

Id Cendoj: 28079130052004100097
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 1678/2002
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- URBANISMO
- MEDIDAS CUATELARES
- **SUSPENSION DE LICENCIA**

Resumen:

Interpretación conceptos efectividad de la sentencia y finalidad legítima del recurso, utilización apariencia de buen derecho

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Abril de dos mil cuatro.

VISTO por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE TEGUISE (Isla de Lanzarote-Las Palmas), representado por el Procurador Sr. Caballero Ballesteros, contra auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (con sede en Las Palmas de Gran Canaria), de fecha 28 de junio de 2001, sobre **suspensión de licencia** de construcción de apartamentos turísticos.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, el **CABILDO INSULAR DE LANZAROTE**, representado por la Procuradora Sra. Alarcón Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 1695/00 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), con fecha 28 de junio de 2001, dictó Auto cuya Parte Dispositiva es del siguiente tenor literal: "DECIDIMOS acceder a la solicitud de suspensión de la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Costa Tegui se con fecha 4 de noviembre de 1999".

Dicho Auto fue recurrido en súplica por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE TEGUISE, resolviéndose éste en Auto de 10 octubre de 2001, por el que dicho recurso es desestimado.

SEGUNDO.- Contra el Auto de fecha 28 de junio de 2001 ha interpuesto recurso de casación la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE TEGUISE, formalizándolo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de los artículos 129.1 y 130.1 de la vigente Ley de la Jurisdicción.

Y termina suplicando a la Sala que dicte "...Sentencia que, estimando el recurso con fundamento en los motivos en que se articula, case y anule el Auto recurrido por no ser conforme con el ordenamiento jurídico, dejando sin efecto la suspensión acordada y condenando en costas a la parte recurrida".

TERCERO.- La representación procesal del **CABILDO INSULAR DE LANZAROTE** se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia desestimando el recurso de casación y confirmando íntegramente la resolución recurrida, todo ello con

expresa imposición de costas a la parte recurrente".

CUARTO.- Mediante Providencia de fecha 6 de febrero de 2004 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 24 de marzo del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de instancia adoptó en el auto que es objeto de este recurso de casación, a solicitud de la actora (**Cabildo Insular de Lanzarote**), la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la licencia municipal de obras otorgada el 4 de noviembre de 1999 para la construcción de un conjunto de apartamentos turísticos con 157 unidades en la parcela 214 del Plan Parcial Costa Tegui. Decisión que se sustenta, en síntesis, en las siguientes razones:

a) Incumplimiento de la Disposición transitoria sexta de la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias, y misma Disposición del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, dado que tales normas requieren, si se trata de Municipios sin planeamiento general de ordenación, que al otorgamiento de las licencias urbanísticas preceda el informe, preceptivo y vinculante, del Cabildo Insular correspondiente; el cual, según afirmación de la actora, no había sido solicitado en el caso de autos. Además, se indica también en el auto recurrido, con ocasión de analizar aquel incumplimiento, que el otorgamiento de la licencia no fue notificado al Cabildo Insular, pese a exigir tal notificación el artículo 167.7 de aquellos textos legales para el caso de que la licencia contenga autorización relativa a establecimientos alojativos turísticos.

b) Contravención del acuerdo del **Cabildo Insular de Lanzarote** de fecha 14 de enero de 1999, que en el seno del proceso de Revisión del Plan Insular de Ordenación Territorial de Lanzarote que se tramitaba entonces, había suspendido en determinados ámbitos territoriales, entre ellos el de Costa Tegui, por periodo máximo de un año, vigente en noviembre de 1999, el otorgamiento de licencias urbanísticas de obras para la construcción de nueva oferta alojativa que excediera de la capacidad edificatoria de alojamiento asignada por el Plan Insular de Ordenación en Revisión, permitiéndose conceder licencias basadas en el régimen vigente siempre que se respetaran las nuevas determinaciones del planeamiento que se revisaba.

