

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Espacio radioeléctrico. Choque entre competencias estatales y potestades normativas municipales. Criterios.

Constituye el objeto del presente recurso la Ordenanza Municipal para la regulación de la ubicación, instalación y funcionamiento de Sistemas de Comunicación Radioeléctricas, aprobada por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Gelves de 15 de julio de 2013, y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 14 de agosto de 2013.

Se interesa en la demanda como pretensión principal por parte de Telefónica Móviles España, S.A.U. la declaración de nulidad de la totalidad de la Ordenanza sin otro motivo que el de tener el Estado competencia exclusiva sobre las telecomunicaciones.

Esta alegación no puede prosperar: A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 (Sección Cuarta, recurso 2300/2014) recuerda la jurisprudencia creada en recursos en los que se ha planteado, como aquí, que las ordenanzas municipales invadían competencias estatales, la cual puede resumirse en los siguientes puntos:

“1º) El Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen general de las Telecomunicaciones -artículo 149.1.21ª de la Constitución - lo que se circunscribe a los «aspectos propiamente técnicos». Se está así ante un título competencial sectorial.

2º) Este título ni excluye ni anula las competencias municipales para la gestión de sus respectivos intereses que son de configuración legal. Tales intereses se plasman en unos títulos competenciales transversales (la ordenación del territorio y urbanismo, protección del medio ambiente), cuyo ejercicio se concreta en las condiciones y exigencias que imponen para ubicar y establecer instalaciones e infraestructuras de telefonía móvil.

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

3º) Se está así ante títulos competenciales de distinta naturaleza, uno sectorial de titularidad estatal y otros transversales de titularidad municipal que concurren o convergen en el mismo ámbito físico entendido como territorio -suelo, subsuelo y vuelo-, con objetos distintos y hasta a veces con distintas intensidades.

4º) La Sala ha aplicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, referida a la concurrencia competencial de la normativa estatal y autonómica, pero ha entendido que su doctrina es extrapolable al ejercicio por los municipios de su potestad reglamentaria. De esta Sentencia cabe deducir que los títulos antes citados se limitan y contrapesan recíprocamente; no pueden vaciarse mutuamente de contenido y han de ejercerse con pleno respeto a las competencias sobre otras materias que pueden corresponder a otra instancia territorial.

5º) Como criterios de delimitación competencial el Tribunal Constitucional ha dicho, por ejemplo, que de entrecruzarse e incidir en el mismo espacio físico una competencia estatal sectorial con una competencia horizontal, ésta tiene por finalidad que su titular -en esa sentencia, las Comunidades Autónomas- formule una política global para su territorio, con lo que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones incluida la estatal.

6º) La competencia sectorial como la ahora contemplada condiciona el ejercicio por los municipios de sus competencias, lo que lleva a que se acuda a la coordinación, consulta, participación, o concertación como fórmulas de integración de estos ámbitos competenciales concurrentes. Aun así, si esas fórmulas resultan insuficientes, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente.

7º) De esta manera, como la Sala ha declarado que la competencia estatal en materia de telecomunicaciones no excluye las municipales, los Ayuntamientos en sus ordenanzas pueden establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias para sus instalaciones.

8º) Estas exigencias impuestas por los municipios en atención a los intereses cuya gestión les encomienda el ordenamiento, deben ser conformes a ese ordenamiento y no pueden suponer restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni pueden suponer limitaciones.

9º) Esto ha llevado a la Sala a fijar como doctrina que el enjuiciamiento de los preceptos impugnados en cada caso se haga desde principios como el de

proporcionalidad, lo que implica un juicio sobre la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la limitación que se haga al derecho al operador y el interés público que se intenta preservar”.

Esto dicho, esta misma Sala y Sección en su recurso núm. 483/2013, conociendo del que interpuso la entidad mercantil France Telecom España S.A. contra la misma Ordenanza Municipal de Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas en el municipio de Gelves, dictó sentencia el 18 de junio de 2014, que ha ganado firmeza, declarando la nulidad de los artículos 6.2; art. 10 excepto el apartado 8 del citado artículo; 12.2; 22.2.c); 22.3 y 25.

Examinaremos, pues, ahora los preceptos impugnados por la aquí recurrente, Telefónica Móviles España, S.A.U. Alega ésta, primeramente, la nulidad radical del inciso del art. 1 de la Ordenanza “con todas las garantías de seguridad y salubridad para los ciudadanos” por invadir las competencias del Estado sobre protección de la salud pública en relación con los límites de emisión radioeléctrica y distancias mínimas.

Dicho precepto enuncia cuál es el objeto de la Ordenanza: La regulación de “las condiciones urbanísticas y medioambientales a las que deben someterse la ubicación, instalación y funcionamiento de las infraestructuras radioeléctricas de telecomunicación en el término municipal de Gelves a fin de que su implantación se realice con todas las garantías de seguridad y salubridad para los ciudadanos”.

Así redactado el precepto, que no incide en aspectos técnicos, no entra en contradicción con la normativa estatal en la materia.

En segundo lugar se interesa la nulidad de la exigencia de un plan de implantación como condición para la autorización municipal del establecimiento de las instalaciones, por supeditarse a las necesidades del Ayuntamiento y no recabar de la Administración del Estado el preceptivo informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial al que se refieran.

Con la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2013 (recurso 3420/2010), debemos decir que “un plan de implantación del conjunto de la red dentro del término municipal, con el que se pretende la localización de las distintas instalaciones titularidad del operador, y así conjugar su impacto paisajístico y ambiental con la adecuada cobertura territorial, obedece a una medida relacionada con materias estrechamente vinculadas a la protección de intereses municipales, no resultando desproporcionada la exigencia de di-

cha planificación”. Por tanto, no procede la declaración de nulidad de los arts. 3 y 8 de la Ordenanza.

En cambio, el art. 10, como bien alega la recurrente, en sus n^o 1 a 4 establece una regulación de los límites de exposición, y en sus n^o 6 y 7 determina un establecimiento de áreas preferentes y de distancias a suelo urbano y centros sensibles, así como en el art. 25.1, a su vez, establece que la Comisión Local de Nuevas Tecnologías asume “las competencias de inspección de las antenas, con participación de la ciudadanía”.

Pues bien, la misma STS de 1 de octubre de 2013 se pronuncia al respecto así: “Tal como declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2012, de 18 de enero, el Estado, por medio del Real Decreto 1066/2001, «en el ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones está configurando un procedimiento para la determinación de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable, para su actualización conforme al progreso científico, así como para el control del cumplimiento por los operadores de estos niveles de emisión a través de un sistema de autorización, seguimiento, inspección y control en el que se entrelazan aspectos sanitarios y aspectos de telecomunicaciones». «En efecto, la regulación de los niveles de emisión persigue una uniformidad que responde a un claro interés general no solo porque los niveles tolerables para la salud han de serlo para todos los ciudadanos por igual, sino también porque los mismos operan como presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones y, concretamente, del ejercicio de las facultades de autorización, seguimiento e inspección de las instalaciones radioeléctricas. Es más, correlativamente, esos niveles de emisión fijados por el estado funcionan, también, como un elemento determinante del régimen jurídico de los operadores de instalaciones de radiocomunicación, así como de la funcionalidad del mercado de las telecomunicaciones, asegurando su unidad. En definitiva, a través del Real Decreto 1066/2001, el Estado ha establecido una regulación que ofrece, para todo el ámbito nacional, una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones».

El Pleno de esta Sala del Tribunal Supremo, en la sentencia de 11 de febrero de 2013 (recurso de casación 4490/2007) ha venido a depurar determinados desajustes apreciados en los criterios mantenidos por las Secciones Cuarta y Quinta de la propia Sala al respecto de las regulaciones contenidas en ordenanzas o planes urbanísticos que incidían en las instalaciones e infraestructuras de las telecomunicaciones. Será obligado, pues, referirnos ahora a ese

pronunciamiento por contener, en definitiva, la doctrina aplicable, con la que se da respuesta al primer motivo de casación.

Al igual que sucedía en el caso examinado en la sentencia del Pleno de 11 de febrero de 2013, para establecer las limitaciones impuestas el Ayuntamiento carece de título habilitante, porque el Estado ya ha intervenido aplicando el principio de precaución con una reglamentación que, atendido el estado de la ciencia, tiene una pretensión de exclusividad, por lo que representa un ámbito en el que las Corporaciones Locales tienen impedida cualquier posibilidad de regulación.

Decíamos entonces y repetimos ahora que «el ejercicio por el Estado de sus competencias en relación con la adopción de las pertinentes medidas sanitarias frente a los riesgos derivados de la exposición de la población a emisiones radioeléctricas representa para los Ayuntamientos un límite al ejercicio de las que a ellos, en este campo, podrían corresponder en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.2 h y 28 LRBRL». A ello añadíamos que «Ni el principio de autonomía municipal que garantiza el artículo 140 de la Constitución ni el principio de subsidiariedad de la acción de los entes locales que reconoce el artículo 28 LRBRL entre otros campos en el de la sanidad, puede invocarse cuando el Estado en el ejercicio de sus competencias y velando por los intereses generales que a él le corresponden, ha establecido una regulación sobre la misma materia a la que sin duda alguna puede atribuirse una vocación de exclusividad, como sucede con el R.D. 1066/2001, de 28 de septiembre, en el que no solo se establecen más límites de exposición al público en general a los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radiolétricas sino que se contienen específicas previsiones sobre la afectación de la población en esos espacios calificados como “sensibles”, que agotan las medidas que en este campo puedan adoptarse basadas en el principio de precaución e impiden cualquier actuación municipal adoptada con base en el mismo título habilitante».

Con este criterio queda claro que las Corporaciones Locales no pueden regular y exigir, en este caso mediante un Plan Especial, normas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica -Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre-, en relación con las prohibiciones de ubicación, distancias a los espacios sensibles, y emplazamiento de las instalaciones. En el caso examinado, aunque las normas del Plan no contienen límites de emisiones radioeléctricas distintos de los contenidos en el Reglamento, las medidas impugnadas contenidas en los preceptos que ahora examinamos obedecen a razones de salud, con lo que se

produce una invasión por extralimitación de la competencia exclusiva estatal ex artículo 149.1.16- de la Constitución por más que se considere que las previsiones son totalmente compatibles con las del Real Decreto 1066/2001. A decir verdad, en algunos extremos la compatibilidad sería más que dudosa, como es el caso de la prohibición de instalación de elementos en el interior de parcelas que alberguen equipamientos considerados sensibles contenida en el Plan, cuando el Real Decreto lo que establece es una directriz de minimizar en los espacios sensibles los niveles de exposición del público a las emisiones radioeléctricas, sin olvidar que el artículo tercero de la Orden CTE /23/2002 obliga a presentar un Estudio de niveles de exposición con las solicitudes de autorización de estaciones radioeléctricas cuando en un entorno de 100 metros existan espacios considerados sensibles.

Tampoco es atendible que algún precepto (como ocurriría con el artículo 4.1.1) se haya limitado a clarificar y a traducir a lenguaje jurídico-urbanístico la relación de “espacios sensibles” que establece el artículo 8-7 d) del Real Decreto 1066/2001 , pues el Ayuntamiento no puede arrogarse competencias de desarrollo o clarificación en una materia que compete en exclusiva al Estado.

En definitiva, el Estado ha ejercitado sus competencias exclusivas en esta materia y el Ayuntamiento no puede adicionar condiciones o restricciones añadidas a las ya establecidas”.

Se interesa la nulidad del art. 5.2.d) de la Ordenanza en cuanto exige informar al Ayuntamiento de las características técnicas de la estación, zona estimada de cobertura, características del sistema radiante y cálculo de exposición, y además, previamente a la instalación, por entender la recurrente que es una información de aspectos de carácter técnico ajeno al estrictamente urbanístico, que es el que debe guiar la planificación exigida.

Sin embargo, la petición de información concerniente a tales características no constituye ninguna invasión de las competencias exclusivas que el Estado tiene en la materia, por lo que esta alegación no se puede estimar (véase en igual sentido el fundamento jurídico décimo quinto de la STS del 24 de febrero de 2015, rec. 2273/2013).

En cuanto a la impugnación del art. 6.1.b), referido a los criterios para la instalación de los equipos, establece dicho precepto que “en el caso de infraestructuras radioeléctricas sobre cubierta de edificios, sus titulares procurarán instalar el sistema emisor de manera que el haz principal no incida sobre el propio edificio, terraza o ático”. También se impugnan los tres últimos párrafos del art. 7 de la Ordenanza, relativos a la actualización y modificación del

plan de implantación, en cuanto al deber de los operadores de “comprobar que la suma de niveles de energía radiada es inferior al mínimo establecido” y la de “justificar adecuadamente (necesidad de cobertura, calidad de servicio, etc.) la necesidad de nuevas Estaciones de base o reubicación de las existentes para poder obtener la autorización por parte del Ayuntamiento”. En realidad, estos aspectos técnicos constituyen materia de la exclusiva competencia del Estado, aun cuando no vulnerasen lo dispuesto en el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, pues, como ya se dijo, el Ayuntamiento no puede atribuirse competencias de desarrollo o de clarificación en una materia que compete en exclusiva al Estado, por lo que procede estimar esta pretensión actora.

También se impugna el art. 6.2 de la Ordenanza, según el cual “en las instalaciones se deberá utilizar la solución constructiva técnica y económicamente viable que mejor contribuya a la minimización del impacto visual y medioambiental”. De igual modo está redactado el art. 22.2.c) de la Ordenanza.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2016 (recurso 2300/2014) estima el recurso contra la sentencia que entendía que “las características de las instalaciones no son extrañas a la competencia municipal sobre seguridad y ornato de edificaciones, protección del paisaje o entorno, luego tal exigencia es proporcional para la protección de los intereses públicos cuya tutela corresponda al Ayuntamiento en el ejercicio de sus competencias en esas materias; tampoco invade las competencias estatales del artículo 149.1.21- de la Constitución”. El motivo aducido por la recurrente era en ese caso que “la obligación de justificar que el operador va a emplear la tecnología más avanzada para minimizar el impacto visual debe exigirse bajo el cumplimiento del principio de neutralidad tecnológica, por el cual se deja a las operadoras la libertad de elegir las soluciones tecnológicas que más les convengan. Los preceptos impugnados se extralimitan en sus competencias al adentrarse de lleno en el ámbito de las telecomunicaciones y cita así las sentencias de esta sección de 24 de abril de 2012, de 31 de mayo, 7 y 12 de junio de 2013 (recursos de casación 1598/2007, 4398/2011 y 4689/2010 respectivamente) en relación con el artículo 149.1.21ª de la Constitución, porque la Sentencia impugnada no menciona expresamente el respeto a los parámetros técnicos fijados por el Estado”. El Alto Tribunal “estima este motivo pues aunque no se hace una crítica al razonamiento de la sentencia, sin embargo las sentencias de esta Sala y Sección antes citadas sustentan la anulación de la exigencia de la justi-

ficación de la mejor tecnología cuando la Ordenanza en cuestión no salva los criterios fijados por el Estado respecto del nivel tecnológico, que es a quien compete establecer un régimen uniforme en esta materia; esa falta de precisión genera incertidumbre, cosa que no ocurriría si la Ordenanza impugnada se fundase claramente en la normativa estatal, lo que no es el caso, razón por la que se estima en este punto el recurso de casación”.

