



Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo
 Contencioso-Administrativo. Sección Segunda
 Plaza de San Agustín 6
 Las Palmas de Gran Canaria
 Teléfono: 928 32 50 09
 Fax.: 928 32 50 39

Procedimiento: Procedimiento ordinario
 Nº Procedimiento: 0000260/2010

NIG: 3500020320100000631
 Materia: Actividad administrativa. Medio
 ambiente
 Resolución: Sentencia 000075/2013

Intervención:
 Demandante

Interviniente:
 BEN MAGEC-ECOLOGISTAS
 EN ACCIÓN

Procurador:
 JOSE LORENZO HERNANDEZ
 PEÑATE

Demandado
 Codemandado

COMUNIDAD AUTONOMA
 CABILDO INSULAR DE
 FUERTEVENTURA

ANTONIO LORENZO VEGA
 GONZALEZ

PROCURADOR
 c. Alonso Quintero, 28
 Fax: 928 310 376 - 35001 - Las Palmas

SENTENCIA

Presidente
 D./D^a. CÉSAR JOSÉ GARCÍA OTERO

Magistrados

D./D^a. JAIME BORRÁS MOYA

D./D^a. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ-ACEDO (Ponente)



En Las Palmas de Gran Canaria, a 2 de Septiembre de 2013.

Visto por esta Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda con sede en Las Palmas, integrada por los Sres. Magistrados, anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo número 0000260/2010, interpuesto por D. /Dña. BEN MAGEC-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, representado el Procurador de los Tribunales D. /Dña. JOSE LORENZO HERNANDEZ PEÑATE y dirigido por la Abogado Carmelo Padrón Díaz contra COMUNIDAD AUTONOMA habiendo comparecido en su representación y defensa el Letrado de los Servicios Jurídicos y como codemandada CABILDO INSULAR DE FUERTEVENTURA, habiendo comparecido, en su representación D. ANTONIO LORENZO VEGA GONZALEZ y asistida por el Letrado de los Servicios Jurídicos versando sobre Actividad Administrativa. Medio Ambiente, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. /Dña. FRANCISCO JAVIER VARONA GÓMEZ-ACEDO, se ha dictado la presente sentencia con base en los siguientes



5940

Carmelo P.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Es objeto de recurso el acuerdo adoptado en sesión celebrada el 26.02.10 por la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, de aprobación definitiva de las Normas de Conservación del Monumento Natural de la Montaña de Tindaya (F-6), T.M. de La Oliva.

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

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda, oponiéndose a ella e interesando una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto. La Codemandada interesó la inadmisión o en su caso la desestimación del recurso.

CUARTO.- Se recibió el proceso a prueba, practicándose la admitida y formulando las partes conclusiones escritas, por lo que concluido el procedimiento, se señaló día para votación y fallo del presente recurso, pero la deliberación hubo de continuarse en fechas correspondientes a señalamientos posteriores debido a la acumulación de asuntos existentes en la Sección y a la complejidad de alguno de ellos.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO





PRIMERO.- La representación del Cabildo Insular de Fuerteventura pide la inadmisibilidad del recurso por aplicación del art. 69 b de la Ley jurisdiccional, por cuanto no se acompaña el acuerdo del órgano competente de la Asociación actora, acordando impugnar la resolución recurrida, entendiendo que tal órgano es su Asamblea federal.

Una precisión inicial. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 27.12.1956 que se refería sólo a las "Corporaciones o Instituciones" cuando imponía que al escrito de interposición del recurso contencioso- administrativo se acompañara "el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas"; hoy el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 13.07.1998 de modo más amplio, más extenso, se refiere a las "personas jurídicas ", sin añadir matiz o exclusión alguna, disponiendo literalmente que, a aquel escrito de interposición, se acompañará "el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado ".

Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

A partir de la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008, con las matizaciones posteriores, queda claro que la ausencia de tal requisito, es causa de inadmisión del recurso. No puede invocarse en consecuencia pronunciamientos de este u otro Tribunal, anterior a tal sentencia, aun cuando se trate del ejercicio de la acción popular, ni por ello pueda tildarse de "excesivo rigorismo".





