

Notif. 23/5/13



Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 4
C/ Francisco Gourié nº 107
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 32 55 60
Fax.: 928 32 55 45

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000028/2009
NIG: 3501645320090000176
Materia: Urbanismos y Ordenación del
Territorio
Resolución: Sentencia 000192/2013

Intervención:

Demandante
Demandado

Codemandado

Codemandado

Interviniente:

Jose Domingo Abreut Cabrera
Ayuntamiento de Arrecife

Federación Interinsular de la
Pequeña y Mediana Empresa
Tiendas Especializadas de
Canarias S.L.

Abogado:

Procurador:

Carmen Dolores Padilla Nieto
Maria De Las Mercedes
Ramirez Jimenez
Maria Del Carmen Bordon
Artiles
Maria Del Carmen Quintero
Hernandez

SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a treinta de abril de dos mil trece.

Vistos por Dña. Ma del Carmen Monte Blanco, Magistrado-Juez del Juzgado de Contencioso-Administrativo número 4, los presentes autos de Procedimiento Ordinario número 28/2009, tramitados a instancia de D. JOSÉ DOMINGO ABREUT CABRERA, representado por la Procuradora Dña. Carmen Padilla Nieto; y como demandado el AYUNTAMIENTO DE ARRECIFE, representado por la Procuradora Dña. Mercedes Ramírez Jiménez, siendo parte codemandada la entidad TIENDAS ESPECIALIZADAS DE CANARIA, S.L., representada por la Procuradora Dña. Carmen Quintana Hernández y la FEDERACIÓN INTERINSULAR DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA, representada por la Procuradora Dña. Ma del Carmen Bordón Artiles y la cuantía del recurso indeterminada, dicta la presente con base en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Dña. Carmen Padilla Nieto, en nombre y representación de D. José Domingo Abreut Cabrera, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que aprobó proyecto modificado de obras de edificio de 1 planta, semisótano y sótano, expte. 2007/2192, en la carretera de San Bartolomé promovido por Tiendas Especializadas de Canarias, S.L.; el Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que autorizó a Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. la puesta en funcionamiento de la actividad de "Comercio menor de artículos de menaje, ferretería, artículos equipamiento hogar y aparcamiento" con emplazamiento en la carretera de San Bartolomé Km. 0,65; c) el Acuerdo de 9 de enero de 2008 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que concedió a Tiendas Especializadas de





Canarias, S.L. licencia de primera ocupación para edificio de local y aparcamientos sito en la carretera de San Bartolomé Km 0,65, expte. 2007/1153. Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente.

SEGUNDO.- Recibido el expediente, se dio traslado del mismo al recurrente, quien formalizó demanda, dándole plazo de veinte días a la Administración demandada para que la contestara, lo cual verificó, dándose, a continuación, similar trámite a las partes codemandadas. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las declaradas pertinentes con el resultado obrante en autos, tras lo cual, previas conclusiones de las partes se declararon conclusos para Sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar Sentencia, dada la acumulación de asuntos existente en este Juzgado en idéntico trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tres son los actos administrativos que se impugnan en la presente litis, a saber, el Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que aprobó el proyecto modificado de obras de edificio de 1 planta, semisótano y sótano, expte. 2007/2192, en la carretera de San Bartolomé promovido por Tiendas Especializadas de Canarias, S.L., el Acuerdo de 30 de noviembre de 2007 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que autorizó a Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. la puesta en funcionamiento de la actividad de "Comercio menor de artículos de menaje, ferretería, artículos equipamiento hogar y aparcamiento" con emplazamiento en la carretera de San Bartolomé Km. 0,65, y el Acuerdo de 9 de enero de 2008 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife que concedió a Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. licencia de primera ocupación para edificio de local y aparcamientos sito en la carretera de San Bartolomé Km 0,65, expte. 2007/1153. Se interesa el dictado de una Sentencia por la que se declare la nulidad o la anulabilidad de los actos administrativos recurridos por ser disconformes con el ordenamiento jurídico, acordando también la demolición de la edificación ilegal e ilegalizable del Centro Comercial Argana Centro y, en su caso, la clausura de cualquier actividad que se lleve a cabo en el mismo.