Se impugna el art. 10.7.c) -por error se invoca el apartado e)- en cuanto a la exigencia de aportar autorización de la comunidad propietaria del emplazamiento, así como el art. 9.4 en cuanto impone la “obligación de los vecinos arrendadores de solicitar al Ayuntamiento informe favorable sobre los usos relativos a la instalación de antenas”.

Esta pretensión se ha de acoger. La STS de 5 de junio de 2013 (recurso 6562/2008), invocada por la recurrente, ya recuerda cómo el Alto Tribunal se ha “pronunciado sobre esta cuestión en nuestra STS de 23 de noviembre de 2010, rec. 4780/2006 , en la que se citan otras anteriores de 6 y 27 de abril de 2010 (rec. 4450/2007, rec. 4801/2006, respectivamente), donde nos planteábamos la conformidad a derecho de disposiciones que entre la documentación a presentar por el operador para la obtención de la licencia de instalación era la que acreditara la conformidad del titular del terreno o finca sobre la que se habría de ubicar la instalación. Esta exigencia se consideró nula por cuanto limita el derecho de los operadores a la ocupación de la propiedad privada, tal y como aparece recogida en la legislación estatal de telecomunicaciones -artículo 28LGTel-.

En todo caso, la disponibilidad por los operadores de los terrenos sobre los que pretenden asentar sus redes, bien se obtengan dichos terrenos de forma forzosa o voluntaria, es una situación ajena al limitado ámbito de control que pueden ejercer los Ayuntamientos”.

En igual sentido se pronuncia la STS de 17 de marzo de 2016 (recurso 1876/2014).

Se impugna el último párrafo del art. 22.5 de la Ordenanza, que establece textualmente respecto del deber de conservación: “En los supuestos de cese definitivo de la actividad o existencia de elementos de la instalación en desuso, el titular de la licencia o, en su caso, el propietario de las instalaciones deberá realizar las actuaciones necesarias para dismantelar y retirar los equipos de radiocomunicación o sus elementos, restaurando el estado anterior del terreno, la construcción o edificio que sirva de soporte a dicha instalación, en un plazo máximo de tres meses”. El último párrafo añade: “Serán responsables subsidiarios de esta obligación, a excepción del deber de revisión, el promotor

de la obra o de la actividad, el que hubiere realizado la instalación y el propietario o comunidad de propietarios del inmueble donde se ubican. Por lo que hace a la responsabilidad subsidiaria, ha de recordarse que el artículo 130.3 de la Ley 30/1992 establece: “Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”.

Atendiendo a lo establecido en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, ha de concluirse que el último párrafo del art. 22.5 de la Ordenanza, en la determinación de los responsables subsidiarios, excede de lo que contemplan estas Leyes citadas, pues no hacen una determinación de responsables subsidiarios de la comisión de las infracciones. Este párrafo, por lo tanto, ha de ser anulado, sin perjuicio de la posibilidad de exigir la responsabilidad por la comisión de infracciones a los sujetos que puedan resultar responsables con arreglo a lo previsto en dichas leyes.

A igual conclusión llega la sentencia de la Sala de Granada de este T.S.J. de Andalucía de 9 de julio de 2007 (recurso 1578/2002).

Se impugna también el art. 10.7.d) de la Ordenanza que exige para la autorización de antenas suscribir una póliza de responsabilidad civil que cubra los daños a personas y cosas.

Esta alegación hay que estimarla. La cuestión no es tanto la exigibilidad sino quién puede exigir dicha obligación, siendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo clara en este punto (cf. sentencias de 8 de marzo y 17 de mayo de 2013, recursos de casación 5778/2005 y 3177/2006, respectivamente) señalando la segunda de las citadas que no existe normativa sectorial específica que exija a los operadores la constitución de seguro de responsabilidad civil por los daños que pueda producir la actividad, máxime si el estado actual de conocimientos y la autorización y control del Estado y a su vez de organismos internacionales no determinan que deba existir una garantía especial para afrontar posibles perjuicios.

Se impugna la imposición de la obligación de “compartición” de infraestructuras establecida en el art. 10.8 y en el art. 15 de la Ordenanza.

Al respecto ya nos pronunciamos en nuestra sentencia de 18 de junio de 2014 (recurso 483/2013) en los siguientes términos: “En la también reciente sentencia de 14 de febrero de 2012 -recurso núm. 3830-2010 obtenemos el criterio jurisprudencial

aplicable al uso compartido de instalaciones que deriva del apartado 8 del artículo 10 y del 15 de la Ordenanza, expresándose en los siguientes términos:

“El Tribunal Supremo en sentencia de 27 diciembre 2007, señala que en “el momento en que se está imponiendo un uso compartido para instalaciones a una determinada distancia se está contraviniendo lo dispuesto en la normativa estatal, que no establece esas prohibiciones ni limitaciones al número de infraestructuras, menos aún con carácter general para todos los supuestos sin tener en cuenta las peculiaridades de cada situación concreta, y se está cercenando la competencia que esa legislación atribuye a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones para adoptar la resolución final con base en la viabilidad económica de la explotación, las obras adicionales que hayan de realizarse. Ni razones urbanísticas ni medio ambientales permiten una limitación tan general” En el mismo sentido la sentencia de 13 noviembre 2007, “Es clara y tajante la normativa estatal vigente respecto al “fomento” que no “imposición” de la compartición”.

En el caso que nos ocupa, tanto el apartado 8 del artículo 10 como el artículo 15 no infringen la LGT. El artículo 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre dispone que “al regular la ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada, dispone, en primer término, que las Administraciones públicas fomentarán la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada; después, que cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario; y a continuación, que el uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendado.

En el caso que nos ocupa, los preceptos de la Ordenanza que se refieren a la compartición de infraestructuras no infringen la Ley, pues los criterios que establecen no son imperativos: en el art. 10.8 se emplea la expresión “siempre que sea posible”, y en el art. 15 “se promoverá siempre y cuando sea viable” con lo que parece favorecer los acuerdos entre las operadoras para compartir ubicaciones que establece el art. 30 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Se impugnan los arts. 11, 12 y 13 de la Ordenanza en cuanto imponen determinadas condiciones que inciden sobre los elementos técnicos de las instalaciones.

Esta alegación se ha de estimar porque el art. 11.1 se refiere a las condiciones aplicables a las edificaciones normalizadas (casetas u otros contenedores), el art. 12.2 a las condiciones aplicables a los sistemas radiantes (antenas) y el art. 13.3 a las condiciones de aplicación a los mástiles y torres, apreciándose una extralimitación de la competencia del Ayuntamiento al introducir exigencias técnicas en edificaciones, antenas y mástiles.

Se impugna el art. 23 de la Ordenanza según el cual “estarán sujetas a los mismos requisitos establecidos en la presente ordenanza para la primera instalación la renovación o sustitución completa o parcial de una instalación y la reforma de las características de la misma que hayan sido determinantes para su autorización (sistemas radiantes, estructuras portantes, balizamientos, potencia de emisión, caseta, aires acondicionados, equipos de suministro eléctrico, trazado de cableado exterior, etc.), así como la sustitución de cualquiera de sus elementos por otro de características diferentes a las autorizadas. La razón de la impugnación es que se pretende fiscalizar y controlar la renovación o sustitución de elementos técnicos de las instalaciones.

Sin embargo, que la renovación o sustitución completa o parcial de una instalación esté sujeta a los mismos requisitos válidos que se exigen en la primera instalación no supone una indebida invasión de competencia estatal por parte del Ayuntamiento.

Sí se ha de anular el párrafo primero del art. 14 de la Ordenanza, también impugnado, que establece que “las infraestructuras radioeléctricas deberán señalizarse y, en su caso, vallarse, de acuerdo con lo establecido en el art. 8.2 del R.D. 1066/2001”, pues el Estado en el ejercicio de sus competencias regula la sobre esta materia, como ya se dijo, con vocación de exclusividad.

Se interesa la nulidad de los arts. 9.3 y arts. 16 a 21, sobre exigencia de sometimiento a información pública y licencias de apertura, de actividad y de funcionamiento, por contradecir la regulación estatal introducida en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

Por lo que respecta al art. 9.3 de la Ordenanza se establece en él la “intervención activa de los ciudadanos en la Comisión de Telecomunicaciones que ha de controlar la puesta en funcionamiento y realizar el seguimiento y control pertinentes, de cada antena, previo los informes técnicos correspondientes en cada caso”.

Como expresa la sentencia del T.S.J. de Murcia de 17 de mayo de 2013 (recurso 423/2008), el motivo debe ser desestimado “pues el derecho que la Ordenanza concede a los ciudadanos de acceder a la información de los Planes, y el sometimiento a información pública de los Planes de Despliegue de antenas para alegar sobre ubicación y características, no supone ninguna intromisión de competencias ejercidas por el Estado (a través del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) en el procedimiento de control e inspección de las instalaciones de telecomunicaciones. A través de este derecho el Ayuntamiento no ejercita una competencia que no le corresponda, ni se produce vulneración del RD 1066/2001, tal y como se denuncia. Ni ello supone una intromisión en la relación contractual entre operadoras y particulares. En realidad, permitir a los ciudadanos formular alegaciones sobre estas materias, no implica alterar ninguna de las competencias en la materia, ni el hecho de que el conocimiento de las mismas precise conocimientos técnicos impide el uso de tal derecho”.

Por su parte, en lo que respecta al “régimen jurídico de las licencias” contenido en los arts. 16 a 21 de la Ordenanza, la disposición adicional tercera de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, establece que “las disposiciones contenidas en el Título I de esta Ley se aplicarán a las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, a excepción de aquéllas en las que concurran las circunstancias referidas en el artículo 2.2 de esta Ley -las actividades desarrolladas en establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público-, ocupen una superficie superior a 300 metros cuadrados, computándose a tal efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de la estación o instalación o, tratándose de instalaciones de nueva construcción, tengan impacto en espacios naturales protegidos. La presente disposición se entiende sin perjuicio de la aplicación a dichas instalaciones de lo establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”.

Pues bien, los preceptos contenidos en el Título I de la Ley 12/2012 recogen la inexigibilidad de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, así como de otras similares o análogas, que serán sustituidas por declaraciones responsables, o bien por comunicaciones previas.

Por tanto, se ha de estimar esta alegación de la recurrente y declarar nulos los arts. 16 a 21 de la Ordenanza, que han de entenderse además derogados

por el artº 34.6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones .

Se impugnan también los arts. 22.3 y 25 de la Ordenanza. Ya nos pronunciamos en nuestra sentencia de 18 de junio de 2014 (recurso 483/2013) del siguiente modo: *Asimismo se solicita la anulación del artículo 22.3 de la Ordenanza, el cual establece que “tras la concesión de licencia de funcionamiento del equipo de telecomunicación se deberán presentar ante el Delegado de Economía y Hacienda y Relaciones Institucionales, con periodicidad semestral, certificado expedido por entidad colaboradora independiente oficialmente autorizada acerca de que la instalación sigue cumpliendo los niveles máximos de exposición a campos electromagnéticos que le fueron autorizados”. El motivo debe prosperar pues las cuestiones sobre inspección y certificación de las instalaciones radioeléctricas competen en exclusiva al Estado conforme a la ya reiterada STS de 24/04/2012, y ello debe determinar la nulidad del artículo 25 de la Ordenanza “Inspección y Disciplina” por las mismas razones.*

Incluido, por supuesto el apartado 8 de este art. 25, que dispone que “el Ayuntamiento de Gelves, por razones de interés público, podrá exigir en cualquier momento la modificación de la ubicación de las instalaciones o de cualquiera de sus elementos, siendo esta modificación obligatoria para la empresa autorizada”. Como bien dice la recurrente, esas razones de interés público quedan en un grado de indefinición e incertidumbre tales, que el precepto pugna con el principio constitucionalmente consagrado de seguridad jurídica que ha de presidir las relaciones de la Administración con los operadores económicos.

Se alega también la nulidad del régimen sancionador contenido en el art. 27 de la Ordenanza.

En principio cabe recordar con la STS de 12 de junio de 2013 (recurso 4689/2010), “que las entidades locales pueden establecer un régimen de infracciones y sanciones en las Ordenanzas -potestad sancionadora, artículo 4.1. f) LBRL-, puesto que así se vino a regular en los artículos 139 y ss LBRL a partir de la reforma operada por la Ley 57/2003 de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del gobierno local, que entre otros aspectos, introduce un nuevo título a la Ley de Bases de Régimen Local, el XI, referente a la “Tipificación de las infracciones y sanciones por las Entidades Locales en determinadas materias”, pero con los condicionantes recogidos en ese articulado”. Por eso añade dicha STS, invocada por la recurrente, que se ha de proceder a un examen más pormenorizado del precepto impugnado, en este caso el aludido art. 27 de la Ordenanza, para comprobar si tipifica conductas u omisiones que responden al legítimo ejercicio de las competencias urbanísticas y de ordenación del territorio que le corresponden, o no, en el caso

que invadan o desconozcan la competencia del Estado sobre la inspección, control y subsiguiente sanción del funcionamiento de la actividad fuera de las previsiones del RD 1066/2001, de 28 septiembre, porque si el Ayuntamiento no puede regular ni exigir límites adicionales de protección, tampoco puede reaccionar y restablecer el orden jurídico vulnerado mediante un régimen sancionador, por cuanto carece de competencia para ello; los artículos 50.7 y 58 LGTel 32/2003 atribuyen esta potestad al Estado.

El artículo 27.1.1.A) de la Ordenanza recoge entre las infracciones muy graves: “La instalación sin las correspondientes licencias de las infraestructuras radioeléctricas”.

El artículo 27.1.2 de la Ordenanza tipifica como infracciones graves:

“A) El funcionamiento de la actividad con sus equipos de telecomunicaciones sin respetar las condiciones que figuren incorporadas a la licencia concedida.

B) El incumplimiento de los deberes de conservación, revisión y retirada de las instalaciones radioeléctricas.

C) El incumplimiento de los plazos de adecuación de las instalaciones existentes establecidos en la presente Ordenanza”.

Estos preceptos deben ser anulados porque, de un lado, carece el Ayuntamiento de competencia para imponer condiciones al funcionamiento de la actividad en la licencia, como se alega por la recurrente; y de otro, porque no responden al ejercicio de competencias urbanísticas sino se basan en una pretendida competencia para proteger la salud pública que ya hemos dicho que no ostenta.

Por último, el artículo 27.1.3 de la Ordenanza dispone que son infracciones leves: “Aquellas otras acciones y omisiones, de escasa entidad y perjuicio a los intereses generales, no contempladas en los apartados anteriores, que vulnere lo dispuesto en lo referente a las instalaciones radioeléctricas”.