La causa no puede prosperar por cuanto según los estatutos de la Federación "BEN MAGEC-Ecologistas en Acción", la Coordinadora Federal es el órgano competente para ejercitar acciones judiciales, de conformidad con el artículo 24 de sus estatutos, que junto con el acuerdo de tal órgano se acompañó al escrito de interposición del recurso.

SEGUNDO.- Sin una singularización precisa de la normativa aplicable, la impugnación objeto de este proceso, se sintetiza en la afirmación de que las Normas de conservación aprobadas, a) incumplen y son contrarias a los preceptos que regulan el Patrimonio histórico, -- citándose indistintamente la Ley estatal 16/1985 y la Ley canaria 4/1999 --, b) suponen una desafección del "Bien de interés cultural", en la parte que es invadida por el Proyecto monumental de la montaña de Tindaya , c) incumplen el artº 55.a del TR 1/2000 LOTENC en cuanto el suelo categorizado como SRPC4 se delimita exclusivamente para dar cobertura al Proyecto Monumental de Tindaya, y, en definitiva, d) en cuanto viabilizan la ejecución del Proyecto monumental de la montaña de Tindaya ideado por Chillida, son incompatibles con el régimen de protección del Monumento natural Montaña de Tindaya.

Los fundamentos aludidos son contradichos por las Administraciones codemandadas en esencia por cuanto, a) sendas sentencias de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, han resuelto la compatibilidad de la extracción minera de la montaña y la preservación de los valores medioambientales del Monumento natural, b) las Normas cuestionadas no vulneran lo dispuesto en la Ley 4/1999 puesto que, c) preservan suficientemente los valores protegidos del espacio natural , sin que d) constituyan una desafección del BIC dado que el expediente de delimitación iniciado en 1992 ha caducado y fue expresamente dejado sin efecto por otra resolución posterior finalmente e) la delimitación de las zonas categorizada como SRPC4, que posibilita la ejecución del proyecto Chillida no es incompatible con los valores del BIC de la zona arqueológica.





TERCERO.- Parece conveniente comenzar por establecer el régimen jurídico del espacio de la Montaña de Tindaya, objeto de las Normas de Conservación impugnadas, para lo cual recordamos sintéticamente los mas significativos hitos de su regulación histórica.

- Mediante Resolución, de 10 de mayo de 1983, de la Dirección General de Bellas Artes y Archivos, se acordó la incoación del expediente de declaración de monumento histórico-artístico, del yacimiento arqueológico de la montaña de Tindaya en La Oliva, isla de Fuerteventura (BOE núm. 148 de 22 de junio de 1983). El expediente iniciado nunca tuvo resolución.

- Con la entrada en vigor de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (BOE núm. 55 de 29 de junio de 1985), se establece en su artículo 40.2 que serán "declarados bienes de interés cultural por ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y los lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre". Es decir, "ex lege" se declara bien de interés cultural de estos bienes encontrados en la montaña de Tindaya.

- La Ley 12/1987, de 19 de junio, de declaración de espacios naturales de Canarias, declaró como paraje natural de interés nacional a la Montaña de Tindaya.

- Mediante Resolución de 22 de mayo de 1992, de la Dirección General de Patrimonio Histórico, se incoa expediente de delimitación de zona arqueológica, Bien de Interés Cultural, a favor de la Montaña de Tindaya (BOC núm. 90 de 3 de julio de 1992). Dicha Resolución fue revocada por otra de 14 de febrero de 1995 de la misma Dirección General por haber sido dictada por órgano incompetente, toda vez que "en ese momento era el Cabildo Insular de Fuerteventura el que ostentaba las competencias para su delimitación".

- La entrada en vigor de la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, reclasificó como Monumento Natural (F-6) el paraje natural de montaña de Tindaya, estableciendo la delimitación geográfica que ocupa una superficie de 186,7 hectáreas.

- El 24 de mayo de 1995, el Gobierno de Canarias declaró de interés general para Canarias, con especial relevancia para la isla de Fuerteventura, la elaboración del "Proyecto Monumental de Tindaya", ideado por el artista D. Eduardo Chillida.