Por la representación procesal del Ayuntamiento de Arrecife se solicitó, con carácter previo, la inadmisibilidad del recurso interpuesto, interesando, en cuanto al fondo, su desestimación por entender que los actos impugnados son conformes a derecho, manifestándose en similares términos la representación procesal de la entidad codemandada Tiendas Especializadas de Canarias, S.L.





Por la dirección letrada de la Federación Interinsular de la Pequeña y Mediana Empresa se solicitó el dictado de una Sentencia que resuelva la controversia de la forma que resulte más ajustada a Derecho.

SEGUNDO.- Motivos de orden lógico procesal obligan a comenzar con el examen de las causas de inadmisibilidad opuestas, por cuanto su eventual estimación impediría pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones sometidas a consideración en la presente litis.

Dos son las causas de inadmisibilidad invocadas por el Ayuntamiento de Arrecife, que son reproducidas por la entidad codemandada Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. en su escrito de contestación a la demanda. Se alega, en primer lugar, que el actor carece de legitimación activa para el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo, toda vez que dicha acción ha sido ejercitada con fines espurios ajenos a la defensa de la legalidad e interés general, destacando que el recurrente es el cónyuge de la que fue Alcaldesa-Presidenta de la Corporación hasta las elecciones del año 2007 y colaborador profesional de la entidad beneficiaria de las licencias impugnadas codemandada en la presente litis.

Dicha excepción ha de ser desestimada, pues al margen de las consideraciones personales que sobre el recurrente se vierten en las contestaciones a las demandas, lo cierto es que no consta debidamente acreditado que el ejercicio de la acción pública se haya realizado, en el presente caso, con manifiesto abuso de derecho. A propósito de esta cuestión, es preciso traer a colación la STSJ de Canarias de fecha 20 de julio de 2011, cuya fundamentación jurídica es plenamente trasladable al supuesto de autos. Señala la referida Sentencia que "Con carácter general, la más moderna jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha inclinado por una concepción mixta del abuso del derecho al exigir para su apreciación la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. En este sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 1 de febrero de 2006, no 20/2006 (rec. 1820/2000. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio), razona lo siguiente:

"La doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, según recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005 (recurso núm. 4708/98), con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes danos y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (Sentencias de 8 de julio de 1986 , 12 de noviembre de 1988 , 11 de mayo de





1991 y 25 de septiembre de 1996); exigiendo su apreciación, en palabras de la Sentencia de 18 de julio de 2000 , una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo)".

Y destaca que es "doctrina jurisprudencial -que recuerda y aplica la Sentencia de 15 de febrero de 2000 (recurso núm. 1452/95) - que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica."

Sobre el abuso del derecho como límite de la acción pública urbanística se han pronunciado multitud de resoluciones judiciales, también del Tribunal Supremo.

La Sentencia de la Sala Tercera, sec. 5a, del Tribunal Supremo de 12 de junio 2007 (rec. 7487/2003. Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto) señaló:

"El que el ejercicio de la acción pública, sostenida por la demandante en la instancia, contrarie los designios del Ayuntamiento y los intereses patrimoniales de la titular de la licencia de obras no implica que trate de perjudicar a éstos o de oponerse a los generales que aquél tiene el deber de proteger, pues, de lo contrario, esa tacha empañaría siempre el ejercicio de dicha acción haciéndola improsperable, según la incorrecta interpretación que los recurrentes hacen de la jurisprudencia de esta Sala, recogida en sus sentencias de fechas 22 de enero de 1980 , 21 de septiembre de 1988 y 2 de noviembre de 1989 ".

La Sentencia de la Sala Tercera, sec. 5a, del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de-2001, (rec. 8016/1997. Pte: Garzón Herrero, Manuel Vicente) rechazó la alegación de abuso de derecho señalando que "olvida la naturaleza pública de la acción para exigir el cumplimiento de las Normas y Planes Urbanísticos, lo que hace inviable la excepción invocada, pues este carácter público de la acción sitúa fuera del ámbito procesal las motivaciones últimas de quien actúa la acción pública."