Este precepto infringe el principio de tipicidad al no establecer ni describir de manera concreta qué acciones son merecedoras de una sanción. La sentencia de del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 se pronuncia así:“(…/…) la falta que nos ocupa tipifica como infracción leve aquellos actos no contemplados como infracción grave o muy grave que “vulneren lo dispuesto en lo referente a las instalaciones radioeléctricas”, sin acotar de ninguna manera aquello que consista en “lo referente a las instalaciones”, de manera que haga discernible la conducta objeto de reproche. Es igualmente doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo la que indica que ha

de flexibilizarse la exigencia de ley para la regulación de las infracciones y sanciones en cuanto se refiere a las Ordenanzas municipales, siempre que se apruebe por el Pleno del ayuntamiento (en este caso la aprobación inicial por la comisión de urbanismo del Ayuntamiento devino definitiva por falta de reclamación), “aunque esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley” (así la Sentencia del Tribunal Constitucional 161 y 193/2003). Dicho todo esto, el recurso cuestiona la anulación del artículo 20.1.3 de la Ordenanza por cuanto dice que por tratarse la que nos ocupa de una relación de sujeción especial, ha de considerarse que el titular de una instalación radioeléctrica tiene suficiente conocimiento de las concretas obligaciones que tiene en tal cualidad, como de la calificación de sus incumplimientos, de lo que desprende que se respeta el principio de seguridad jurídica. En dichos términos, se ha entendido la modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativa, en tanto en cuanto que la naturaleza o contenida de esta categoría administrativa permita una más fácil predicción de aquellas conductas y sanciones, así en relación con un preso (Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1987), un Policía Nacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1989) o un Arquitecto colegiado (Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989), si bien, en palabras de las Sentencia del Tribunal Constitucional 69 y 219/1989, “incluso en el ámbito de una “relación de sujeción especial” una sanción carente de toda base normativa legal resultaría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución “. Asimismo, en Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2001 , reiterada en Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2003 y 232/2006, en orden la sanción establecida en una Ordenanza municipal respecto una relación de sujeción especial, como fue en la ocasión la prestación de servicios de transporte en autotaxi, declaró que “en el caso que nos ocupa ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es. Tampoco ninguna ley vigente al tiempo de la infracción sancionada modulaba el disfrute de los derechos fundamentales de quien hoy pide nuestro amparo, portante, y con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de autotaxi con su Ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 de la Constitución . El artículo 25.1 de la Constitución obliga al legislador (Sentencia del Tribunal Constitucional 305/93 , 6/94) a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le sean de aplicación, sin que sea posible que a partir de la Constitución se puedan tipificar nuevas infrac-

ciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley”. En lo que nos ocupa, el recurso a pesar de afirmar que la relación de la operadora con el municipio supone una situación de sujeción especial, es lo cierto que no identifica qué fundamento constitucional o legal habilita al ayuntamiento la modulación del principio de legalidad en materia sancionadora al destinatario potencial del régimen sancionador previsto en la Ordenanza, fuera del que resulta del ejercicio de la actividad de telecomunicaciones que compete al Estado; siendo así, es la consecuencia de la relajación de la tipificación que se permite el artículo 20.1.3 que impide a sus destinatarios la predecibilidad de lo que en el ámbito que compete al municipio constituya la conducta infractora, conforme expresa la sentencia impugnada, que lo es para la desestimación del motivo del recurso”.

En cuanto a las sanciones, la Ordenanza establece en el mismo art. 27.2 que “la determinación de las sanciones que corresponde imponer por la comisión de las infracciones tipificadas en esta ordenanza se realizará en la forma siguiente:

2.1. La comisión de las infracciones leves a que se refiere esta ordenanza se sancionarán con multa de 1% al 5% del valor de la instalación.

2.2. La comisión de las infracciones calificadas como graves en la presente ordenanza serán sancionadas con multa del 15 al 30% del valor de la instalación.

2.3. La comisión de las infracciones muy graves se sancionará con multa del 30 al 50% del valor de la instalación.

La recurrente alega que carece este precepto de toda cobertura legal, lo que ni siquiera se discute de adverso. La alegación de la demandante, pues, también se ha de acoger.

Se impugnan las disposiciones transitorias de la Ordenanza. Sobre este particular ya nos pronunciamos en nuestra sentencia de 18 de junio de 2014 (recurso 483/2013) en los siguientes términos:

“Disposición 1-: Instalaciones existentes.

1.1. *Las instalaciones existentes en el momento de entrada en vigor de esta Ordenanza que dispongan de las licencias exigibles de acuerdo con el planeamiento u Ordenanzas vigentes en aquella fecha, deberán adecuarse a esta Ordenanza en el plazo de 1 año.*

1.2. *Las instalaciones existentes en el momento de entrada en vigor de esta Ordenanza que*

no dispongan de las licencias que fueran preceptivas antes de dicha entrada en vigor, deberán cumplir con las obligaciones determinadas en esta ordenanza en los plazos que fije la normativa urbanística, ambiental o sectorial de telecomunicaciones de la Comunidad Autónoma o en su caso, en el plazo máximo de 1 año desde la entrada en vigor de la presente Ordenanza.

2. *Si las instalaciones no cumplieran con lo establecido en el apartado 1, el Ayuntamiento podrá suspender cautelarmente la actividad de las citadas instalaciones hasta que se proceda a la referida adecuación, y podrá ordenar su clausura si transcurrido un mes desde la suspensión, no se hubiera presentado la solicitud de las licencias que correspondan y el Plan de Implantación de las Instalaciones.*

3. *Los plazos establecidos en apartado 1 no impedirán el ejercicio de la potestad inspectora y sancionadora por parte del Ayuntamiento, en los términos establecidos en el artículo 30 de esta Ordenanza.*

Disposición 2-: Solicitudes en trámite.

Las solicitudes de licencia, presentadas antes de la entrada en vigor de esta Ordenanza de acuerdo con el planeamiento u Ordenanzas vigentes en aquella fecha, deberán adecuarse a esta Ordenanza, para lo cual los solicitantes dispondrán de un plazo de 6 meses quedando suspendida la tramitación del expediente hasta la presentación de la nueva documentación.

Sobre este particular, compartimos el criterio de la STSJ de Murcia de 17 de mayo de 2013 que expresó ante disposiciones transitorias del mismo tenor:

“Como ha señalado la Sala en otras ocasiones (Sentencia 54/2013), tal motivo de impugnación no puede prosperar, pues estas disposiciones no tienen una eficacia retroactiva incompatible con la prohibición establecida en el art. 9.3 de la Constitución. No se trata de una disposición sancionadora o restrictiva de derechos en el sentido estricto en que acoge este concepto la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino que más bien persigue la adecuación de las antenas a la nueva regulación que por su carácter uniforme requiere el establecimiento de un régimen general. Téngase en cuenta que nos encontramos ante actividades amparadas por una autorización por funcionamiento que han de adecuarse a las circunstancias de cada momento, más aún en un campo en que nos movemos en un ámbito de incertidumbre científica en el que se aplica el principio de precaución, y resulta exigible una adaptación permanente a las últimas innovaciones científicas, para la consecución de los fines cuya garantía sí incumbe al Ayuntamiento. Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y 21 de noviembre de 2006 al confirmar el criterio mantenido por esta misma Sala respecto de Disposiciones Transitorias cuya redacción es semejante a la que nos ocupa, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que arranca de la sentencia 6/1983, y se recoge en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo “cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no”, una retroactividad de

grado medio “cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados”, y una retroactividad de grado mínimo “cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior”.

Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas).

El examen de las disposiciones transitorias de la Ordenanza cuestionada proyecta su eficacia al futuro, tratando de que las antenas instaladas cumplan las exigencias por ella establecidas para el otorgamiento de las correspondientes licencias, concediendo un plazo para la obtención de aquéllas y para la modificación de las condiciones de las ya instaladas con sujeción a los nuevos requisitos. Esto supone, a lo sumo, una retroactividad de grado mínimo (aplicación de la nueva norma a efectos derivados de una situación anterior pero surgidos con posterioridad a su entrada en vigor)”.

Por último, se impugna la disposición final tercera de la Ordenanza, según la cual: “Si pasados seis meses no se ha presentado el programa de desarrollo por parte de la operadora de telefonía, se procederá a la retirada inmediata de la instalación de radiocomunicación de telefonía móvil, mediante procedimiento de ejecución subsidiaria”.

El fundamento de la impugnación es que dicha disposición vulnera el art. 183 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que prevé que procederá adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada cuando las obras sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, se inste la legalización y ésta haya sido denegada, o se haya instado la legalización en el plazo concedido al efecto y de las actuaciones de instrucción realizadas en el procedimiento resulte la improcedencia legal de dicha legalización por disconformidad de los actos con las determinaciones de la legislación y de la ordenación urbanística aplicables.

El Ayuntamiento demandado no discute tampoco este alegato; en consecuencia, se ha de declarar la nulidad de dicha disposición final tercera, así como, por igual motivo, del art. 26.3 de la Ordenanza.

Procede, pues, la estimación parcial del recurso anulando los preceptos de la Ordenanza que se citarán; debiéndose publicar el fallo de esta sentencia

(ex art. 72.2 L.J.C.A.), en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada.

De conformidad con el artículo 139.1 de la L.J, no procede la condena de ninguna de las partes al pago de las costas causadas.

(St. de 7 de septiembre de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Valpuesta Bermúdez)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Expulsión de extranjeros. Artículo 57 de la Ley de Extranjería a la luz del artículo 12 de la Directiva 2003/a09 en relación con la sanción de expulsión automática.

La resolución judicial apelada desestima el recurso del recurrente, titular de permiso de residencia y trabajo de larga duración, contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Córdoba indicada, que acuerda su expulsión como consecuencia de la condena a pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de delito doloso, conforme al artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: “2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”

En concreto fue condenado por un delito de lesiones, de violencia doméstica, de homicidio en grado de tentativa, de atentado a la autoridad y lesiones, sumando un total de trece años, veintidós meses y dos días de prisión.

Expone la sentencia que más allá del arraigo laboral del recurrente, que es consustancial al permiso del que ha sido titular y que ahora se revoca, carece de arraigo familiar en España.

El recurso de apelación combate la resolución apelada insistiendo en la existencia de relaciones con residentes en España que justifican el arraigo familiar. Así como el trabajo continuado del recurrente, como lo acredita su cotización laboral.

Sobre esta medida de expulsión, y el automatismo en su aplicación, se ha pronunciado ya esta misma Sala, entre otras en sentencia de 17 de octubre de 2013 (recurso de apelación 362/2013), en que la señalamos: “Ya la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 26 de abril del corriente año conociendo

de una apelación en la que la sentencia recurrida razonaba que, tratándose de un residente de larga duración, conforme al artículo 57.5 en la redacción introducida por la Ley Orgánica 2/2009 , no cabía acordar su expulsión sin atender a las circunstancias personales y de arraigo que allí se dicen, argumentaba de este modo: “La apelación se funda en que, tal como resulta del texto del precepto, la excepción sólo se aplica en aquellos supuesto en los que la expulsión es una sanción como alternativa a la de multa, lo que no es el caso del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería , donde la expulsión se impone imperativamente como única consecuencia legal prevista. Ciertamente el argumento resulta sugerente, sin embargo no debe olvidarse que la modificación introducida por la Ley Orgánica 2/2009 pretende la transposición de la Directiva 109/2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; y allí se habla de expulsión sin distinción alguna entre sanción o medida de otra naturaleza. Por tanto, a la expulsión sin distinciones se extiende la protección reforzada establecida por dicha directiva. Y, conforme a ello, una medida de expulsión sólo puede ser acordada en las condiciones del artículo 12 de la directiva, que son las señaladas en el precepto que aplica la sentencia apelada. En consecuencia, sin esa decisión individualizada tomando en consideración la duración de la residencia, la edad de la persona, las consecuencias para el y su familia, la vinculación con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen, no puede considerarse válida la decisión. Así, en el artículo 32.5 de la Ley de Extranjería , sobre extinción de la residencia de larga duración, se habla sin más de orden de expulsión adoptada conforme a la Ley, y esto es conforme al artículo 9 de la Directiva, que sólo prevé la extinción cuando se adopte una orden de expulsión en los términos del artículo 12. Por tanto, comoquiera que la orden de expulsión se ha adoptado sin consideración alguna a las circunstancias dichas, se ha adoptado con infracción del precepto citado por la sentencia apelada, con lo que su declaración de nulidad es perfectamente ajustada a derecho”.

En efecto, el criterio actual de la Sala, como se razona en las sentencias de la Sección Segunda de 20 y 26 de septiembre último, es que en relación a los extranjeros con residencia de larga duración se ha de colegir la imposibilidad de interpretar el citado artículo 57.2 de la forma automática que pretende la Administración sino de conformidad, ahora, con el artículo 12 de la Directiva 2003/109 , con cita de la sentencia del T.S.J. de Cantabria de 23 de diciembre de 2011 (rec. 197/2011).

Dicha sentencia se expresa así: “(...) Invoca la parte recurrente la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y, en

concreto, los artículos 9 y 12 de dicho texto. El primero de los citados prevé expresamente que los residentes de larga duración pierdan su derecho a mantener el estatuto de residente de larga duración cuando sea adoptada una medida de expulsión. Medida que el artículo 12 permite tomar cuando «represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública», tomando en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen. Y en este supuesto no se habría realizado valoración alguna de estos elementos. TERCERO.- Partiendo de que el precepto aplicado por la Administración es el 57.2, conviene recordar la efectiva condena del Tribunal de Justicia, ahora de la Unión Europea, a España mediante Sentencia 15-11-2007, num. C-59/2007, por falta de adaptación del Derecho español a la Directiva 2003/109, dada la respuesta que el Reino de España dio mediante escrito de 11 de septiembre de 2006, de encontrarse «preparando las medidas necesarias». La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 mencionada, expresamente incorpora dicha Directiva. A dicha fecha el precepto del Consejo General del Poder Judicial aplicado, artículo 57.2, preveía ya la expulsión administrativa como consecuencia de la comisión de un delito con pena de prisión superior a un año. Previsión que fue examinada por el Tribunal Constitucional para concluir su adecuación a la Constitución. En sentencia del Pleno num. 236/2007, de 7-11, validó la constitucionalidad de dicho precepto introducido en la anterior regulación descartando la vulneración del principio «ne bis in idem» pues «la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza afflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado». En efecto, la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su

entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril , FJ 8). De ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las “legalmente establecida(s) o en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España” (art. 26.1, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000). Al respecto, merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración “la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública” (art. 6). Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso de “condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año” (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTED caso Habdulaziz, 28 de mayo de 1985 EDJ1985/6983 ; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaqim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, 28 de noviembre de 1996). (ATC 331/1997 , FJ 4)». Pero no es el problema del bis in idem el que aquí se plantea sino la consideración de las circunstancias personales, más bien su ausencia, para adoptar la medida en cuestión, que la Administración considera automática. Cuestión que excede de la competencia del Tribunal Constitucional en cuanto a su compatibilidad con el derecho de la Unión, que goza de efecto primacía frente al nacional.

