construcción de un piso subterráneo dedicado a aparcamientos de vehículos, sin que se precise el tratamiento posterior que tendrá la superficie del suelo en esta parte afectada por el expediente de delimitación del Castillo de San Gabriel" y se limita a señalar que " el tratamiento de la superficie terrestre deberá especificarse en el informe sometido a autorización a la Presidencia del Cabildo.(informe emitido el 10 de mayo de 2002)

En el informe de 25 de noviembre de 2004, aportado en periodo probatorio, la responsable del Servicio de Patrimonio del cabildo de Lanzarote informó a esta Sala que había remitido a la Presidencia del Cabildo el informe del Guarda del Servicio de Patrimonio Histórico en el que constató la realización de las obras; e igualmente, que remitió la denuncia a la Secretaría General y al Sr. Consejero del Area (todo ello entre abril de 2002 y enero de 2003)

Por último ha de analizarse la denunciada vulneración del PGOU, en concreto su *artículo 257* que dispone respecto a los sistemas generales que " todos los sistemas generales adoptados en los planos correspondientes seguirán manteniendo su uso actual y su pertenencia a los organismos que en la actualidad la detente, encargándose estos de su mantenimiento y mejora, sin que se suponga cambios de uso, formales, ni de volumen. Si las circunstancias aconsejasen un cambio de uso de un Sistema General, esto supondría una modificación del Plan General, por tanto sujeta a la tramitación prevista en el Reglamento de Planteamiento"

El recurrente plantea la sorpresa que produce el hecho relativo a que las obras que reconfiguran la zona afectando al tráfico rodado y peatonal y la construcción de unos aparcamientos, no esté previsto en el Plan General. Desde esta perspectiva se plantea igualmente la actora al posibilidad de concesión de una licencia cuyo uso no está permitido por el planeamiento.

Este punto que se nos plantea exige examinar nuevamente el expediente administrativo remitido por el Ayuntamiento de Arrecife, que consta de 148 páginas y cotejar las fechas de publicación del PGOU y las de la concesión portuaria. Llama poderosamente la atención, en primer lugar, que no se haya remitido con el mismo el proyecto de obras básico o el de ejecución elaborado por los técnicos don José , don Luis María y don Ángel (con lo cual no ha podido ser examinado por la Sala); ni tampoco las concesiones obtenidas y transferidas. Comienza con una solicitud de obras para "aparcamientos subterráneos" presentada por el Sr. Felix en representación de **Aparcamientos Parque Islas Canarias** , nada se dice en la solicitud de la licencia de obras obrante al folio uno de la plaza pública. .

El informe jurídico obrante al folio cuatro describe las obras a ejecutar a la vista del proyecto presentado como "reestructuración de la red viaria en el frente desde el Arrecife Gran Hotel hasta el Club Náutico así como la realización de un aparcamiento subterráneo en toda la zona" y que la citada obra "se proyecta sobre el subsuelo del Parque Islas Canarias"

En sus consideraciones jurídicas se hace constar que las obras afectan al vuelo y subsuelo del dominio público municipal, y se proyectan sobre una franja de 19.331 metros cuadrados pertenecientes al dominio público portuario. La oficina técnica municipal (informe folios 7 y 8)llega a la conclusión de que lo que se va a construir es un "edificio para aparcamientos", situados en el subsuelo del parque Islas Canarias. Añadiendo que el PGOU admite sótanos o semisótanos y que el límite para que no sea planta es de 80 centímetros por encima de la rasante oficial. Añade que el acceso a vehículos se realiza desde la rotonda situada al final de la calle...y dos salidas..... Existen diez salidas peatonales que se reparten " sobre la superficie del futuro parque" En cuanto a la ocupación bajo rasante de parte de los viales " dicha zona sigue formando parte en superficie del Sistema General de Comunicaciones e Intercambio por lo que no cabe hablar de una modificación del PGOU"

Finalmente lo que se autorizó fue la " construcción de aparcamientos subterráneo en el Parque Islas Canarias" en el acto administrativo impugnado.

La primera conclusión a la que se llega es la relativa a que los técnicos informantes y la licencia obtenida únicamente se refieren al subsuelo y por tanto a la construcción de aparcamientos y no a la plaza pública .