La Sentencia de la misma Sala y Sección de 22 de enero de 1998, (rec. 130/1992. Pte: Enríquez Sancho, Ricardo) dispuso que "el mero dato de un motivo de rivalidad comercial, por si mismo, no impide que el recurrente, en el ejercicio de la acción pública urbanística, albergue la finalidad de hacer efectivo el orden urbanístico instaurado por el Plan, frente a la propia Administración y en beneficio de la legalidad".

De tales pronunciamientos es posible deducir que ni el perjuicio de tercero ni los motivos subjetivos últimos de quien ejercita la acción constituyen razón suficiente para entender ejercitada la acción con abuso de derecho porque entender lo contrario supondría vaciar de contenido la propia acción que tiene por finalidad el respeto de la legalidad urbanística.

Esta Sala y Sección se ha pronunciado sobre ello en Sentencias de 31 de octubre de 2008 (rec. 99/2008) y de 11 de





julio de 2008 (rec. 18/08) donde consideramos legítimo el ejercicio de la acción pública urbanística por una entidad mercantil "porque persigue el cumplimiento de la legalidad urbanística, que es la finalidad que en sí tiene la acción" rechazando abuso del derecho por las circunstancias de que la acción perjudicara los intereses patrimoniales de una entidad, de que la recurrente sostuvo una postura contraria al fundamento de su acción ante los Tribunales y de que el Cabildo, entidad que no era parte, hubiera desistido de varios recursos similares.

Sobre este último particular y para responder al hecho puesto de manifiesto por la parte apelante de haber desistido la recurrente de varios recursos cuando existían vínculos con el titular de la licencia, debemos agregar que lo que puede constituir una contravención de las exigencias de la buena fe en el ejercicio de los derechos es precisamente el desistimiento de la acción. Consciente de ello -y de lo que se ha denominado "picaresca" en el ejercicio de la acción pública urbanística-, el artículo 74 de la Ley Jurisdiccional prevé el traslado al Ministerio Fiscal en los supuestos de desistimiento de la acción popular así como el rechazo del mismo por el Juez o Tribunal cuando se "apreciare daño para el interés público".

Por estas razones, aún cuando estimáramos probados los hechos en que la parte apelante funda el ejercicio abusivo de la acción por la recurrente, el motivo no puede prosperar".

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

En cuanto a que no basta con acreditar un conocimiento extraprocesal de los actos impugnados, se ha pronunciado la STSJ de Canarias antes citada al resolver la excepción de falta de legitimación activa de fecha 20 de julio de 2011, según la cual "Como hemos señalado, entre otras muchas, en la Sentencia de esa Sala Sección de 15 de enero de 1-2007, (rec. 108/2006. Pte:





Rodríguez Falcón, Inmaculada) "la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el plazo para el ejercicio de la acción pública afirma que no puede equipararse la notificación del acuerdo de concesión de licencia, efectuada con todas las garantías exigidas a un acto de comunicación de aquella naturaleza, a un supuesto conocimiento extraprocedimental del acuerdo de concesión de licencia. Así lo entiende el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 26 de octubre de 2001 (rec. 3010/1997) en la que dictamina que el artículo 304 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 ha resuelto toda duda al respecto al remitir para el ejercicio de la acción pública contra la ejecución de obras que se consideren ilegales a los plazos establecidos para la adopción de la legalidad urbanística, cualesquiera que estos sean. De este régimen solo ha excluido la jurisprudencia la impugnación por una Administración Pública de un acuerdo municipal de concesión de licencia, que se somete a los plazos establecidos en el artículo 65.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (sentencia de 5 de mayo de 1998), la impugnación de ese acuerdo por los propios concejales que hubieran votado en contra, que ha de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 63.1 b) de dicho cuerpo legal (sentencia de 5 de mayo de 1999) y los casos de los administrados que hayan recibido una notificación personal y directa de dicho acuerdo (sentencia de 20 de marzo de 2000). En aquella sentencia se concluye que el hecho de que se conociese la fecha del acto impugnado y las infracciones urbanísticas no permite sostener que conociera la existencia de esa licencia en una fecha determinada a fin de poder computar desde ella el plazo para interponer contra ella el correspondiente recurso."