En este marco, el artículo 57.2 de aplicación no resulta en sí incompatible con la Directiva 2003/109/CE. Pero su aplicación exige adecuarla a las directrices jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Los artículos 9 y 12 de la nor-

mativa comunitaria referida (por todas, STJ 8-12-2011, núm. C-371/2008, caso Ziebell) prevén que «el residente de larga duración de que se trate sólo puede ser expulsado cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. Seguidamente, se afirma que la decisión de expulsión no podrá justificarse por razones de orden económico. Por último, se precisa que, antes de adoptar tal decisión, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deberán tomar en consideración la duración de la residencia del interesado en el territorio de ese Estado, su edad, las consecuencias de la expulsión para la persona afectada y para los miembros de su familia, y los vínculos de esa persona con el Estado de residencia o la ausencia de vínculos con el Estado de origen». Y la excepción basada en el orden público en materia de libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión... debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, Bozkurt, antes citada, apartado 56 y jurisprudencia citada). Cierto es que una condena como la examinada puede, en principio, ser considerada para denegar el estatuto de residente de larga duración por motivos de orden público o de seguridad pública tomando en consideración “la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública”. Pero no lo es menos que, como ha indicado expresamente el Tribunal de Justicia, «la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (véanse, en particular, las sentencias de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 28; de 19 de enero de 1999, Caifa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 24, y de 7 de junio de 2007, Comisión/Países Bajos, C-50/06, Rec. p. I-0000, apartado 41). El Tribunal de Justicia siempre ha destacado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente (sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, apartado 27; Bouchereau, antes citada, apartado 33; de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania, C-441/02, Rec. p. I-3449, apartado 34, y Comisión/ Países Bajos, antes citada, apartado 42). Según una jurisprudencia reiterada, la utilización, por parte de una autoridad nacional, del concepto de orden público requiere, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (sentencias Rutili, antes citada, apartado 27; de 29 de

abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartado 66, y Comisión/Alemania, antes citada, apartado 35)». Incluso la existencia de varias condenas penales carece a estos efectos de relevancia por sí misma (STJ 4-10- 2007, núm. C-349/2006, Murat Polat). En este supuesto, no es que las circunstancias personales del recurrente se hayan obviado, como así han sido. Es que siquiera constan las de la propia condena, por lo que difícilmente se han podido valorar por la Administración. Conforme a esta jurisprudencia en relación a los extranjeros con residencia de larga duración, de la que la citada es sólo una muestra, cabe colegir la imposibilidad de interpretar el artículo 57.2 de la forma automática que pretende la Administración sino de conformidad con las exigencias jurisprudenciales y, ahora, con el artículo 12 de la Directiva 2003/109. Normativa que, se aduce por el legislador, es traspuesta con la última reforma de la Ley de extranjería. Y si con la redacción anterior, conforme a la cual «los residentes permanentes solamente podrán ser expulsados cuando hayan participado en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones del Reino de España con otros países o cuando estén implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana», el Tribunal concluyó que no se había traspuesto adecuadamente nuestra legislación a la normativa comunitaria, lógicamente no cabe sino interpretar que el artículo 57.5.b) debe ser aplicado en todo caso de expulsión de un extranjero. No sólo por razones sistemáticas sino porque es la trasposición del artículo 12 de la Directiva y de la citada jurisprudencia, que en ningún momento hacen distinción respecto de expulsión alguna y la causa que lo genera. Es más; Se produce expresamente respecto del supuesto de expulsión como consecuencia de una condena y, sin entrar en cuestiones de naturaleza jurídica en que pretende escudarse la abogacía del Estado, concluye la necesidad de ese análisis personalizado que aquí se ha obviado. Conclusión que conlleva la estimación parcial del recurso. Apreciando causa de anulabilidad por ausencia de la valoración de las circunstancias personales y de los hechos por los que fue condenado el recurrente necesaria para motivar la decisión de expulsión en cuanto residente de larga duración, este defecto resulta subsanable. Y en consecuencia, procede retrotraer las actuaciones para que por la Administración se valoren éstas de conformidad con el precepto invocado y la jurisprudencia comunitaria y resuelva en consecuencia”.

Pues bien, en el caso de autos debemos coincidir con el juez a quo a la hora de negar la existencia de relaciones del recurrente con personas residentes en España que pudieran constituir arraigo para sustituir la expulsión.

La intención de contraer matrimonio, por la fecha de las actuaciones indicadas, es en todo caso posterior al procedimiento administrativo seguido. Y sin que las alegaciones esgrimidas sean suficientes para desvirtuar por manifiestamente erróneo o ilógico, la conclusión del juez a quo, sobre la falta de arraigo del recurrente.

Procede la imposición de las costas a la parte apelante.

(St. de 31 de octubre de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Jiménez-Jiménez)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Condición de empresario a efectos de ITP en actividad urbanística.

Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía (Sala de Granada), de fecha 31 de enero de 2011, dictada en el expediente número 18/2678/2009, por la que, estimando la reclamación económico-administrativa interpuesta por la entidad mercantil codemandada, CN, S.L., anuló la liquidación girada por la Delegación en Granada de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales por un importe de 14.779,52 euros, devengado por la compraventa formalizada en la escritura pública otorgada el 28 de diciembre de 2006.

El TEARA, en esencia, entendió que la adquisición de terrenos efectuada por varias empresas, entre ellas la recurrente, por quintas partes indivisas, estaba sujeta y no exenta al IVA, porque los vendedores ya habían iniciado la ejecución material de las obras de urbanización, adquiriendo en consecuencia la condición de empresarios a los efectos del referido IVA.

La Administración recurrente postula que la Sala dicte una sentencia por la que, anulando la resolución impugnada, declare, en contra de lo resuelto por el TEARA, que la operación documentada en la mencionada escritura pública está sujeta a ITP, por carecer de la necesaria condición de empresarios los vendedores y no estando por ello sujeta la operación al IVA.

Los terrenos objeto de transmisión en la escritura pública de compraventa de 28 de diciembre de 2006 se describen como rústica, haza de tierra calma en pago de Ofra, término de Granada con una superficie de 2.359 m² y que está integrada en la Unidad de Ejecución del Plan Parcial Oeste 01/02, ferrocarril, habiendo sido aportada al proyecto de reparcelación de dicha unidad que se aprobó definitivamente el 22 de diciembre de 2006 con el número

57 y como consecuencia de ese proceso se le han adjudicado como finca de destino, en sustitución de la finca de origen, en virtud del principio de subrogación real, dada su equivalencia de valor, las parcelas número 2, parcela RPMC-2, número 6 RPBA-3, y número 19 ET-1. Las dos primeras parcelas tenían asignado un aprovechamiento urbanístico, con un uso residencial en manzana cerrada y en bloque abierto, respectivamente, y la tercera su uso era de equipamiento terciario y según el informe de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Granada de 31 de diciembre de 2006 esas parcelas eran suelo urbanizable programado (regular). En la escritura pública de compraventa cuando se reseñaban las parcelas de adjudicación se especificaba que cada una de ellas estaba afecta al pago de distintas cantidades que le correspondían en el saldo de la cuenta de liquidación provisional por gastos de urbanización. El importe de esas cantidades era en total de 2.575.821 euros.

El TEARA, como ya se ha dicho, concluyó que la operación estaba sujeta a IVA dado que los vendedores, pese a ser personas físicas, habían alcanzado la condición de empresarios, según se deducía del contenido del certificado emitido por el Secretario de la Junta de Compensación, en el que se exponía que las obras de urbanización que implicaban una transformación física del terreno para dotarlo de servicios urbanísticos, empezaron el 19 de julio de 2006 con la firma del acta de replanteo, es decir antes de la fecha de la compraventa, que tuvo lugar el 28 de diciembre de 2006, y que las derramas que se solicitaron a los partícipes en la Junta de Compensación para sufragar las obras de urbanización, se produjeron en los meses de septiembre y octubre de 2006, habiendo ingresado cada uno de los cuatro vendedores la cantidad de 4.979,39 euros, con destino a atender el pago, entre otras partidas, de las certificaciones de obra emitidas por la empresa urbanizadora y las empresas constructoras, todas ellas citadas con su nombre, en los meses de julio y agosto de 2006 que arrojaban un importe de ejecución de obra civil de 570.166,05 euros.

Dicho certificado, fechado el 31 de julio de 2009, fué expedido como Secretario de la Junta de Compensación por quien compareció en la escritura de compraventa como representante legal de una de las empresas que adquirieron los terrenos, concretamente la mercantil P.S.L, sin que al mismo se acompañasen los documentos, imágenes o planos acreditativos de las obras concretas de urbanización que manifiesta se ejecutaron, ni el grado de desarrollo de esa urbanización. Tampoco la Administración en el procedimiento de Inspección que culminó con la liquidación que anuló el TEARA requirió a la Junta de Compensación para que exhibiera las facturas que mencionaba en su certificado el Secretario de la Junta de Compensación.

Quedaría incompleta la anterior reseña si no añadiéramos que el documento notarial expresaba en su estipulación cuarta que todos los gastos y responsabilidades derivadas de la urbanización que corresponda a la reparcelación de la actuación a desarrollar sobre el denominado Plan Parcial PP-01-02 del PGOU de 9 de febrero de 2001 de Granada, en el que está incluida la finca objeto de esta escritura, serán de cuenta exclusiva de la parte compradora, incluso los anteriores a este otorgamiento, si los hubiere. Es decir que el importe de todos los gastos y responsabilidades derivadas de la urbanización para la reparcelación de ese plan parcial serían de cargo de las mercantiles adquirentes, tanto los que penden de su pago como los que ya abonaron los transmitentes.

De cuanto antecede se deduce, a criterio de la Sala, que los vendedores no desarrollaban ninguna actividad empresarial o profesional de la que la transmisión de la finca constituyera una manifestación, sino que eran particulares que enajenaron esa propiedad. Sentado lo anterior, lo que hay que dilucidar es si la intervención de la parte vendedora en las obras de urbanización la dotaba de la condición de empresario a los efectos del Impuesto sobre el valor Añadido.

La finalidad del IVA es someter a gravamen la generación de valor añadido que tiene lugar en la producción de bienes y servicios, entendiéndose que, cuando lo producido es suelo edificable, esta creación de valor añadido comienza con la preparación material del suelo para la producción de las edificaciones, que es cuando se aporta propiamente un valor que no existía, distinguiéndose así entre el tráfico del suelo sin transformación alguna, prescindiendo de las transformaciones ideales que hubiera podido experimentar por efecto del mero planeamiento urbanístico, del tráfico de suelo convertido por la acción del hombre en una superficie susceptible de aprovechamiento constructivo. El comienzo del proceso de producción de suelo edificable es lo que determina que el tráfico de terrenos urbanizables salte de un régimen fiscal a otro: mientras el terreno urbanizable permanece virgen se entiende que no hay valor añadido y su tráfico escapa del IVA por vía de la exención del artículo 20.º Uno.º LIVA, para ir a parar al ITP, como si fuera tráfico civil. Y siendo ésta la finalidad de la exención, resulta congruente con ella que, una vez iniciado el proceso de producción de suelo edificable y siempre que la transmisiones se realicen por empresarios profesionales u ocasionales por su labor de urbanización, la cadena de deducciones no se vea interrumpida por una exención, resultando contrario a la misma que, una vez iniciado el proceso de producción de suelo urbano por un promotor, posteriores transmisiones empresariales de dicho suelo queden exentas del impuesto. De ahí que el IVA no deba

gravar operaciones realizadas en fases anteriores al proceso de urbanización que comienza con las obras materiales de urbanización, pero sí una vez que ha empezado dicho proceso.

De acuerdo con lo dispuesto por el apartado uno del artículo 4 de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre del Impuesto sobre el Valor Añadido, “estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen”.

En este sentido, la propia Ley del Impuesto recoge el concepto de empresario o profesional en su artículo 5, en cuyo apartado uno, letra a) se atribuye tal condición, entre otros, a las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de ese artículo, según el cual son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Por su parte, el artículo 5, apartado uno, letra d), de la misma norma considera igualmente empresarios a “quienes que la operación descrita y comentada está afecta al Impuesto sobre Transmisiones patrimoniales efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente”.

Finalmente, cabe citar el número 20 del apartado uno del artículo 20 de la Ley 37/1992, que establece la exención en operaciones interiores de “las entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables, incluidas las construcciones de cualquier naturaleza en ellos enclavadas, que sean indispensables para el desarrollo de una explotación agraria, y los destinados exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público.

A estos efectos, se consideran edificables los terrenos calificados como solares por la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y demás normas urbanísticas, así como los demás terrenos aptos para la edificación por haber sido ésta autorizada por la correspondiente licencia administrativa.

La exención no se extiende a las entregas de los siguientes terrenos aunque no tengan la condición de edificables: a) Las de terrenos urbanizados o en curso

de urbanización, realizadas por el promotor de la urbanización, excepto los destinados exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público.(...)”.

En relación con la aplicación de los preceptos señalados a las actuaciones de urbanización y reparcelación de terrenos por quienes no tenían previamente a la realización de las mismas la condición de empresarios o profesionales, existe un consenso jurídico general acerca de que los propietarios de los terrenos afectados por la unidad de ejecución no se convierten, por esta sola condición, en empresarios o profesionales hasta que no se les incorporen los costes de urbanización de dichos terrenos. En consecuencia, en tanto la transmisión del terreno se realice sin incorporar costes de urbanización, haciéndose cargo el adquirente de todos los costes, no cabe considerar que el transmitente ha urbanizado el mismo, por lo que tal transmisión no estará sujeta al IVA si el transmitente fuera un particular, ni cabe considerarle urbanizador del terreno a efectos de la exención prevista en el artículo 20, apartado uno, número 20 de la Ley del Impuesto .