- Entre los años 1993 y 1995 se tramitó el Plan Especial de Protección de la Zona Arqueológica de Montaña de Tindaya. El 10 de noviembre de 1993, la Dirección General de Patrimonio Histórico acordó la elaboración del Plan Especial por el Ayuntamiento de La Oliva. Finalmente, mediante acuerdo de 15 de febrero de 1996 del Pleno del Cabildo Insular de Fuerteventura, se devolvió el plan especial sin que nunca se haya concluido.

- Mediante Orden del Consejero de Política Territorial y Medioambiente de Canarias, de 11 de marzo de 1997, se aprobaron las Normas de Conservación del Monumento Natural de la Montaña de Tindaya.

- El Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, recoge en el Anexo de Reclasificación de los Espacios Naturales con la identificación F-6, el Monumento Natural de la Montaña de Tindaya.

De tal resumen histórico se constata sin dificultad que el referido espacio tiene una doble consideración. La primera, --que es pacífica entre las partes --, se refiere a su consideración como espacio natural protegido, declarada por las Leyes canarias 12/1987 y 12/1994 y recogido como tal por el texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias. (LOTENC), recogido en su anexo con la categoría de F6 Monumento Natural de la Montaña de Tindaya. De acuerdo con el sistema de fuentes de ordenación que el propio texto normativo recoge, las normas de conservación, son el último escalón jerárquico de esta categoría de espacio natural, y por tanto deberán ser conformes con las que sobre su ámbito territorial establezcan las Directrices de Ordenación y el respectivo Plan Insular de Ordenación . (Artº 23 del TR).

Respecto de la segunda, su consideración, -- o no--, como Bien de Interés cultural, (BIC), de acuerdo con la normativa reguladora del Patrimonio Histórico, se suscita la cuestión nuclear más determinante del proceso y que constituye, como luego veremos, la calve para su resolución.

En primer lugar, debemos afrontar cual es la normativa aplicable y vigente en el momento de aprobación de las Normas, que no puede ser otra que la Ley





canaria 4/1999, que desde su entrada en vigor desplazó a la anterior Ley estatal 16/1985.

Ciertamente, antes de la entrada en vigor de la Ley canaria, se produjeron actos de reconocimiento de la Montaña de Tindaya, como Bien de interés cultural, iniciándose sin concluirlo, su delimitación como zona arqueológica.

Tales reconocimientos se basaron en lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, a cuyo tenor "Quedan declarados Bienes de Interés Cultural por ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre".

Este precepto, guarda paralelismo evidente con el artículo 62.2 de la Ley canaria 4/99, que bajo el título "Bienes arqueológicos de interés cultural" impone que los yacimientos arqueológicos más importantes de Canarias se declaren bienes de interés cultural, para a continuación establecer que: "2. Quedan declarados bienes de interés cultural:

a) Con la categoría de Zona Arqueológica: Todos los sitios, lugares, cuevas, abrigos o soportes que contengan manifestaciones rupestres, los cuales deberán delimitarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 26 de esta Ley."

Admitido sin lugar a duda, que en la Montaña de Tindaya se encuentran manifestaciones rupestres, es concluyente que dicho espacio es un Bien de Interés cultural por imperativo legal, esto es, sin que precise de acto subsiguiente de declaración.

Existen en consecuencia, a los efectos que ahora interesa, dos categorías de BIC, como con mejor técnica recoge el artº 9 de la Ley estatal: "Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta ley o mediante Real Decreto de forma individualizada".

La inmediata consecuencia es que no pueden estimarse las alegaciones que ambas Administraciones codemandadas realizan a cerca de la vigencia de la declaración como BIC de la Montaña de Tindaya, aludiendo a la posible caducidad de los procedimientos. Ello, porque no debe confundirse entre los





procedimientos para la declaración de un BIC, -- que solo existen como tales para aquellos que no lo son ope legis --, y el procedimiento de delimitación del ámbito de protección del BIC, como zona arqueológica, que conlleva la obligación de la Administración competente, de proceder a delimitar su ámbito.