Por estas mismas razones, la prueba propuesta por la parte apelante encaminada a acreditar el conocimiento extraprocesal por la parte recurrente de la Resolución impugnada resulta inútil. Ninguna duda cabe de que la parte recurrente conocía la concesión de la licencia hasta el punto de que la impugnó directamente ante la jurisdicción. Pero esto es una cosa y otra muy distinta que a través de ese conocimiento extraprocesal pueda tenerse por acreditado un dies a quo del plazo para interponer el recurso".

TERCERO.- Haciendo abstracción de las suposiciones y juicios de valor vertidos en el escrito de demanda sobre la actuación de la entidad beneficiaria de los actos impugnados, y de la Corporación demandada, que nada aportan a la resolución de la presente litis, es preciso comenzar el análisis de la cuestión de fondo efectuando un relato cronológico de los principales hitos que resulta de las expediente administrativo y de la documental obrante en las actuaciones.

Con fecha 29 de septiembre de 1.987 el Ayuntamiento de Arrecife concedió a D. Eduardo Spínola Francés, quien actuaba en nombre propio y de sus hermanos, licencia de obras para la construcción de un almacén y aparcamiento en la Carretera





Arrecife-Tinajo.

Posteriormente, en fecha 30 de octubre de 2003, el Sr. Spínola Francés, en esta ocasión en representación de la entidad Tiendas Especializadas de Canarias, S.L., presentó nueva solicitud de licencia de obras sobre "proyecto básico modificado de almacén" (expediente 3418/03 que obra en el complemento IV del expediente remitido). Tras la emisión de los correspondientes informes, por Acuerdo de la Comisión de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arrecife de fecha 19 de noviembre de 2003, se concede licencia de obras sobre proyecto básico modificado de almacenes (1 local y aparcamiento) y una superficie de 5.888 m², quedando condicionada dicha licencia, entre otros extremos, a la presentación de proyecto de ejecución con carácter previo al inicio de las obras y de proyecto de infraestructuras de telecomunicaciones.

Con fecha 21 de marzo de 2006 la codemandada solicitó la renovación de la licencia citada, (expediente 1069/2006 que consta en el complemento IV del expediente remitido al Juzgado), lo que dio lugar al requerimiento de la Corporación de fecha 28 de diciembre de 2006, notificado el 18 de enero de 2007, para que la solicitante aportara proyecto de ejecución, lo que cumplimentó con fecha 21 de mayo de 2007, tal y como se desprende de la documentación adjunta al informe emitido por la Oficina Técnica Municipal de fecha 3 de junio de 2009. Aun cuando el expediente no ha sido remitido por el Ayuntamiento, de la documental obrante en el mismo y de la aportada por las partes, se deduce que en el año 2005 existió otra solicitud de renovación de licencia que motivó la emisión de sendos informes técnicos de fechas 12 de abril de 2005, de contenido contradictorio. Así, en uno de ellos, que consta al folio 7 del expediente número 1069/2006 integrado en el complemento IV del expediente remitido al Juzgado, se informa favorablemente la renovación del proyecto de obras de nueva planta correspondiente al Modificado de Almacenes (1 local y 1 aparcamiento), situado en la carretera de San Bartolomé km 65, en tanto que el segundo de los informes aludidos, aportado por la actora como documento número 5 de su demanda, informa desfavorablemente el proyecto de obras de nueva planta correspondiente al Modificado de Almacenes (1 local y 1 aparcamiento), situado en la carretera de San Bartolomé km 65. En cualquier caso, lo que no consta es que ninguna de las solicitudes de renovación formuladas por la codemandada fueran contestadas por la Administración.