Sobre la exención del IVA que nos ocupa se han pronunciado tanto el T.E.A.C. como los Tribunales de Justicia. Podemos mencionar las siguientes decisiones:

- a) Están exentas de I.V.A. las entregas de terrenos urbanizables programados, según indica la Resolución del T.E.A.C. de 12 de junio de 1996 (JT1028); y la Resolución del T.E.A.C. de 30 de enero de 1997 (JT 311) ha incluido en esta exención los terrenos urbanizables que no reúnan las características de un solar.
- b) Las Resoluciones del T.E.A.C. de 29 de abril y de 10 de julio, ambas de 1998 (JT 883 y 1678) han entendido que para estar excluido de la exención es necesario que en el terreno se hayan iniciado las operaciones materiales de urbanización, sin que sea suficiente que se tenga derecho a la urbanización, que se haya aprobado el plan parcial o que se tenga el proyecto de urbanización.
- c) La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2003 (RJ 2003, 4010), para respaldar la posición administrativa, acude a la Exposición de Motivos de la anterior Ley reguladora del impuesto, donde se afirma que la finalidad de las exenciones inmobiliarias no es otra que la de someter a gravamen, exclusivamente, el proceso de producción de las edificaciones. Dicha constatación lleva al Tribunal a afirmar que “ el hecho de que un proyecto de urbanización esté en fase de ejecución, en el sentido urbanístico del término, para lo cual es relevante, por supuesto, que exista Junta de Compensación, no

es bastante para declarar la exención, pues ésta lo que prima es la preparación material del suelo para la construcción de viviendas”.

d) La Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 19 abril 1996 (JT 1996, 428) considera aplicable la exención en un supuesto en el que “la sociedad adquirente efectuó todos los trámites para obtener autorización para construir con posterioridad a la transmisión de los terrenos, lo cual significa que en el momento de la compraventa no existía ni siquiera una licencia provisional para la construcción industrial y, por lo tanto, dichos terrenos eran, con independencia de posteriores autorizaciones, terrenos no edificables y, en definitiva, por tanto, sujetos y exentos del IVA con la consiguiente aplicación del último párrafo del artículo 7.5 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales”.

e) La sentencia de esta Sala y Sección, de 30 de marzo de 2009 (recurso número 2449/2001), se ha referido a los supuestos de sujeción al IVA, así como de exclusión de la exención establecida por la Ley de dicho impuesto, en estos términos: “... en la medida en que los terrenos objeto de transmisión tengan la condición de solares, así como en el caso de que constituyan terrenos en curso de urbanización o urbanizados, en el entendido de que los transmitentes son los promotores de su urbanización, dicha entrega, sujeta al impuesto, quedará excluida del supuesto de exención que prevé el artículo 20.Uno.20 de la Ley 37/1992 y procederá la correspondiente repercusión del citado tributo”.

f) Resulta concluyente la doctrina mantenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3-, de 8 de noviembre de 2004, que ha dicho: “Así planteada la cuestión, ha de tenerse en cuenta que el referido precepto no contiene una interpretación auténtica, ni siquiera por remisión, de lo que, a efectos de la exención del IVA, ha de entenderse por «terrenos urbanizados o en curso de urbanización». Pero sí existe una noción o interpretación judicial de los mismos, reiterada en pronunciamientos de instancia y acogida por esta Sala, según la cual se trata de expresiones con sentido diferente al estrictamente jurídico, de manera que sólo merecen tal consideración aquellos terrenos en los que existen operaciones materiales de transformación física de los terrenos. Tuvo esta Sala ocasión de señalar en sentencia de 19 de abril de 2003 , la siguiente justificación de esta doctrina: Es muy reveladora a los efectos del presente estudio lo que se dice en este aspecto en la Exposición de motivos de la Ley 13/1985 del IVA, epígrafe V, Exenciones, en el que se afirma que siguiendo los criterios establecidos en el artículo 13, B) h) de la Sexta Directiva, la Ley exonera las entregas de terrenos que no sean inmediatamente aptos para la edificación. Con el fin de evitar la ruptura de la cadena de deducciones

en las fases intermedias del proceso de producción de edificaciones, se dispone que la exención no se extenderá a los terrenos en los que existan edificaciones en curso de construcción ni a las primeras transmisiones de terrenos urbanizados. Y al inicio del párrafo siguiente se destaca que la finalidad de esta medida responde al criterio de someter a gravamen efectivo exclusivamente el proceso de producción de las edificaciones, por lo que a continuación se justifica la exoneración de las segundas y ulteriores transmisiones de edificaciones, cuyo proceso de construcción hubiese concluido, en concordancia con lo establecido en el artículo 13, B) g) de la Sexta Directiva....”

Esta doctrina ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores de la misma Sala, entre otras, en Sentencias de 9 de noviembre de 2004, 2 de noviembre de 2005 y 29 de noviembre de 2006 .

g) Asimismo, resulta clarificadora la Resolución de la Dirección General de Tributos de 24 de mayo de 2011, cuando señala lo siguiente: “la entrega de los terrenos afectos a la actividad empresarial puede realizarse, a su vez, en tres momentos diferentes siendo sus efectos distintos en cada caso:

1º Antes de iniciar el proceso urbanizador, en cuyo caso, el objeto de la entrega serán terrenos rústicos.

2º Una vez iniciado éste o ya finalizado, teniendo los terrenos transmitidos la condición de en curso de urbanización o de urbanizados.

3º Por fin, el objeto de la transmisión pueden ser solares o terrenos edificables, que son aquéllos que cuentan con la pertinente licencia urbanística para edificar.

En cada uno de los casos, la situación resultante a efectos del Impuesto será:

1º Si la entrega tiene lugar antes del inicio de la urbanización de los terrenos, la misma estará exenta porque éstos tienen naturaleza rústica, como dispone el artículo 20.Uno.20º. En consecuencia, su entrega estará sujeta pero exenta al tener por objeto terrenos rústicos.

A estos efectos, el proceso urbanizador no se entenderá iniciado sino cuando comience la ejecución de las obras de urbanización. Debe considerarse el proceso de urbanización de un terreno como aquel que comprende todas las actuaciones que se realizan para dotar a ese terreno de los elementos previstos en la legislación urbanística, como acceso rodado, abastecimiento y evacuación de agua, suministro de energía eléctrica, etc., para servir a la edificación que sobre ellos exista o vaya a existir, ya sea para viviendas, otros locales o edificaciones de carácter industrial.

Por ello, tal concepto de urbanización excluye todos aquellos estadios previos que, si bien son necesarios para llevar a cabo las labores de urbanización, no responden estrictamente a la definición indicada: no se considera “en curso de urbanización” un terreno respecto del que se han realizado estudios o trámites administrativos, en tanto a dicho terreno no se le empieza a dotar de los elementos que lo convierten en urbanizado.

Conforme a todo lo indicado, esta Dirección General considera que un terreno no deberá considerarse “en curso de urbanización” a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido hasta que no se haya iniciado sobre el mismo la ejecución de las obras de urbanización, es decir, hasta que no comiencen las actuaciones anteriormente descritas consistentes en transformar el suelo rústico en urbanizado.

2º La entrega puede tener lugar, asimismo, una vez iniciado el proceso de urbanización o ya concluido éste, pero sin que los terrenos hayan adquirido la condición de edificables ni de solares. En este supuesto, el inicio del proceso de urbanización atribuye al propietario la condición de empresario o profesional y a los terrenos la condición de terrenos en curso de urbanización. La venta de estos terrenos, en tanto que realizada por el promotor de su urbanización, queda excluida de la exención aplicable a los terrenos no edificables, resultando, pues, sujeta y no exenta.

3º Finalmente, la entrega puede tener por objeto solares o terrenos edificables, que son aquéllos que cuentan con la pertinente licencia administrativa para edificar.

En este supuesto no se aplica la exención prevista en el transcrito número 20º del artículo 20.Uno de la Ley de este Impuesto por exclusión expresa de la misma. En consecuencia, su entrega estará sujeta y no exenta”.

En el presente caso, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, hemos de afirmar que, aunque las parcelas de destino en que se convirtieron los terrenos de origen fué una previsión del proyecto de reparcelación del plan parcial que se iba a desarrollar en esa zona, ello no implica, a criterio de la Sala, que se hubiera culminado el proceso de transformación de esos terrenos con la dotación completa de todos los servicios necesarios para su consideración como solar destinado a albergar la construcción del uso permitido en el planeamiento, pues no se ha acreditado el alcance de las actuaciones que se desarrollaron en esa zona y tampoco de su grado de evolución.

Sobre el punto de la participación en ese proceso de transformación de un terreno rústico en suelo urbanizable de la parte vendedora, es claro, que pese

a que se les asigna las derramas descritas en cuanto propietarios de los terrenos que aportaron a la Unidad de Actuación, lo auténticamente relevante es si se satisfizo el importe de esas derramas, es decir, si su pago fue a costa de su peculio, lo que considera la Sala que no se ha producido por cuanto que, según lo pactado en la escritura pública, era de cargo de la parte compradora no sólo el pago de lo que ya habían pagado las propietarias del terreno que ascendía a la cantidad de 19.917,56 euros, sino también el resto que ascendía a 2.575.821 euros, para cuyo pago quedaron afectas las parcelas resultantes.

La tarea de urbanización y transformación del terreno de la Unidad de Ejecución en que estaba incluida la finca transmitida la llevó a cabo la Junta de Compensación en cuyo seno estaban integrados los vendedores que no consta hubieran actuado desarrollando directa y personalmente ninguna tarea de urbanización del terreno transmitido, sino que esa labor la hizo la Junta de Compensación y que los transmitentes en cuanto miembros de ella sufragaron inicialmente el importe de los gastos de urbanización, si bien cuando se otorga la escritura pública de compraventa se estipula que será de cuenta exclusiva de la parte compradora el abono de todos los gastos derivados de la urbanización, incluso los originados antes de la compraventa, lo que supone, sin mayor esfuerzo interpretativo, que los vendedores no han soportado los gastos de la urbanización que han sido asumidos por la parte adquirente, de tal manera que la transmisión efectuada es una operación sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Por lo expuesto el recurso debe ser estimado, sin que de conformidad con el artículo 139 de la LJCA, haya lugar a expresa condena en las costas de esta instancia.

(St. de 12 de septiembre de 2016. Sala de Granada. Ponente Lázaro Guil)

XX. RESPONSABILIDAD

Responsabilidad autonómica derivada de servidumbres legales estatales

Es objeto del presente recurso la Resolución de 19 de octubre de 2010 que acuerda devolver la documentación remitida con ocasión de la formulación de la reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por la demandante ante la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía en fecha de 17 de diciembre de 2009. En este acto se sostiene que la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda no ha efectuado actuación alguna que haya tenido como consecuencia las modificaciones y paralización de las obras por las que se

pide la indemnización, habiendo sido la Administración General del Estado la que las paralizó.

El recurso se amplía a la Resolución del Consejero del Consejero de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, de fecha 27 de noviembre de 2012, desestimatoria de la reclamación formulada el 17 de diciembre de 2009, con base en que no existe relación causal entre el funcionamiento de la Administración de la Junta de Andalucía y el daño alegado en tanto que la Administración autonómica no era concedora del Plan Parcial del Sector Sub-03 en el que se incluyen las determinaciones de la ordenación pormenorizada y, por el contrario, la empresa reclamante debía conocer las servidumbres aeronáuticas existentes, las cuales fueron puestas de manifiesto repetidamente por el Ministerio de Defensa al Ayuntamiento de Alhendín y a los interesados, y aun así se llegó a un acuerdo entre los mismos.

La parte actora fundamenta su pretensión indemnizatoria, en síntesis, en que ha sufrido un perjuicio en sus bienes y derechos a consecuencia de la existencia de unas servidumbres aeronáuticas del Aeródromo Militar de Armilla (Granada) que impidieron la ejecución de diversas licencias de edificación que hubo obtenido. Imputa a la Junta de Andalucía la señalada responsabilidad por cuanto la misma formó parte de la Comisión Provincial de Granada de Ordenación del Territorio y Urbanismo que aprobó la Revisión Adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) del Término Municipal de Alhendín, aprobado por el Ayuntamiento el 25 de febrero de 2005, y no formuló objeción alguna a la aprobación de un planeamiento que incluía la urbanización y edificación de la zona que posteriormente se puso de manifiesto estaba afectada por las servidumbres aeronáuticas del aeródromo de Armilla. Aduce que actuó amparado por la confianza legítima que le generaron las distintas administraciones competentes, de forma que no pudo conocer la existencia de las limitaciones señaladas hasta que, una vez iniciadas las obras, el Ayuntamiento puso en su conocimiento una comunicación del Ministerio de Defensa.

Identifica la recurrente los daños producidos con los costes derivados de los asesoramientos requeridos, informes y proyectos; costes de realización de obras de adecuación de la pista e instalaciones asociadas a la Base Aérea de Armilla; mayores costes de obra derivados de la paralización; mayores costes de obras derivados de la necesidad de adaptar las obras a los requerimientos del Ministerio de Defensa; reducción del beneficio de la promoción inmobiliaria.

Por su parte, la defensa de la administración demandada se opuso a lo sostenido de contrario alegando en primer lugar que concurre causa de inadmi-

bilidad del recurso prevista en el artículo 69.b) de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 45.2.d) de la misma norma al no haberse acreditado que el acuerdo para ejercitar la acción se haya tomado por el órgano de la sociedad limitada competente para ello. En cuanto al fondo, aduce que la actuación en la que se sitúa por la demandante la existencia de responsabilidad patrimonial procede también de las administraciones estatal y municipal, pues es el Ayuntamiento el que aprueba el Plan Parcial SUB-03 y quien otorga las licencias urbanísticas de acuerdo con sus determinaciones, entidad que tenía conocimiento de las servidumbres aéreas, y el Estado es quien paraliza las obras y posteriormente llega a un acuerdo con la empresa para continuar las obras previa modificación del proyecto inicial. Considera que el daño sufrido no es antijurídico pues la empresa debía conocer la afectación de las obras por las servidumbres y debía haber solicitado la correspondiente autorización antes de su inicio, máxime cuando el Ministerio de Defensa puso todos los medios a su alcance para que se tuviera público conocimiento de las mismas. Afirma asimismo que no existe nexo causal entre la actuación de la Administración autonómica y el daño padecido porque en el PGOU de Alhendín no se contemplan determinaciones referentes a la materialización de la edificabilidad (alturas) del Sector Sub-03 porque no existe obligación de contemplarlas, y que la ordenación pormenorizada corresponde al Plan Parcial, cuya aprobación compete a la Administración municipal, como establece la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía. Añade que es en el Plan Parcial donde se fijan las diferentes alturas de las edificaciones, pues es en este instrumento donde se fijan las rasantes y alineaciones, altura que vendría determinada por la existencia de las servidumbres aéreas conocidas por el Ayuntamiento. Señala que consta informe desfavorable del Delegado Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda en relación con este Plan Parcial, así como que confirma la ausencia de cualquier tipo de responsabilidad por parte de la Junta de Andalucía el hecho de que el Plan Parcial no fue depositado por el Ayuntamiento de Alhendín en el Registro Autonómico de Planeamiento Urbanístico de Instrumentos de Planeamiento, con lo que no pudo tener conocimiento del mismo.

Por último alega la extemporaneidad de la acción, que enlaza con el hecho de que es la Resolución del Ministerio de Defensa de fecha 10 de diciembre de 2007, por la que se desestimó el recurso de reposición formulado por la reclamante contra la denegación de autorización militar para realizar las obras de edificación, la que a su juicio puso de relieve la necesidad de realizar las obras de adaptación que imponían el respeto a las servidumbres aéreas, y la reclamación se interpone en fecha 21 de diciembre de 2009, transcurrido

más de un año. Además, habiéndose adoptado acuerdo entre la entidad reclamante y el Ministerio de Defensa sobre las obras necesarias derivadas de las servidumbres el 28 de noviembre de 2008, debe considerarse que a esa fecha ya se conocían todos los elementos evaluadores del daño.