Por ello, tenía pleno sentido la resolución de 22 de mayo de 1992, de la Dirección General de Patrimonio Histórico, -- citada por la defensa de la Asociación demandante --, en la que partiendo de la aplicación del artículo 40.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, disponía "Tener por incoado expediente de delimitación de la zona arqueológica de la "Montaña de Tindaya ", en La Oliva (Fuerteventura) de acuerdo con la descripción que figura en el anexo,"

Por eso también, la Ley canaria distingue lo que es el procedimiento de declaración de un BIC, a los que dedica los artículos 17 a 29 y lo que es la delimitación y entorno de protección, regulado en su artº 26.

Declarada Tindaya BIC por ministerio de la Ley como zona arqueológica, el propio artº 62.2 ordena que se proceda a delimitar su entorno con arreglo a lo dispuesto en el art. 26 que establece: "Delimitación y entorno de protección

1. La delimitación de un bien inmueble de interés cultural y la de su entorno de protección, en su caso, se determinará con carácter provisional en el acto de su incoación, sin perjuicio de la delimitación definitiva que se incorpore a la declaración al término del expediente.

2. A los efectos de esta Ley, se entiende por entorno de protección la zona periférica, exterior y continua al inmueble cuya delimitación se realiza a fin de prevenir, evitar o reducir un impacto negativo de obras, actividades o usos que repercutan en el bien a proteger, en su contemplación, estudio o apreciación de los valores del mismo".

La aprobación de la delimitación por aplicación del artº 22 de la repetida norma se realizará mediante Decreto del Gobierno de Canarias, a propuesta de la Administración actuante y previo informe favorable del Consejo Canario del Patrimonio Histórico, sin que en este caso sea necesaria la instrucción previa por parte del Cabildo Insular afectado, que solo lo es para la declaración de los BIC.





Finalmente la Disposición Transitoria Novena dispone que “La delimitación de los bienes inmuebles de interés cultural y la de su entorno de protección reguladas en el art. 26, respecto a los ya declarados a la entrada en vigor de la presente Ley y los declarados por ministerio de la misma, se tramitarán con arreglo al mismo procedimiento”.

Como conclusión, la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias ha incumplido las obligaciones que le imponía la Ley de Patrimonio, al menos desde la entrada en vigor de la Ley 4/1999, con la consecuencia que pasamos a examinar.

CUARTO.- Como hemos expuesto en los anteriores fundamentos, la cuestión nuclear de la controversia, viene referida a si las Normas de conservación aprobadas, en la zonificación y regulación de usos y especialmente aquellos que se refieren a la eventual ejecución del Proyecto “ Eduardo Chillida – Montaña de Tindaya”, son o no compatibles con los valores objeto de protección del BIC esencialmente los grabados rupestres podomorfos existentes en la zona.

La Asociación demandante sostiene su divergencia con la categorización del suelo rústico de protección cultural especialmente el suelo categorizado como SRPC4 (situado por encima de la cota 300 metros) que se delimita para dar cobertura al Proyecto Monumental de Tindaya, de forma que, si esa intervención no hubiera estado prevista, el suelo sería SRPC2, que tendría la delimitación contenida en el plano de información 1.10 de recursos culturales de las NNCC, donde toda la cima de la montaña por encima de los 300 metros (incluido el suelo categorizado de SRPC4) se encuentra delimitado cartográficamente como área arqueológica.

Por el contrario las Administraciones codemandadas sostienen que la ejecución del proyecto no afecta a los yacimientos arqueológicos y que en particular la zona categorizada como SRPC4 prevista para para la ejecución de una de las “chimeneas” del proyecto, se ubica no en tales yacimientos, sino en su perímetro de protección señalado por las propias Normas de conservación. En cualquier





caso, sostienen que las Normas contienen suficientes prevenciones para evitar actuaciones descontroladas que afecten a los yacimientos.