Con posterioridad a la solicitud de renovación de la licencia del año 2006, Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. solicita con fecha 21 de marzo de 2007, licencia de primera ocupación, con aportación de certificado final de obras de fecha 18 de diciembre de 2006, evacuándose informe técnico negativo de fecha 16 de mayo de 2007, por no existir constancia de la presentación de proyecto de ejecución ni de proyecto de telecomunicaciones, lo que dio lugar al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 16 de mayo de 2007 por el que se denegó la licencia de primera ocupación





solicitada.

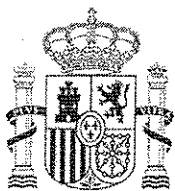
Así las cosas, con fecha 12 de junio de 2007, se solicita una modificación de la licencia que se tramita con número de expediente 2192/07 (Tomo III del complemento del expediente administrativo), evacuándose en fecha 3 de septiembre de 2007, informe técnico en el que se requiere la aportación de una serie de documentación a fin de subsanar las deficiencias apreciadas en la solicitud de la codemandada. Con fecha 22 de octubre de 2007, la técnico municipal emite un informe favorable (folio 17 del expediente referido), en el que, tras describir las modificaciones introducidas respecto del proyecto básico aprobado en noviembre de 2003, concluye que pese al cambio operado en la normativa urbanística, como quiera que no se han producido cambios de uso ni aumento de la superficie construida, las obras son autorizables al amparo del Art. 44.4 del TRLOTENC al tratarse de una obra fuera de ordenación. En similares términos se manifiesta el informe de la Oficina Técnica Municipal de fecha 29 de noviembre de 2007, que obra al folio 23 del Tomo III del complemento del expediente, en el que se destaca que la construcción ha devenido disconforme con el planeamiento en vigor, por lo que se encuentra fuera de ordenación, concluyendo que las obras son autorizables de conformidad con el Art. 44.4 del TRLOTENC, al no suponer un aumento de la superficie construida.

A la vista de dichos informes, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 30 de noviembre de 2007, se acuerda aprobar el proyecto modificado referido a edificio de 1 planta, semisótano y sótano, sito en la Carretera a San Bartolomé, siendo este uno de los actos impugnados en la presente litis.

Aun cuando dicho expediente no ha sido remitido de forma íntegra por la Administración, del informe técnico que obra al folio 14 del Tomo IV del complemento del expediente, se deduce que con fecha 12 de diciembre de 2007, la entidad codemandada formuló una nueva solicitud de licencia de primera ocupación. El informe aludido de fecha 15 de diciembre de 2007, informa negativamente dicha solicitud por los reparos en él expuestos. Efectuadas alegaciones al mismo por Sr. Spínola en representación de Tiendas Especializadas de Canarias, S.L., que se aportan como documento número 20 del escrito de demanda, se emite un nuevo informe técnico de fecha 26 de diciembre de 2007 (documento número 21 de la demanda) en el que se vuelve a informar negativamente la concesión de la licencia de primera ocupación, al constatarse que el edificio se encuentra sin terminar y sin ajustarse al proyecto modificado aprobado. Finalmente, evacuados informe técnico y jurídico favorables (documentos número 23 y 24 del escrito de demanda), por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 9 de enero de 2008, se concede a Tiendas Especializadas de Canarias, S.L., licencia de primera ocupación, acto también impugnado en la presente litis.

Estos son los antecedentes fácticos relevantes en lo que





respecta a la aprobación del proyecto modificado y la concesión de la licencia de primera ocupación. En lo que respecta a la autorización de puesta en funcionamiento de la actividad "Comercio menor de artículos de menaje de ferretería, artículos equipamiento hogar y aparcamiento", aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 9 de enero de 2008, que también se combate en la presente litis, cumple destacar los siguientes antecedentes fácticos.

Con fecha 2 de septiembre de 2003, D. Eduardo Spínola Francés, en nombre y representación de Tiendas Especializadas de Canarias, S.L. se solicitó licencia de apertura para el desarrollo de las actividades de comercio al por menor de productos alimenticios, comercio menor de artículos de menaje, ferretería, comercio menor de artículos para equipamiento de hogar y aparcamiento, que dio lugar al expediente 239/2003, incluido en el Tomo I del expediente administrativo. Informada favorablemente por el Cabildo de Lanzarote la actividad referida, por Decreto de fecha 24 de septiembre de 2004, se concedió la licencia municipal solicitada.