En lo concerniente a la suma reclamada, considera la demandada que es desproporcionada, así como que es necesario tener en cuenta que las modificaciones realizadas en la edificación de las viviendas se hicieron en virtud de un acuerdo alcanzado con el Ministerio de Defensa que fue voluntariamente aceptado por la actora.

Procede examinar en primer lugar, por evidentes razones de lógica procesal, si concurre la causa de inadmisibilidad invocada por la Administración demandada por no haberse aportado acuerdo del órgano estatutariamente competente de la mercantil -una sociedad limitada- para ejercitar la acción judicial. Se acompaña a la demanda una escritura de poder general para pleitos en la que don Manuel , en representación de la sociedad F.D.I. S.L., otorga poder en favor de, entre otros, la procuradora Sra. E. por medio de la que comparece, y acta de consignación de decisiones del Administrador Único de la sociedad, de fecha 27 de diciembre de 2010, en la que se adopta la decisión de interponer recurso contencioso-administrativo contra el acto antes identificado - documento nº 6-. Motivo por el que debe desestimarse la causa de inadmisibilidad invocada por la demandada al cumplirse las exigencias impuestas por el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Centrada en los anteriores fundamentos la cuestión litigiosa, ha de señalarse que la responsabilidad patrimonial de la administración pública se encuentra regulada por el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), preceptos legales que explicitan el principio general de resarcimiento por las Administraciones Públicas de los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, sancionado constitucionalmente en España en el artículo 106.2 de la Constitución -que indica que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”-.

El régimen legal citado ha sido profusamente aplicado -y, consecuentemente, desarrollado e interpretado- por la Jurisprudencia (tanto aplicando el actual y citado artículo 139 de la Ley 30/1.992, como su predecesor, el artículo 40 de

la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado), formando un cuerpo de doctrina, dentro del que cabe afirmar que, para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta la concurrencia de dos requisitos sustanciales positivos, uno negativo y otro procedimental:

A)- El primero de los positivos es el que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o grupo de personas, que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Este requisito se incardina dentro de los elementos que han de ser objeto de la prueba, si bien alguno de sus aspectos se produce o manifiesta dentro del ámbito de la argumentación de las partes (simplificado por la existencia de un catálogo de soluciones jurisprudenciales que cabe invocar -y apreciarse mayor disquisición), como puede ser la extensión y naturaleza de los daños resarcibles, las personas legitimadas y los supuestos en los que existe obligación jurídica de soportar el daño.

B)- El segundo requisito positivo es el de que el daño sea imputable a una Administración Pública. Esta nota es la aparentemente más compleja, puesto que la doctrina común de la responsabilidad extracontractual y por actos ilícitos deviene en un complejo fenómeno de examen sobre la relación de causalidad, la eventual concurrencia y relevancia de concausas y la existencia de elemento, culpabilísticos. Sin embargo, en la responsabilidad patrimonial administrativa, en la configuración que disfrutamos de la misma desde la Ley de 1.957 (incluso desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1.954), se encuentra enormemente simplificado por la expresión legal de que la lesión “sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos” (artículos 122 de la Ley de Expropiación Forzosa , 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139 de la Ley 30/1.992. Fundamentalmente, se encuentran cuatro títulos de imputación a efectos de la determinación de la responsabilidad de una Administración respecto de una lesión concreta: que la lesión se produzca como consecuencia directa del ejercicio ordinario del servicio; que la lesión obedezca a una anormalidad o no funcionamiento del servicio público; que exista una situación de riesgo creado por la Administración en el ámbito de producción del evento dañoso, o que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración.

C)- El factor negativo es el de que no obedezca el daño a fuerza mayor. Esta nota ha sido precisada conceptual y jurisprudencialmente en el sentido de que se trate, para poder la concurrencia de fuerza mayor, de un evento producido con los requisitos tradicionales que distinguen a la fuerza mayor del caso fortuito (conceptos de previsibilidad e irresistibilidad), pero específicamente

que se trate de una causa extraña al ámbito de funcionamiento del servicio público.

D)- El elemento procedimental es el de que se formule la oportuna reclamación ante la Administración responsable en el lapso de un año, a contar desde la producción de la lesión. Este elemento plantea la cuestión del término inicial -sobre el que se encuentran suficientes precisiones jurisprudenciales- y sobre la Administración a la que se deben de dirigir las reclamaciones si concurren varias de ellas, cuestión expresamente resuelta por la Ley 30/1992 en favor de la solidaridad.

A fin de dilucidar si concurren cada uno de los presupuestos habilitantes señalados ha de partirse de la siguiente secuencia de hechos, que no resultan controvertidos:

En fecha 17 de marzo de 2005, la Comisión Provincial de Granada de Ordenación del Territorio y Urbanismo, en la que había representantes de las Administraciones estatal y autonómica, aprobó la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) del Término Municipal de Alhendín. Promovido entre otras entidades por la demandante, se tramitó el Plan Parcial SUB-03 en orden al desarrollo urbanístico del sector, cuya aprobación inicial se remitió a la citada comisión provincial para la evacuación de informe previo preceptivo. La aprobación definitiva del Plan Parcial se hizo en sesión plenaria del Ayuntamiento en fecha 24 de mayo de 2005.

Entre los años 2005 y 2006 el Ayuntamiento otorgó a la entidad recurrente seis licencias para la construcción de viviendas.

Una vez se había dado comienzo a las obras la empresa tuvo conocimiento de una comunicación remitida por el Ministerio de Defensa al Ayuntamiento en fecha 13 de junio de 2006 en la que se señalaba que las edificaciones podían afectar a las servidumbres aeronáuticas. La empresa presentó escrito ante el Ministerio, el 21 de marzo de 2007, poniendo de manifiesto que las obras se ejecutaban al amparo de las licencias concedidas por el Ayuntamiento de Alhendín y solicitando el inicio por parte de la autoridad competente del procedimiento administrativo pertinente para la concesión de la correspondiente autorización para las edificaciones incluidas en el ámbito del Plan Parcial "Sub-03" a favor de F.I. A aquel escrito el Ministerio de Defensa respondió con una comunicación en la que se insistía en que las edificaciones en marcha vulneraban las servidumbres aeronáuticas de la Base Aérea sin la preceptiva autorización y en la que se conminaba a adoptar las medidas oportunas para paralizar las obras hasta tanto no se obtuviera la preceptiva autorización.

Seguidamente por parte de la empresa se presentó un nuevo escrito dirigido al Mando Aéreo General del Ejército del Aire solicitando la concesión de autorización en relación con las edificaciones antedichas, adjuntando informe aeronáutico acreditativo de que no se comprometía la seguridad de las operaciones aeronáuticas del aeródromo afectado ni la regularidad de las mismas. Por Resolución del Director General de Infraestructura de la Secretaría de Estado de Defensa de 31 de agosto de 2007 se acuerda denegar la autorización rogada.

Interpuesto recurso de reposición contra dicho acuerdo, el mismo es desestimado por Resolución de 10 de diciembre de 2007. No obstante, en la misma se indica que “ *cabría autorizar-mediante el correspondiente Acuerdo de esta Dirección General, y previa solicitud de parte- la ejecución de las obras objeto de la inicial solicitud y del actual recurso, siempre y cuando se lleve a cabo la modificación del actual Proyecto constructivo de acuerdo con los requerimientos indicados en los informes del Estado Mayor del Aire, asumiendo la entidad recurrente, con las garantías que al efecto se establezcan, el importe íntegro de los costes necesarios para la adecuación de la pista y las instalaciones asociadas* “. Posibilidad a la que acepta acogerse la empresa constructora, tal y como pone de manifiesto en un escrito presentado en registro el 14 de diciembre de 2007. En este escrito presta su aquiescencia a las propuestas del Ministerio y se compromete a aceptar el desplazamiento del umbral de una pista asumiendo el importe íntegro de los costes necesarios y renunciando a interponer recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 10 de diciembre de 2007.

Posteriormente, tras la constitución de aval por parte de la empresa, se firma acta de conformidad por la misma y el Mando del Apoyo Logístico del Ejército del Aire, en fecha 28 de noviembre de 2008, en la que se consigna que la altitud de los edificios cumple lo especificado en la Resolución antedicha, quedando todos por debajo del plano de pendiente en el despeque del 2,5% incrementado en un 0,8% del margen obligatorio de seguridad, siempre y cuando se proceda al alargamiento de la pista de vuelo de la base aérea en 100 m en la cabecera 18 y a la ejecución de otras actuaciones.

La empresa presentó reclamación por responsabilidad patrimonial no sólo frente a la Consejería demandada, sino también frente al Ayuntamiento y frente al Ministerio de Defensa, habiendo sido todas desestimadas en vía administrativa.

Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11 de junio de 2014, dictada en el recurso nº 130/2012, confirma la Resolución del Ministerio de defensa desestimatoria de la solicitud de indemnización.

Como ya concluyera la Audiencia Nacional en aquel pronunciamiento, aportado por la demandada, esta Sala considera que no concurre el primer requisito sustancial positivo que permitiría la declaración de responsabilidad patrimonial, esto es, un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado que la entidad reclamante, ahora actora, no tenga el deber jurídico de soportar. La modificación del proyecto constructivo de acuerdo con los requerimientos indicados en los informes del Estado Mayor del Aire, con asunción por parte de la entidad recurrente del importe íntegro de los costes necesarios para la adecuación de la pista y las instalaciones asociadas, a fin de respetar las servidumbre aeronáuticas del Aeródromo Militar de Armilla (Granada) -establecidas en el Real Decreto 511/1989, de 28 de abril-, fue aceptada, como se ha visto, por la propia reclamante. Es más, no sólo se acogió a la posibilidad incluida a modo de salvedad en la resolución del Director General de Infraestructura de la Secretaría de Estado de Defensa de 10 de diciembre de 2007, sino que no recurrió la misma, confirmatoria de otra anterior que denegaba la autorización en las condiciones primitivas, en tiempo y forma, dejándola firme y consentida. Motivos por los que no puede mantenerse la ilegalidad del perjuicio sufrido, pues el mismo deriva del propio modo de proceder de la empresa constructora, que prefirió no recurrir la antedicha resolución y sin embargo acepta la propuesta contenida en la misma asumiendo los costes que ahora reclama, lo que implica evidentemente ir contra sus propios actos.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, tampoco podría apreciarse el necesario nexo causal, pues como han recogido por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 febrero 1999 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de octubre de 2008, las servidumbres aeronáuticas no constan en el PGOU, por su propia naturaleza, sino que es la ordenación urbanística de un Plan Especial la que se puede ver afectada por las servidumbres aeronáuticas (así también las SSTS de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, de 25 de mayo de 2001 y 17 octubre 2007), por lo que la Administración autonómica, en su condición de integrante de la Comisión Provincial de Granada de Ordenación del Territorio y Urbanismo que aprobó la Revisión del PGOU del Término Municipal de Alhendín, no puede ostentar ninguna responsabilidad.

La ordenación pormenorizada del sector, según establece la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en su artículo 13 -Ley 7/2002-, requiere la aprobación de un Plan Parcial, esto es, un instrumento planificador inferior al PGOU. Son los Planes Parciales de Ordenación son los que tienen por objeto el establecimiento, en desarrollo del Plan General de Ordenación Urbanística, de la ordenación detallada precisa para la ejecución integrada de sectores

enteros en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable, cuando, en su caso, aún no disponga de dicha ordenación, incluyendo las determinaciones fijadas en el apartado 3 del citado precepto. Es en el Plan Parcial, promovido entre otros por la propia recurrente, donde se fijan las diferentes alturas de las edificaciones al fijarse las rasantes y alineaciones, alturas que deben establecerse en respeto a las servidumbres aéreas preexistentes. Como sostiene la Sra. Letrada de la Junta de Andalucía, la actuación de la Administración autonómica se limitó a emitir el preceptivo informe requerido por el artículo 31.2.c) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, y el mismo fue incluso desfavorable, por lo que tampoco en este ámbito puede arrogarse la responsabilidad a la Junta de Andalucía.

Por lo expuesto, el recurso debe ser desestimado, sin que de conformidad con el art. 139.1 de la LJCA, proceda hacer especial imposición de costas.

(St. de 28 de septiembre de 2016. Sala de Granada. Ponente Pérez-Playa Moreno)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Demolición de viviendas e interpretación del Decreto de 16 de marzo de 2010.

Se fundamenta el recurso de apelación en la procedencia de la legalización de las obras de conformidad con los art. 45 a 53 del Decreto 60/2010. Aplicación del Real Decreto 2/2012, de 10 de enero, del que se deduce la posibilidad de proceder a la legalización o regularización de las construcciones. Vulneración del principio de proporcionalidad y otros principios.

Por el Sr. Letrado de la Diputación de Sevilla, se solicita la desestimación del recurso de apelación.

El escrito de interposición del recurso de apelación debe contener las alegaciones en que se fundamente el recurso (art. 85,1 de la LJCA), las cuales no pueden limitarse a un simple reiteración de las formuladas en el escrito de demanda, pues como ha declarado reiteradamente la Jurisprudencia de Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 22-06-1999, rec. 13700/1991) “los recursos de apelación deben contener una argumentación dirigida a combatir los razonamientos jurídicos en los que se basa la sentencia de instancia. No es admisible, en esta fase del proceso, plantear, sin más, el debate sobre los mismos términos en que lo fue en primera instancia, como si en ella no hubiera recaído sentencia, pues con ello se desnaturaliza la función del recurso”. Tal doctrina jurisprudencial, aplicable plenamente al recurso de apelación regulado en el art. 85 de la Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998

(Ley 29/98) viene siendo reiterada de modo constante por el Tribunal Supremo que, entre otras muchas, afirmó en la sentencia de 11 de marzo de 1999, recordando lo dicho en la de 4 de mayo de 1998. Igualmente el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 1999 dispuso: “Tal circunstancia afecta al ámbito en que ha de moverse la decisión a dictar en esta segunda instancia, en la cual debe el Tribunal limitarse a analizar lo referente a posibles vicios o infracciones legales que deban ser corregidos de oficio (por todas, sentencia de esta Sala de fecha 16 de mayo de 1997 EDJ1997/3601, y las que en ella se citan). Consecuentemente, si tales vicios o infracciones no se aprecian, tal y como aquí ocurre, aquella circunstancia es por sí sola bastante para desestimar el recurso de apelación en que se produce, pues éste, aunque traslada al Tribunal “ad quem” el total conocimiento del litigio, no se concibe como una repetición del proceso de primera instancia, sino como una revisión de él (por todas, sentencia de esta Sala de fecha 15 de marzo de 1989 EDJ1989/3010), que descansa por tanto en una pretensión revocatoria de la sentencia dictada y, por ende, en el deber procesal de quien la deduce de trasladar un análisis crítico, por escueto que sea, de la decisión que combate, a través del cual quepa descubrir las causas o razones de su discrepancia”. Ciertamente el recurso de apelación no cumple con la anterior doctrina pues su contenido en reiteradas ocasiones reproduce los párrafos del escrito de demanda.