c) La apreciación de que la suspensión acarrea perjuicios exclusivamente económicos. Y

d) La consideración, añadida en el auto resolutorio del recurso de súplica, de que la finalidad legítima perseguida por el recurrente no es la demolición de lo construido, si llegara a prosperar su recurso, sino mantener las cosas en su estado primitivo, cumpliendo con las funciones y competencias que le encomienda la Ley.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por aquel Ayuntamiento se sustenta en los motivos que enunciamos antes, en los antecedentes de hecho de esta sentencia, y cuyos argumentos extractamos ahora:

En el primero se sostiene que la medida cautelar de suspensión ha de tener como única finalidad, según resulta del artículo 129.1 de la Ley 29/1998, la de asegurar la efectividad de la sentencia que finalmente se dicte, lo cual es ignorado en el auto recurrido, pues, si finalmente es anulada la licencia, será posible la demolición de lo construido. Siendo esa la finalidad única a la que el órgano jurisdiccional ha de atender al decidir sobre la adopción o denegación de medidas cautelares, es improcedente -se añaden- valorar hipotéticas causas de nulidad, como hizo la Sala de instancia; las cuales, además, no concurren, pues, en lo que hace a la primera de las apreciadas, los controles atribuidos por las normas que dicha Sala toma en cuenta vulneran la autonomía municipal reconocida y garantizada por la Constitución, y, en lo que hace a la segunda, no existe prueba que permita sostener que la licencia recurrida no respetara las nuevas determinaciones del planeamiento insular en revisión.

Y en el segundo, último de los que se formulan, se argumenta que sólo está permitido adoptar la medida cautelar si la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima, tal y como se expresa en el artículo 130.1 de la Ley 29/1998; lo cual es también ignorado por el auto recurrido, pues la ejecución de las obras no produce tal resultado. Además, conforme al número 2 de ese artículo, la medida cautelar no procede cuando de ella pudiera seguirse perturbación grave de los intereses de tercero, como sin duda sucede en el presente caso.

TERCERO.- Aquella alegación de vulneración del principio de la autonomía local abre, por sí sola, la

razonable posibilidad de que la sentencia que recaiga en los autos principales sea susceptible de ser recurrida en casación y cercena de raíz el argumento de inadmisibilidad del que ahora se analiza, opuesto en primer término por la representación procesal del **Cabildo Insular de Lanzarote**. Procede, pues, abordar el estudio de aquellos dos motivos de casación, para cuya desestimación bastan, en realidad, muy pocas consideraciones, ya que la conclusión de que la Sala de instancia no infringió los preceptos que la parte entiende vulnerados se alcanza con suma facilidad:

De un lado, la efectividad de la hipotética sentencia futura, que es, ciertamente, el norte que ha de guiar la adopción de medidas cautelares, se pone en riesgo no sólo cuando de la ejecución del acto impugnado haya de surgir una situación irreversible, sino también una situación de difícil reversibilidad, bien por la complejidad de la actuación dirigida a reponer las cosas a su estado anterior, bien por su coste, bien por los derechos e intereses de terceros surgidos durante la pendencia del proceso que pudieran ser menoscabados por aquélla. En este sentido, no es difícil comprender, pues la experiencia lo pone de relieve, que si la hipotética sentencia futura fuera estimatoria de la pretensión deducida por el Cabildo Insular, la actuación de demoler 157 apartamentos turísticos, posiblemente enajenados a terceras personas durante aquella pendencia, es siempre, en sí misma, muy costosa, compleja y enormemente perturbadora de los derechos e intereses de esos terceros.