Así las cosas, con fecha 6 de julio de 2007, la entidad codemandada solicitó autorización para la puesta en funcionamiento de la actividad autorizada por la licencia de apertura solicitada. Al folio 29 del expediente administrativo, consta una comunicación del Jefe de Sección de Salud Pública, en la que se participa que no se va a emitir informe sanitario al haberse constatado que en el establecimiento no se va a desarrollar actividad alguna de alimentación. Asimismo, consta en el expediente administrativo (folio 32) un informe de fecha 18 de julio de 2007 en el que los técnicos municipales ponen de manifiesto que en el anexo del certificado final de obras de fecha 22 de diciembre de 2006 se proponen cambios sustanciales en relación al uso contemplado en el proyecto visado de fecha 3 de agosto de 2003, por lo que concluyen que el solicitante no podrá ejecutar la obra del proyecto de 22 de diciembre de 2006, sino conforme al proyecto de ingeniería y anexos, de fechas 3 de agosto de 2003, 17 de noviembre de 2003 y 21 de mayo de 2004.

Aportada documentación por la entidad codemandada, entre la que se encuentra un nuevo certificado técnico de obras de fecha 3 de octubre de 2007, previo informe técnico y jurídico favorable y tras desestimarse las alegaciones que fueron efectuadas por la Federación Interinsular de la Pequeña y Mediana Empresa, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 30 de noviembre de 2007, se autoriza la puesta en funcionamiento de la actividad de comercio menor de artículos de menaje, ferretería, artículos equipamiento hogar y aparcamiento.

Finalmente, para concluir con este fundamento, es preciso destacar otro hecho no controvertido y capital para la resolución de la presente litis, como es el relativo al cambio de normativa urbanística operado y que afecta a la construcción que nos ocupa. Así, cuando se concede la licencia de obras sobre proyecto básico en





noviembre de 2003, el suelo en el que se iba a materializar la actuación estaba comprendido en la Zona Homogénea-9 del Plan General de Ordenación de Arrecife, aprobado definitivamente por Orden de 20 de noviembre de 1.997 y publicado en fecha 9 de febrero de 1.998. Ahora bien, con fecha 5 de noviembre de 2003, la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, aprobó definitivamente la Adaptación Básica del Plan General de Ordenación de Arrecife al TRLOTENC, acuerdo que fue publicado en el BOCA de fecha 1 de junio de 2004. Por su parte, en el BOP de fecha 2 de agosto de 2004, se publicaron las normas urbanísticas de la Adaptación Básica del Plan General de Ordenación de Arrecife, por lo que desde dicha fecha entraron en vigor. Pues bien, conforme a la nueva normativa urbanística, el suelo afectado por las obras ejecutadas pasó a ser parte integrante de la Unidad de Actuación-12, Argana Baja, de suelo urbano no consolidado.

CUARTO.- Partiendo del anterior relato fáctico, sostiene, en primer lugar, la recurrente que el primero de los acuerdos impugnados por los que se aprobó el Proyecto modificado de obras de edificio de 1 planta, semisótano y sótano en la carretera San Bartolomé, no es conforme a derecho por los motivos que se exponen en el extenso escrito de demanda y que, en esencia, viene referidos a los siguientes extremos. Parte el recurrente de dos premisas básicas sobre las que desarrolla toda su argumentación sobre la ilegalidad de las obras ejecutadas. En primer lugar, sostiene que la licencia de obras sobre proyecto básico de fecha 19 de noviembre de 2003, se concedió para las obras de almacenes (1 local) y aparcamientos, autorizando únicamente la construcción de una superficie de 5.888 m2 correspondientes a la planta baja, no autorizando, por tanto, ni las obras del sótano -1 y ni las del -2, y que, no obstante lo anterior, la superficie finalmente construida superó en mucho la inicialmente autorizada, lo que exigía, para que dichas obras no fueran ilegales, la obtención de una nueva licencia que no se interesó.