Debe aclararse que el prístino recurso contencioso administrativo se dirigía contra la resolución que se indica en el antecedente primero de la presente sentencia, por lo que no es admisible la alusión a que en la demanda se impugnaba inactividad en la aplicación del Real Decreto 2/2012. No debe dudarse que el escrito que delimita y determina el objeto del recurso contencioso administrativo, es el de interposición del mismo, con independencia de que la demanda sea el escrito rector en cuanto a las alegaciones que se vierten en función de la pretensión jurídica en relación con el acto objeto de recurso.

Por otra parte, la sentencia apelada da cumplida respuesta a las alegaciones de la demanda, pues considera que la resolución desestimatoria de los recursos de reposición resuelve las alegaciones de los interesados. Abunda la sentencia apelada, en que no cabe hablar de indefensión debido a que los actores conocían la fundamentación de la actuación de la Administración y las infracciones cometidas del Orden Jurídico. A ello debe añadirse, que las actuaciones administrativas y sus informes del expediente de protección de la legalidad urbanística son claros y precisos de los preceptos de las Normas Urbanísticas del Plan General y de la Ley 7/2002, que fueron infringidos.

La sentencia igualmente se pronuncia sobre el carácter ilegalizable de las

obras, así como sobre la imposibilidad de aplicación del Real Decreto 2/2012 y sobre los principios de proporcionalidad, congruencia y de menor restricción de la actividad intervenida y de los actos propios.

Las alegaciones del recurso de apelación no son procedentes en la medida en que como se dijo anteriormente inciden y reiteran los argumentos de la demanda. Como se ha expuesto en el fundamento anterior, la argumentación y fundamentación de la demanda fue enjuiciada correctamente en la sentencia apelada. Debe insistirse y, por ende, coincidir con la sentencia apelada en el carácter ilegalizable de las obras, lo que conlleva en un expediente de protección de la legalidad urbanística, la restauración y reposición del suelo a su estado anterior, que en el supuesto presente dio lugar a la demolición de lo ilegalmente construido.

El Decreto 2/2012, de 10 de enero, regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ahora bien, la entrada en vigor de la indicada normativa, no supone una legalización de cualquier obra ilegalmente construida, sino que trata de regularizar las construcciones según la situación jurídica en la que se encuentren, y así en su art. 3 clasifica las construcciones según se ajusten o no a la ordenación urbanística y territorial, sin que el mencionado Decreto 2/2012, pueda ser de aplicación a las edificaciones y construcciones del supuesto que se enjuicia, en la medida en que las edificaciones se encuentran incluidas en el supuesto previsto en el art. 3.1 .B.c) de la indicada normativa, de ahí, que la Administración estaba obligada a la incoación, tramitación y resolución del correspondiente procedimiento de protección y restauración de la legalidad urbanística, máxime cuando no cabía hablar de prescripción. Incluso en el supuesto de asimilación al régimen jurídico de fuera de ordenación, la normativa sigue manteniendo cautelas en la aplicación del Decreto, pues en su art. 11.4 que regula la fase de instrucción, dispone: “Los servicios jurídicos municipales comprobarán que no se encuentra en curso procedimiento de protección de la legalidad urbanística y de restablecimiento del orden jurídico infringido respecto de la edificación objeto de reconocimiento, y que no es legalmente posible medida alguna de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada”. Es evidente, que en los supuestos en que como el presente procede la aplicación de la protección y restauración de la legalidad urbanística, se excluye la aplicación del Decreto 2/2102.

Por lo que se refiere al Decreto 60/2010, de 16 de marzo, no es de aplicación en su art. 48 Reglamento, pues no concurren los condicionantes del mismo en cuanto a la acreditación de disconformidades no sustanciales, en la medida

en que las obras infringen claramente la normativa urbanística. Tampoco puede sostenerse la aplicación del art. 51, que regula el cumplimiento por equivalencia, pues la demolición puede llevarse a cabo, debido a que no se ha acreditado imposibilidad legal o material de la misma. Respecto de la posible aplicación del art. 53, regulador de la asimilación al concepto de fuera de ordenación, no es posible, por las mismas razones esgrimidas respecto del Decreto 2/2012, es decir, la protección y restauración de la legalidad urbanística excluye la aplicación del precepto cuya naturaleza real, exige responsabilidad al titular actual del inmueble que se subroga en los actos que conllevaron la incoación, tramitación y resolución del expediente.

Lo anterior es determinante de inexistencia de vulneración del principio de proporcionalidad, menor restricción y menor demolición y actos propios. Basta recordar la doctrina del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006 (EDJ2006/83949), en la que se expresa que se ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad (Sentencias de 28 de abril de 2000 EDJ2000/9061, 15 de octubre de 2001 EDJ2001/35548, 23 de octubre de 2001 EDJ2001/49721 y 2 de octubre de 2002 EDJ2002/42791). Las referidas sentencias sientan la doctrina de que el principio de proporcionalidad “opera en dos tipos de supuestos: a) Con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables. b) Ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado. En los casos de actuaciones que, como la que se enjuicia, contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos (así se declara, por ejemplo, en los mismos casos resueltos en las sentencias de 16 de mayo de 1990 EDJ1990/5139 y de 3 de diciembre de 1991 EDJ1991/11489) por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad. La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (art. 103.1 CE) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición”.

En base a lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso de apelación.

Procede conforme al art. 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción la imposición de las costas a la parte apelante, si bien no se podrá repercutir por todos los conceptos mayor cantidad de 500 euros.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

(ST. de 23 de junio de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Santos Gómez).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Impugnación de Planes especiales por vulneración de Planes de Ordenación del Territorio, cuestiones procesales.

Es objeto de impugnación en este proceso el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana en los términos municipales de Almonte, Bonares, Lucena del Puerto, Moguer y Rociana del Condado (Huelva), BOJA nº 254, de 30 de diciembre de 2014).

Argumenta la recurrente -sustancialmente- que la Orden impugnada es nula de pleno derecho por vulnerar la regulación reglamentaria sobre la materia.

La Administración autonómica demandada, en su escrito de contestación, se opuso a la nulidad pretendida por los argumentos expuestos en el mismo.

Cuestión semejante a esta ha sido tratada por esta Sala y Sección en sentencia de 17 de octubre del presente año, recaída en el recurso 144/2015, con consideraciones que corresponde reiterar: Así: “*La parte ahora dirige su recurso contencioso contra el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana en los términos municipales de Almonte, Bonares, Lucena del Puerto, Moguer y Rociana del Condado (Huelva).*”

No obstante, su pretensión anulatoria se dirige no solo contra el anterior decreto, sino también contra el Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana y se crea su Comisión de Seguimiento.

Como señala la propia demanda, la pretensión contra este último decreto se ejercita de forma indirecta, lo que a continuación se resolverá a la vista de las alegaciones de inadmisión que realiza la administración demandada.

En todo caso, estando esta impugnación indirecta de disposiciones generales ex artículo 26 de la ley jurisdiccional limitada a denunciar vicios materiales o sustantivos, no cabe que se

aproveche este recurso indirecto para denunciar motivos formales o de procedimiento. Con lo que entendemos que no cabe sino confirmar la denegación de la ampliación del expediente en el que insiste el recurrente, por cuanto que este decreto como norma que es, ha sido debidamente publicado en boletín oficial y en principio puede ser impugnado por los motivos referidos.

Inadmisión del recurso contencioso por desviación procesal o extemporaneidad respecto del Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana y se crea su Comisión de Seguimiento.

La administración demandada pretende en primer lugar la inadmisión del recurso contra el decreto más arriba citado, por cuanto que el recurso contencioso se dirigió exclusivamente contra el Decreto 178/2014, quedando este como único objeto del recurso contencioso. Sin que sea ahora posible pretender la nulidad del Decreto 341/2003, incurriendo con ello en desviación procesal. Subsidiariamente, de entender que no hay tal desviación, inadmisión del recurso contra el Decreto 341/2003 por ser manifiestamente extemporáneo.

La inadmisión propuesta debe ser desestimada. En el caso de autos, no hay impugnación directa del Decreto 341/2003 y sí una impugnación indirecta conforme al artículo 26 y 27 de la ley jurisdiccional.

De modo que aprovechando el recurso contra el objeto del recurso, se impugna de forma indirecta la disposición general en aplicación de la cual, se dicta aquel.

Lo que debemos plantearnos, no es tanto si cabe la impugnación indirecta de disposiciones generales con ocasión del recurso directo contra otra disposición general a tenor de la literalidad del artículo 26, lo que ha sido admitido por la jurisprudencia, sino sí por ser las dos disposiciones impugnadas del mismo rango, cabe la impugnación indirecta de la disposición general precedente.

Así el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación 806/2015 (Sección 5ª) dispone en su Fundamento Noveno lo siguiente: “El motivo no puede ser acogido, por varias razones que, aun consideradas una a una, lo harían inviable. La primera de ellas es que no cabe entender impugnada indirectamente una norma anterior; el citado Decreto de la Junta de Andalucía 89/2007, que es el que, en su artículo 5, prevé y regula la Comisión de Redacción del Plan Territorial -órgano cuya existencia misma controvierte la recurrente-, dado que tal norma se había dejado consentida; además, se trata de una disposición de igual rango normativo que la directamente impugnada -lo que excluye toda posibilidad de promover recurso indirecto como subterfugio para soslayar la devenida inimpugnabilidad del reglamento-; por otra parte, la impugnación indirecta ha de plasmarse en una pretensión reconocible, no siendo el trámite de conclusiones el momento procesal para suscitarse ex novo. Además, respecto de la concreta materia objeto de polémica, no se suscita entre ambos decretos autonomía dependiente normativa alguna.

Por otra parte, el contenido del artículo 5 del Decreto 89/2007, que regula la composición y funciones de la Comisión de Redacción, no encuentra desarrollo, ejecución o complemento alguno, respecto de la concreta materia objeto de polémica, en el Decreto de la Junta de Andalucía 26/2009, de 3 de febrero, que aprueba el POTLA y crea su Comisión de Seguimiento, lo que significa que ni por razones de jerarquía ni por las relativas al contenido de la norma impugnada tiene cabida aquí el recurso indirecto del artículo 26.1 LJCA (aunque sería más correcta la cita del apartado 2 del artículo).

En definitiva, lejos de desatender el artículo 26 de la LJCA y la jurisprudencia que lo ha interpretado en sentido extensivo, la sentencia se atiene a tal doctrina, pues una cosa es la expansión, que hoy es cuestión pacífica, del mecanismo procesal de la impugnación indirecta con ocasión del recurso contra una actividad que no es, en rigor, un acto (administrativo) de aplicación, sino una disposición general, y otra distinta admitir la impugnación indirecta de una norma no jerárquicamente superior a la que se recurre.

Cabe mencionar al respecto nuestra reciente sentencia de 4 de diciembre de 2014 (recurso de casación nº 3442/2012), recogida en la más reciente de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación nº 3442/2012), en que se declara lo siguiente:

“[...] Tampoco ha conculcado la Sala sentenciadora lo dispuesto por el artículo 27.2 de la Ley de esta Jurisdicción, porque, aun cuando fuese competente para conocer del recurso directo frente a la indicada Modificación Puntual del Plan General Metropolitano aprobada en el año 2006, no se está ante el supuesto previsto en el artículo 26 de la propia Ley Jurisdiccional, que contempla el denominado recurso indirecto, y ello precisamente según la doctrina jurisprudencial que los mismos demandantes, ahora recurrentes en casación, invocaban en su escrito de demanda, ya que la Modificación Puntual del Plan General Metropolitano, aprobada en 2009, no constituye un planeamiento derivado o de desarrollo de la Modificación Puntual del mismo Plan aprobada en 2006 sujeto al principio de jerarquía normativa, sino que se trata de una norma de idéntico rango que modifica la anterior, como lo ha considerado esta Sala del Tribunal Supremo, concretamente en las dos Sentencias, de fechas 9 de febrero de 2009 (recurso de casación 5938/2005) y 25 de septiembre del mismo año (recurso de casación 553/2005), transcritas en su demanda por los ahora recurrentes [...]”.

Por otra parte, la sentencia de 10 de junio de 2013 (recurso de casación nº 995/2010), señala lo que a continuación transcribimos: “[...] SEGUNDO.- Antes de adentrarnos en el examen del motivo de casación articulado, conviene hacer una observación en torno al criterio de la sentencia de instancia, según el cual su pronunciamiento anulatorio no podía alcanzar al Plan General, al no estar formalmente recurrido, y considerar que la impugnación indirecta se trata únicamente de un motivo del recurso.

Sucede que la sentencia de instancia estima el recurso anulando los instrumentos de desarrollo por razón de no haberse incluido en el sector NP-15 (de suelo urbanizable) una franja de terreno integrada en la zona de afeción de la red primaria estructural, Autovía Alicante-Al-

coy, adscrita por el planeamiento general al suelo no urbanizable.

Si la sentencia consideraba incorrecta la clasificación, la causa de la invalidez radicará en el instrumento de ordenación general, al que corresponde la primera decisión de organización espacial del territorio al establecer las subdivisiones primarias del suelo, a través de la clasificación, mientras que los instrumentos de desarrollo, en este punto, vienen vinculados y subordinados al primero, sin que constituya obstáculo para su anulación que el recurso contencioso se dirijese sólo de manera indirecta frente al Plan. Respecto de esta clase de impugnaciones hemos observado que no es necesario que en el recurso indirecto se cite en el escrito de interposición la norma en cuya ilegalidad se fundamenta, sino sólo el acto de aplicación que se recurre- de este modo, no es obstáculo, para examinar la eventual ilegalidad del Plan General (y tampoco para declararla), la falta de una articulación expresa y formal de la impugnación indirecta.

En sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004) hemos insistido «en la flexibilidad con la que la jurisprudencia viene interpretando los requisitos precisos para tomar en consideración procesalmente una impugnación indirecta de una disposición de carácter general, ya que la misma en modo alguno requiere una formal plasmación de tal impugnación en el suplico de la demanda, resultando, por el contrario, suficiente la deducción de tal intención de los términos expresos o implícitos de los razonamientos que se efectúen».

Por otra parte, resulta también oportuno recordar que «si bien el artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción contencioso- administrativa se refiere a “actos que se produzcan en aplicación” (apartado 1) y a “actos de aplicación” (apartado 2), sin embargo ello no excluye que cuando estamos ante normas reglamentarias enlazadas que se rigen por un criterio jerárquico, de modo que el contenido de las de superior rango es “aplicado” y desarrollado por las de rango inferior, sean de aplicación igualmente las relaciones propias de la impugnación indirecta, en la medida que la ilegalidad de la norma de cobertura se proyecta sobre la norma de aplicación» (Sentencias de 16 de junio de 2011 -recurso de casación 6207/2007 - y de 4 de Noviembre del 2011 -recurso de casación 6062/2010)- [...]”.