La solución en Derecho requiere trasladar el interrogante a un estadio anterior, cual es si la delimitación del BIC y su entorno de protección que exige la normativa sobre patrimonio, puede ser sustituida o remplazada por las Normas de Conservación del espacio natural. La respuesta es claramente negativa, desde cualquier punto de vista que se examine.

Competencialmente ya hemos visto que la aprobación de la delimitación del BIC y su área de protección se realiza por Decreto del Gobierno de Canarias, previo informe favorable del Consejo Canario del Patrimonio Histórico. El procedimiento a seguir, es distinto en uno y otro caso. La finalidad perseguida por uno y otro instrumento es distinta y la referida a la delimitación del BIC, es mucho más específica y especializada que la ordenación territorial y, desde luego, los criterios de delimitación del BIC no son coincidentes con los del Espacio natural. Jurídicamente el régimen de protección e incluso de propiedad de los BIC arqueológicos, (artº 61 de la Ley 4/1999), vendrá determinado por la delimitación que se realice de acuerdo con la Ley y desde luego no tiene que ser idéntica a la zonificación que establezca el instrumento de protección del espacio natural.

Por ello, antes de la regulación contenida en las normas objeto de recurso, era y sigue siendo obligado, realizar la delimitación del BIC en la forma que exigen las normas que hemos citado. Su carácter es prioritario, no solo porque son presupuesto para enjuiciar la validez intrínseca de las normas, sino además por el alcance constitucional que la protección del patrimonio histórico conlleva, en tanto que a través de dicha protección y conservación se favorece el acceso a la cultura, como valor constitucional reconocido y protegido en el artº 44 de la CE y como instrumento adecuado para el desarrollo de la personalidad contenido en el art.º 10 de la CE., como reconoce y recoge la exposición de motivos de la Ley 4/1999 de patrimonio histórico de Canarias, que no solo legitiman sino obligan a los poderes públicos a la defensa del patrimonio histórico. La primera obligación que tanto la Ley estatal como la canaria, imponen a la Administración era delimitar y proteger la zona arqueológica tantas veces citada. Al no hacerlo así,





se han desperdiciado todos los recursos y esfuerzos volcados en aquella singular montaña, el espacio natural, la zona arqueológica y la posibilidad de protección y promoción debatidos.

En definitiva, las Normas de Conservación objeto de recurso, en cuanto prescinden y obvian la delimitación del BIC Montaña de Tindaya, incurren en causa de nulidad y por ello el recurso debe ser estimado.

Solo nos resta algunas precisiones ulteriores. La primera es que la nulidad que vamos a declarar de las normas de conservación objeto de recurso, debía alcanzar exclusivamente a lo que será la delimitación del BIC de continua referencia. Lo que sucede es que al no contar con tal delimitación en la forma que es legalmente exigible, no podemos precisar espacialmente el alcance de la nulidad declarada. Sin embargo, en virtud del principio de congruencia, (artº 33.1 LJCA) no podemos exceder del pronunciamiento solicitado en la demanda y por ello limitamos la declaración de nulidad a las determinaciones que se refieren a la categoría de suelo rustico de protección cultural 4 (SRPC4), sin que podamos acceder a la pretensión de plena jurisdicción consistente en definir que categorización debe otorgarse a tal área, en virtud de lo dispuesto en el artº 71.2 de la Ley jurisdiccional.

Este pronunciamiento no difiere de los anteriores que hemos referido de la Sala con sede en Santa Cruz de Tenerife ya que en ellas el Tribunal en lógica consecuencia con lo planteado, resolvía la compatibilidad de la extracción minera con el espacio natural y no en superficie y en relación con el BIC.

QUINTO.- No se aprecian motivos para hacer especial pronunciamiento sobre las costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

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





FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN "BEN MAGEC-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN", frente a la disposición antes identificada, que anulamos respecto de las determinaciones que se refieren a la categoría de suelo rustico de protección cultural 4 (SRPC4), sin imposición de costas.

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

Al notificarse a las partes se les indicará que esta sentencia es susceptible de recurso de casación --que deberá prepararse en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de la notificación-- ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, pero sólo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas en esta sentencia.

Llévese el original al libro de sentencias.

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