En segundo lugar, entiende la actora que la licencia de fecha 19 de noviembre de 2003, no autorizaba el inicio de las obras, sino que la misma estaba condicionada a la previa aprobación del Proyecto de Ejecución, el cual fue presentado el 23 de mayo de 2007, sin que dicha presentación extemporánea convalidara su falta de presentación con carácter previo al inicio de las obras, toda vez que el Proyecto de Ejecución presentado difería sustancialmente del Proyecto Básico, no siendo objeto de una nueva licencia. Asimismo, destaca la parte que la licencia de fecha 19 de noviembre de 2003, también estaba condicionada a la presentación de un Proyecto de telecomunicaciones que no consta que haya sido aportado por la titular de la licencia.

Partiendo de estas premisas, concluye la parte que las obras ejecutadas son ilegales, al no estar amparadas por licencia alguna, motivo por el que entiende que no pueden ser consideradas como





fuera de ordenación ni pueden ser legalizadas al amparo del Art. 44.4 del TRLOTENC.

Otro de los argumentos esenciales en los que se basa la actora para defender la ilegalidad del acuerdo impugnado, es que dos de los locales comerciales construidos superaban los 2.500 m² de superficie máxima para establecimientos especializados en muebles y equipamiento de hogar o establecimientos polivalentes, al tiempo que los veintisiete locales comerciales edificadas sumaban una superficie de venta ascendente a 9.371,65 m², lo que exigía la obtención de tres licencias comerciales específicas, con carácter previo al inicio de las obras.

Frente a tales alegaciones, sostiene el Ayuntamiento demandado, en contra de lo manifestado por la actora, que la licencia de fecha 19 de noviembre de 2003 no autorizó únicamente las obras de construcción de la planta primera, sino que lo que se aprobó fue el proyecto básico presentado que contemplaba tanto las obras de la planta baja, como la de los dos sótanos, siendo dicha licencia conforme con la ordenación urbanística entonces vigente. Así, las cosas, y conforme al carácter reglado de las licencias, el Ayuntamiento de Arrecife, mediante el primer acto impugnado en la presente litis, no hizo más que autorizar una modificación del proyecto que constaba aprobado por acuerdo anterior, por no existir un cambio en los usos ni un aumento de la superficie.

En similares términos se manifiesta la representación procesal de la entidad titular de la licencia, parte codemandada en la presente litis, quien, a su vez, muestra su oposición con la tesis de la actora sobre el carácter ilegal e ilegalizable de las obras, toda vez que toda la edificación fue realizada con plena adecuación a la normativa urbanística de aplicación y al proyecto que sirvió de base al otorgamiento de la licencia de obras, como acredita el otorgamiento de licencia de primera ocupación. Finalmente, destaca la parte que no era precisa licencia comercial específica, tal y como fue informado en dos ocasiones por la Dirección General de Comercio.

Por su parte, toda la contestación a la demanda de la Federación Interinsular de la Pequeña y Mediana Empresa se centra en cuestionar la posibilidad de autorizar la explotación de una actividad como la que nos ocupa en un suelo ubicado en la Zona Homogénea 9 del Plan General de Arrecife.

Expuestos de forma muy sucinta los términos del debate en relación con el primero de los actos impugnados en la presente litis, el análisis de las cuestiones suscitadas ha de efectuarse partiendo de la licencia de obras de fecha 19 de noviembre de 2003, que autorizó la obras de construcción de un almacén integrado por un local y aparcamiento. Ciertamente es que los términos en los que se encuentra redactado dicho acto administrativo, pueden llevar a confusión sobre lo realmente autorizado, pues por un lado acuerda conceder licencia de obras con sujeción a los proyectos y croquis presentados que, como se desprende del informe técnico que obra





11 del expediente número 3418/03 que está incorporado en el Complemento IV del expediente remitido, contemplaban la ejecución de una planta y de dos sótanos o semisótanos, pero por otro lado, concede licencia para modificación de almacenes (1 local y aparcamiento) con una superficie construida de 5.888 m² que comprende únicamente la planta baja. En cualquier caso, contemplando el proyecto básico presentado la ejecución de una planta y dos sótanos, siendo este el proyecto que fue informado por los técnicos en el expediente, y habiéndose aprobado el mismo en su integridad, sin condicionantes ni exclusión alguna, lógico es concluir que la licencia concedida en noviembre de 2003, venía referida a la totalidad de las obras contempladas en dicho proyecto, sin perjuicio de que únicamente se reflejara como superficie construida la que era computable como tal correspondiente a la planta baja, no siendo coherente la tesis defendida por el actor con los datos que constan y con lo actuado en el expediente de concesión de dicha licencia.