El Ayuntamiento admite que lo que se denominaba parque Islas Canarias fue construido por el Ayuntamiento hacía más de cuarenta años sin autorización ni concesión (prueba de la demandada III y la propia contestación a la demanda) . Incidiendo en ello como documental número once aporta Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Arrecife de 26 de marzo de 2003, posterior a las licencias impugnadas, en el que se " aprobó el proyecto de remodelación del parque Islas Canarias" realizado igualmente por los Arquitectos don José y Luis María .

La Autoridad Portuaria admite que los terrenos de dominio público objeto de concesión estaban ocupados por el denominado " Parque Islas Canarias" (oficio remitido por la Autoridad Portuaria de 22 de noviembre de 2004) y los informes de la Oficina Técnica del Ayuntamiento de Arrecife señalan que la zona que nos ocupa era un sistema general de comunicaciones e intercambio(folios último del procedimiento y siete del expediente administrativo):

- 19.331 metros cuadrados eran zona de servicio del Puerto de Arrecife
- 3.188 metros cuadrados de viales
- i

En este punto es necesario tener en cuenta que el Plan General de Ordenación Urbana de Arrecife en el que se clasifica los terrenos como Sistema General de Comunicaciones e Intercambio, fue publicado en el BOP de fecha 9 de febrero de 1998; mientras que la concesión de los 19.331 m2 no se obtuvo por el Ayuntamiento hasta el 25 de julio de 2000. Realizándose por la Autoridad Portuaria la delimitación de la zona de servicio del Puerto de Arrecife en el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Arrecife(PUPA) aprobado por OM de 30 de enero de 2004 y no en la OM de 30 de octubre de 1989, publicada en el BOE de 7 de noviembre de 1989, que solo estableció los límites de las aguas y no delimita la zona de servicio. (informe de la Autoridad Portuaria de fecha 22 de noviembre de 2004). Por tanto cuando se publicó el PGOU el Ayuntamiento no tenía la concesión sobre la zona.

Desde este punto hemos de señalar que la clasificación como sistema de comunicación e

intercambio, en el *artículo 256 del PGOU del Ayuntamiento de Arrecife* agrupa" los elementos necesarios para la circulación de personas y mercancías en todo el término municipal, así como de este con el territorio insular y el exterior"

Incluyendo entre los Sistemas Generales de Comunicación e intercambio de instalaciones el *artículo 258 del PGOU* :

- 1.-Vía de Circulación
- 2.-Rambla General
- 3.-Carretera de Salida a San Bartolomé
- 4.-Carretera de Salida a Teguiise
- 5.-Carretera de Salida a Yaiza
- 6.-Vía de acceso de Los Mármoles
- 7.-zona portuario de Naos y Los Mármoles

Por tanto entre los sistemas generales de intercambio de instalaciones y de comunicación no se incluyen "las áreas de parque público y las destinadas al esparcimiento y actividades lúdicas" incluidas en el Sistema general de espacios libres

Luego, ha existido un cambio de uso no solo en cuanto a la superficie, sino al subsuelo, puesto que el destino aparcamiento tampoco estaría incluido.

En este punto hemos de señalar que el denominado Parque Islas Canarias, cuando se redactó el PGOU en 1998 fue incluido como sistema general de comunicaciones e intercambio de instalaciones, y no como Espacio Libre. Aparentemente porque como señala el Ayuntamiento se hizo sin autorización alguna. El problema es que cuando se redactó el PGOU y se publicó en 1998, el Ayuntamiento no tenía la concesión que obtuvo en el año 2000. No puede pretenderse como implícitamente sostiene el Ayuntamiento que la concesión obtenida legalizara la situación del parque, porque el problema fundamental es que la legalización o previsión del area espacio libre tenía que realizarla el propio Ayuntamiento en su instrumento de planeamiento.

Los artículos invocados por el Ayuntamiento tampoco legalizarían la situación, puesto que, los usos ligados al transporte según el *artículo 155 del PGOU* , son uso general dotacional y en su caso vinculados al Sistema general de equipo comunitario que incluye las áreas dotacionales destinadas a satisfacer las necesidades de la vía asociada a la demanda(*artículo 256*) y también a " espacios libres, zonas verdes y deportivas(*artículo 155*).