De otro, la finalidad legítima del recurso, cuya protección constituye, ciertamente, el presupuesto para la adopción de medidas cautelares, no es sólo, en un caso como el de autos, que al final del proceso, incluida su fase de ejecución, se restablezca la legalidad urbanística, sino, más bien, que ésta no sea groseramente menoscabada durante la pendencia de aquél. En este sentido, no debe descartarse que la interpretación del concepto jurídico indeterminado "finalidad legítima del recurso" conduzca a incluir en él, no sólo la preservación del efecto útil de la sentencia futura, sino, también, la de evitar que quien aparentemente está revestido de toda razón tenga que esperar a la decisión final del proceso para "disfrutar" de la posición o situación jurídica que, con fuerte presunción, parece corresponderle. A favor de esta ampliación de aquel concepto juegan numerosas razones: desde la idea de que la institución cautelar opera en otras ramas de nuestro ordenamiento jurídico (así, por ejemplo, en sede del juicio ejecutivo) para tutelar provisionalmente situaciones dotadas de una fuerte presunción de certeza; hasta algunas decisiones de la jurisprudencia comunitaria en las que, en presencia de una "fuerte presunción" o "manifiesta fundamentación" de ilegalidad de la actividad frente a la que se solicita la medida cautelar, se concede ésta analizando sólo el aspecto del "fumus boni iuris", sin entrar en el examen de la existencia o no de un perjuicio grave e irreparable; pasando, en fin, por principios tales como el de la proscripción del abuso del derecho o el de que el tener que recurrir al proceso para obtener reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva parece demandar, también, que el "perjuicio" inherente al tiempo necesario para finalizar el proceso no recaiga en quien, con fuerte apariencia, tiene toda la razón.

Es por ello, en tercer término, que no cabe interpretar el nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares surgido en la Ley 29/1998 como de proscripción, radical, absoluta, del criterio de la apariencia de buen derecho. Este criterio del "fumus boni iuris", aun siendo enormemente controvertido, no parece que pueda ser totalmente desatendido al decidir sobre la adopción de medidas cautelares. Bien para evitar que a través de demandas de todo punto infundadas se perturbe el interés público o los derechos de terceros; bien, como hemos dicho antes, para evitar que la necesidad de acudir al proceso corra en perjuicio de quien aparentemente tiene toda la razón; bien, en fin, para decantarse por la decisión en los casos extremos en que tanto la no adopción como la adopción de la cautela pueda determinar una situación gravemente perjudicial o irreversible.

Finalmente, la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto parece abonar también el acierto de la decisión adoptada por la Sala de instancia, pues frente al interés público de la adecuada ordenación del sector turístico en aquella Isla, que cabe percibir sin dificultad dado el proceso de revisión, entonces en curso, del planeamiento, dirigido, según se lee en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas en que se publicó la aprobación inicial de la Revisión del Plan Insular de Ordenación Territorial de Lanzarote, a una nueva programación de plazas turísticas y residenciales en zonas turísticas, no se opone en el escrito de interposición de este recurso de casación más interés que el que se relata en su folio 11, ceñido al del titular de la licencia, al de la empresa ejecutora de las obras, al de sus obreros, al de los titulares de derechos reales sobre los terrenos afectados y al de las entidades bancarias que las hayan financiado; intereses, estos, dignos de protección, sin duda, pero que deben ceder ante un interés público como el antes identificado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, si bien, en uso de la facultad que

confiere el número 3 de ese mismo precepto y dado el contenido del escrito de oposición, el importe de los honorarios del defensor de la Administración recurrida no podrá exceder de 3.500 euros.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal del Ayuntamiento de Tegui se interpone contra el Auto que con fecha 28 de junio de 2001, luego confirmado en súplica por el de fecha 10 de octubre del mismo año, dictó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso- administrativo número 1695 de 2000. Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación, con el límite que para los honorarios del Letrado de la Administración recurrida se fija en el último de los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Mariano de Oro-Pulido López.- Ricardo Enríquez Sáncho.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Pérez Morate.- Segundo Menéndez Pérez.- Rafael Fernández Valverde. Firmado. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual yo, el Secretario, certifico.