No obstante la anterior conclusión, constituye un hecho incuestionable que las obras finalmente ejecutadas diferían sustancialmente de lo autorizado por la licencia de obras de noviembre de 2003, al no coincidir ni la superficie finalmente construida, ni la estructura interior del edificio con las inicialmente proyectadas, tal y como se concluye inequívocamente de los informes municipales emitidos en el expediente tramitado con ocasión de la presentación del proyecto modificado, y la de la necesidad misma de tener que presentar dicho proyecto.

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

Pero es más, no solo el proyecto de ejecución se aportó de forma extemporánea, sino que, además, el mismo difería del proyecto básico inicialmente aprobado, incumplándose con ello la esencia de lo que es un proyecto de ejecución que no es otra que la de complementar y desarrollar el proyecto básico. Así es reconocido





por la propia parte codemandada titular de la licencia en su escrito de contestación a la demanda, en concreto en su página 11, en la que se incluye un cuadro comparativo entre ambos proyectos, en el que se constata la existencia de una diferencia de superficies construidas entre ambos proyectos. Las discrepancias no se limitan únicamente a las superficies, sino que también afectan a la distribución interior de usos, tal y como se desprende del cuadro comparativo que consta en página 15 de la demanda.

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

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

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





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

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

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

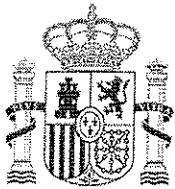
1ª) Con carácter general sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Salvo las autorizadas con carácter excepcional conforme a la regla siguiente, cualesquiera otras obras serán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

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

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

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





la presentación de un proyecto de ejecución ajustado al proyecto básico, exigencia que nunca llegó a cumplir la codemandada, como tampoco cumplió con la condición impuesta de presentar proyecto de infraestructuras de telecomunicaciones.

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

Ahora bien, la pretensión de la actora de que se acuerde la demolición de las obras ejecutadas no puede tener favorable acogida, pues como recuerda la STSJ de Canarias de fecha 11 de abril de 2011, "...es cierto que la demolición es una consecuencia natural de la anulación de una licencia de obras, pero no la única posible pues también es posible la legalización siempre y cuando la modificación del planeamiento no haya tenido lugar con fines espurios, no de nueva ordenación, sino de legalización de lo declarado ilegal. Dicho de otro modo, el restablecimiento del orden jurídico alterado y transformado por una construcción ilegal puede tener lugar, como advierte el TRLOPTCyENC, por la legalización o por la demolición, siendo esta la última consecuencia en defecto de legalización". Por tanto, comoquiera que el restablecimiento del orden jurídico perturbado también puede hacerse mediante la legalización de las obras, y no siendo objeto de la presente litis el determinar el carácter legalizable o no de las obras, sino únicamente la adecuación a derecho de los actos impugnados, procede desestimar la pretensión de la actora, sin perjuicio de lo que al respecto pueda acordarse en ejecución de Sentencia.

QUINTO.- No se realiza pronunciamiento condenatorio sobre costas procesales al no apreciar temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes, según el artículo 139 LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,





FALLO

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

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, ante este Juzgado y en el plazo de quince días, que será resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, siendo indispensable que el recurrente acredite al interponer el recurso haber consignado la cantidad de 50 EUROS. La consignación deberá efectuarse en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado en la cuenta número 3201/0000/22/0028/09.

Llévese testimonio a los autos y archívese el original, devolviéndose el expediente a su lugar de origen, una vez firme.

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior resolución por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando la misma celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