Por todo ello procede la estimación del recurso, por existir un cambio de uso en la zona discordante con el PGOU, que debió en su caso ser modificado antes de otorgar las licencias tanto para el aparcamiento como para el parque(no se podía excavar el aparcamiento sin levantar lo que estaba encima). Se exigía una modificación del Plan General en la zona, porque no guardaban relación las previsiones iniciales del Ayuntamiento para la zona, con las obras autorizadas .

Infracción de la normativa de puertos

En el momento en que se otorgó la licencia no estaba en vigor el PUPA para delimitar la zona de servicio, y tampoco la delimitó la *Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 30 de octubre de 1989* , publicada en el BOE de 7 de noviembre de 1989.

El TS Sala 3ª de 5 abril 2001 , señaló que "la *Ley 27/92* , de Puertos del Estado, no tuvo la intención de prohibir desde ya cualquier tipo de obra o actividad en aquellos puertos que carecieran de Plan de Utilización o de Plan Especial, lo que sería contrario a la finalidad de fomento del tráfico mercantil y de la actividad industrial propia de los Puertos marítimos... donde se admite que, pese a la inexistencia de aquellos Planes, pueden autorizarse aquellas obras e instalaciones que por su naturaleza no pueden tener otra ubicación, y que habrían de ser incluidas en el futuro Plan Especial"

Las zonas de servicio definidas como " superficies de tierra y de agua necesarias para la ejecución de sus actividades, las destinadas a tareas complementarias de aquéllas y los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria" *artículo 15 de la Ley 27/1992* . En cuanto a su delimitación se realiza en un plan de utilización de los espacios portuarios que debe incluir los usos previstos para las diferentes zonas del puerto, así como la justificación de la necesidad o conveniencia de dichos usos.

Expresamente impone la *Ley de Puertos en el artículo 18* que "para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario, los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario y no podrán incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria", Esto es, que el espacio portuario, en cuanto a su ámbito y usos, se reserva a la competencia del Estado, sin perjuicio de las competencias concurrentes en materia urbanística, que en modo alguno pueden desconocer o alterar las competencias en materia de puertos. De ahí que el *apartado 2 del artículo 18* señale que "dicho sistema general portuario se desarrollará a través de un plan especial o instrumento equivalente...", de donde cabe inferir una cierta subordinación del Plan Especial al de Utilización, en tanto que éste acota el ámbito espacial del Puerto y asigna usos sobre los que desplegar las competencias propias de la actividad portuaria, que no pueden ser menoscabadas por las Administraciones competentes en materia urbanística.

En sentencia de 15 de febrero de 2005 el Tribunal Supremo destaca las que las relaciones entre las distintas administraciones intervinientes en la zona de servicio son de coordinación. "Las relaciones entre el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios y los instrumentos de ordenación urbanística se rigen por el principio de coordinación, según refiere el *artículo 18 de la citada Ley 27/1992* , debiendo el plan especial urbanístico calificar la zona de servicio de los puertos estatales de sistema general portuario, no pudiendo incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria."

Por lo que el sistema general de comunicaciones e intercambio no amparaba el uso aparcamiento, como hemos dicho. Pero tampoco se ha justificado en ningún momento la vinculación del aparcamiento con el puerto, en ausencia de PUPA se admiten obras e instalaciones que por su naturaleza no pueden tener otra ubicación, y que habrían de ser incluidas en el futuro Plan Especial

No se ha justificado el carácter complementario del puerto de las referidas obras, máxime si tenemos en cuenta que de las 917 plazas de aparcamiento previstas, 169 se reservaron al Arrecife Gran Hotel, y que además se dividieron en dos los aparcamientos " uno de uso exclusivo para clientes y trabajadores del hotel y otro para el público en general(folio 65 del expediente administrativo) . Además, según el informe jurídico folio 6, el aparcamiento surge por la necesidad de plazas para el incremento del parque móvil fruto de " un crecimiento poblacional desmesurado"

QUINTO.- Procede, por lo expuesto, la estimación del recurso contencioso-administrativo, sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas al no apreciarse temeridad o mala fe procesal en las partes demandadas (*art 139.1 LJCA*).-

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación:

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora doña Paloma Abengoechea Vistuer, en nombre y representación de la Fundación Cesar Manrique, contra los actos identificados en el antecedente de hecho primero que anulamos por no ser conformes a derecho. Sin hacer pronunciamiento sobre las costas causadas.-

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-