Es fundamental en el esquema impugnatorio descrito la ordenación jerárquica entre ambas normas o disposiciones -en este caso, estamos ante dos decretos autonómicos que arbitran sendas fases en la ideación y elaboración de un plan territorial-, por tres razones concurrentes: a) de no ser así, quedaría desnaturalizado el espíritu del precepto, que tiene su límite estructural en la referencia a los actos de aplicación, concepto que por más amplitud que admita, no puede comprender las normas jurídicas iguales en rango y competencia; b) pretender lo contrario sería convertir la impugnación indirecta, de facto, sólo válida con ocasión de la impugnación de actos de aplicación, en

una especie de impugnación directa que mantendría siempre abierto el plazo de recurso; c) finalmente, una norma reglamentaria no puede erigirse en parámetro de la juridicidad de otra norma que no sólo posee el mismo rango y competencia, sino que por esa razón desplaza, complementa o sustituye a la primera.”

En el caso de autos, y aunque estamos ante sendos decretos, lo cierto es que el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana es norma subordinada y de desarrollo del Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana.

Así resulta a la vista de la normativa en que se funda cada uno de ellos. El decreto 341/2003, se dicta al amparo de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La cual dispone respecto de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional lo siguiente:

Artículo 23.1. Los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional serán vinculantes para los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y para el Planeamiento Urbanístico General.

2. *En el Decreto de aprobación de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional se determinarán los plazos para la adaptación de los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio y del Planeamiento Urbanístico General, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.1, d).*

3. *Las propuestas de adaptación del Planeamiento Urbanístico General deberán ser tramitadas de acuerdo con el procedimiento establecido en la legislación urbanística para su revisión o modificación.*

4. *Las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional que sean de aplicación directa prevalecerán desde su entrada en vigor sobre las determinaciones de los planes citados en el apartado 1 de este artículo anteriormente aprobados.*

A esta naturaleza corresponde el Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana, de acuerdo con la Disposición adicional cuarta de esta misma ley: “1. En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía los instrumentos de ordenación del territorio establecidos en esta Ley sustituyen a los Planes Directores Territoriales de Coordinación previstos en el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto 1/1992, de 26 de junio, no siendo de aplicación cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

2. Los Planes Directores Territoriales de Coordinación aprobados con anterioridad continúan en vigor a la promulgación de la presente Ley. Su revisión o modificación se someterá a las disposiciones contenidas en esta Ley para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional.”

Por su parte el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, se dicta al amparo de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que en su artículo 7 dispone: Instrumentos de planeamiento y restantes instrumentos de la ordenación urbanística.

1 La ordenación urbanística se establece, en el marco de esta Ley y de las normas reglamentarias generales a que la misma remite y de las dictadas en su desarrollo, así como de las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio en los términos dispuestos por la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por los siguientes instrumentos de planeamiento:

- a) Planeamiento general: Planes Generales de Ordenación Urbanística, Planes de Ordenación Intermunicipal y Planes de Sectorización.*
- b) Planes de desarrollo: Planes Parciales de Ordenación, Planes Especiales y Estudios de Detalle.*
- c) Catálogos.*

2. Las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística, las Ordenanzas Municipales de Edificación y las Ordenanzas Municipales de Urbanización contribuyen a la correcta integración de la ordenación urbanística y, en su caso, complementan la establecida por los instrumentos de planeamiento.

Y asimismo resulta de lo dispuesto en el propio Decreto recurrido cuando en su artículo 3 sobre su naturaleza señala: “1. El presente Plan Especial supramunicipal es formulado por Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en desarrollo de la recomendación contenida en el artículo 72 del POTAD. Sus objetivos responden a los apartados a, e y f del artículo 14 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

2. El Plan goza de naturaleza jurídica normativa de rango reglamentario y, en desarrollo de la normativa de ordenación territorial y urbanística así como del POTAD, establece una estructura funcional a las zonas de regadío al norte de la corona forestal de Doñana, estableciendo criterios orientados al logro de los objetivos definidos en el artículo anterior.

3. El Plan está sometido jerárquicamente al Plan de Ordenación del Territorio del ámbito de Doñana, rigiéndose sus relaciones con los planes urbanísticos vigentes en su ámbito de aplicación por los principios de especialidad y competencia.

4. *Las determinaciones de este Plan están sometidas al ordenamiento jurídico vigente en el momento de su aplicación.*”

Con ello concluimos que debemos desestimarla causa de inadmisión deducida de contrario y continuar con el examen del recurso.

Falta de legitimación del recurrente.

Se alega por la administración demandada como causa de inadmisión, la falta de legitimación de los recurrentes para impugnar el decreto recurrido. Y ello se dice por no ostentar derecho sobre fincas afectadas por el plan especial impugnado.

No obstante no es así. Se acompañan con la demanda documentos (1 a 3) de los que resulta que los recurrentes son concesionarios de parcelas por parte del Ayuntamiento de Moguer. Con lo que más allá de los legítimos intereses que también le puedan corresponder al titular de los terrenos, parece claro que el parcelista, en cuanto quien explota la finca, tiene unos intereses legítimos que pueden verse afectados por la norma impugnada y para los que no precisa ser propietario de los mismos.

El motivo de inadmisión debe por tanto ser desestimado.

Nulidad por incompetencia territorial.

La pretensión anulatoria formulada en primer lugar por los recurrentes descansa en la incompetencia de los dos decretos impugnados para regular los caudales del Guadalquivir y Guadiana (por el Chanzas) que afectan a la zona delimitada por ambas normas. Y ello por la tratarse de cuencas intercomunitarias, competencia del Estado y no de las Comunidades Autónomas.

Especial atención se presta a la sentencia del Tribunal Constitucional de 30/2011, de 16 de marzo, mediante la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en cuanto que atribuía a esta comunidad competencia sobre la cuenca del Guadalquivir que discurriesen por el territorio de la misma.

Sobre la base de la eficacia de esta sentencia, que de forma inmediata supone la nulidad del artículo citado, se pretende la nulidad de los decretos impugnados en cuanto que invaden competencias estatales.

La administración demandada se opone alegando que a ninguno de los dos decretos le afecta la sentencia del Tribunal Constitucional comentada y con

ello, la nulidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007 y la atribución de competencias que realizaba.

Refiere que ambos decretos se dictan en ejercicio de la competencia autonómica de ordenación del territorio, siendo perfectamente posible que sobre un mismo espacio, concurren competencias de distintas administraciones públicas, para lo que el ordenamiento contempla diversos mecanismos de colaboración. Asimismo denuncia que no se advierte por la demanda cuales son los preceptos concretos de los decretos atacados que colisionan con las competencias estatales.

A la hora de resolver este primer argumento contra los decretos impugnados, resulta preciso no perder de vista, cuáles son los objetivos de los mismos.

Y así debemos efectivamente señalar que ambos decretos, se dictan al amparo de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio. De tal modo que el Decreto 341/2003 responde específicamente, como más arriba se ha dicho, al modelo de Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional. Mientras que el Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, se dicta al amparo de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en cuanto que plan de ordenación.

En el caso de ambos decretos, la ordenación es esencialmente de zonas de regadío, y con ello se persiguen los objetivos que se enumeran en el artículo 2 del Decreto 178/2014, los cuales responden a las previsiones del artículo 14 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía :

“1. Los Planes Especiales pueden ser municipales o supramunicipales y tener por objeto las siguientes finalidades:

a) Establecer, desarrollar, definir y, en su caso, ejecutar o proteger infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, así como implantar aquellas otras actividades caracterizadas como Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.

e) *Conservar, proteger y mejorar el medio rural, en particular los espacios con agriculturas singulares y los ámbitos del Habitat Rural Diseminado.*

f) *Conservar, proteger y mejorar el paisaje, así como contribuir a la conservación y protección de los espacios y bienes naturales.”*

Con ello se incardina la competencia para dictar el decreto impugnado, y con este, el POTAD que le procede, en competencias cuya titularidad sí corresponden sin duda alguna a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Especialmente cabe destacar el artículo 72 del POTAD que es el que sirve de

cobertura para desarrollar ahora esa ordenación de zonas de cultivo con derecho legal a riego. En cuanto que dispone la formulación de un plan especial de ordenación en las zonas de cultivo en regadío con derecho legal a riego.

A esta idea responde entendemos, el artículo 13, que respecto a la cuestión más polémica del decreto, como es la relativa a la ordenación de los usos del suelo y zonificación señala: “Es objetivo del Plan en relación a los usos del suelo, la ordenación del uso agrícola, y del uso forestal, así como de los usos vinculados a ambos que tengan incidencia en la protección de los recursos naturales.”

Se trata de competencias encajables en las que ya hemos citado como atribuidas a las comunidades autónomas.

Existe por otra parte en el Decreto 178/2004 una afección a los recursos hídricos de los que pueden disponer los espacios afectados por esta nueva ordenación. Al mismo se dedica el Título Tercero, que regula diversas materias como la explotación de aguas subterráneas, distribución de recursos hídricos, deslinde de dominio público hidráulico, revisión y ordenación de aprovechamientos, y en los que se refiere siempre a la Administración hidráulica competente. Esta concurrencia de competencia es la que se contempla en el artículo 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, que bajo la rúbrica Colaboración con las Comunidades Autónomas dispone: “Las Confederaciones Hidrográficas emitirán informe previo, en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen, sobre los actos y planes que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, entre otras, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional, siempre que tales actos y planes afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía, teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno.”

Con lo expuesto, la ley prevé que en materias como las que estamos viendo, la planificación autonómica se acomode a las disposiciones que en materia hidráulica correspondan al Estado.

En este sentido, consta el informe correspondiente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (folios 1623 y 1624) en el que con cita del artículo inmediatamente transcrito, se muestra la conformidad con las estipulaciones del plan de ordenación aprobado.

- Nulidad por razón de la materia.

Seguidamente se fundamenta la nulidad de los dos decretos impugnados en la invasión de competencias que son propias del Estado. Se refiere de esta manera que los decretos regulan materias que inciden en el dominio público hidráulico, las comunidades de usuarios, los recursos naturales, la conservación de espacios naturales, montes y transferencia de recursos hídricos intercuenas.

Específicamente y respecto a la regulación contenida en los decretos impugnados, señala que se regula indebidamente las comunidades de usuarios; que no se invoca expresamente como título habilitante la Ley de Montes de Andalucía 2/1992 y que no se respeta la legislación estatal en esta materia; así como que se realizan transferencia de recursos hídricos de las cuencas colindantes a la del Guadalquivir careciendo de competencias para ello.

La administración demandada se opone a este argumento diferenciando según se impugne uno u otro decreto.

Por lo que se refiere al Decreto 341/2003, de 9 de diciembre (POTAD) insiste en la concurrencia de competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma, así como la “imprecisión y vaguedad” de los vicios alegados por la parte recurrente.

Respecto al Decreto 178/2014, de 16 de diciembre considera que el mismo es plenamente compatible con las competencias que corresponden al Estado, negando que exista extralimitación en las disposiciones del decreto en lo que respecta a los espacios naturales o montes.

Señala así que el artículo 29 de este decreto contiene una remisión general a lo previsto en legislación de aguas, que excluye per se cualquier supuesto de extralimitación competencial.

Y en cuanto a la coordinación del plan especial con la planificación hidrológica, competencia del Estado, la misma ya se prevé en la legislación de aguas (40 y siguientes).

Por lo que se refiere a este argumento de la demanda, debemos en primer lugar coincidir con la parte demandada en que no hay una impugnación concreta de preceptos que invadan las competencias del Estado señaladas. Así la demanda se refiere a las competencias que el Estado tiene en las materias enunciadas arriba, pero sin que podamos concluir que bien los decretos impugnados de forma general, bien algún artículo de los mismos, invadan competencias del Estado. Y ello por cuanto que como más arriba hemos dicho, ambos decretos parten del ejercicio por la Comunidad Autónoma de competencias que le vienen a la misma atribuidas de forma exclusiva. El desarrollo de las mismas, es cierto que entra en conexión con otra serie de materias

atribuidas a la competencia estatal. Pero sin que esa conexión se advierta por ahora que excede de los límites legales y constitucionales impuestos.

Precisamente en atención a la existencia de esas competencias estatales y autonómicas conexas, la legislación del Estado contempla instrumentos o técnicas de coordinación con la actividad de las comunidades autónomas en el ejercicio por estas de competencias propias.

En este sentido, la legislación de aguas, por citar la materia que más directamente puede verse afectada por la ordenación de los regadíos, contempla efectivamente dentro de la planificación hidrológica que: “La política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas, sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite” (art. 40.2); así como respecto a la elaboración de los planes, “Los planes hidrológicos se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua como a los del suelo, y especialmente con lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios.” (artículo 41.4).

Y en este sentido así está previsto en el Real Decreto 355/2013, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir en su artículo 22.2.: Son compatibles con este Plan Hidrológico las siguientes transformaciones* en el perímetro de la corona forestal del Norte de Doñana (Sistema 1 Guadamar podrán otorgarse nuevas concesiones siempre que se cumplan las siguientes condiciones: 1.ª Que en su conjunto las extracciones de la zona se ajusten a lo establecido en los estudios hidrológicos e hidrogeológicos realizados por el IGME, de acuerdo con el Convenio vigente entre este Organismo y el Organismo de cuenca, o con futuros desarrollos de dicho Convenio. 2.ª Que sean conformes a lo que resulte del Plan Especial de Ordenación de las Zonas de Regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana. 3.ª Que no se ponga en riesgo el buen estado de la masa de agua; así como en el Real Decreto 1329/2012, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Tinto, Odiel y Piedras en su artículo 23.

- Nulidad por omisión de trámite de información previa.

Señala la demanda a continuación la nulidad de ambos decretos por omitir como trámite preceptivo la audiencia al Patronato del Parque de Doñana.

Debemos diferenciar para resolver esta cuestión entre el decreto objeto del recurso contencioso examinado, y el decreto objeto del recurso indirecto.

Por lo que se refiere al segundo, hay que recordar que la impugnación del mismo se produce de forma indirecta, aprovechando el recurso directo contra el decreto 178/2014.

Pues bien, la jurisprudencia es unánime a la hora de considerar que la impugnación indirecta de disposiciones general debe sustentarse en defectos o vicios de carácter material, pero sin que sea ahora posible suscitar la posible nulidad de la disposición por un defecto de forma.

Y en cuanto a la nulidad por omisión de este trámite en el decreto 178/2014, si examinamos el mismo comprobamos como se refiere que fue objeto de informa favorable por el Consejo de Participación del Espacio Natural de Doñana en sesión de 11 de abril de 2014. Sin que en la demanda se haya realizado objeción alguna a si este trámite es o no adecuado o insuficiente.

Vulneración de la autonomía local.

Se pretende en la demanda la nulidad de los decretos por vulneración de la autonomía local de los municipios en lo que se refiere a la gestión de sus bienes.

Ninguna duda tenemos conforme se indica en la demanda de la delimitación de las competencias municipales frente a la actuación estatal o autonómica. Ocurre que en el caso de autos, la ordenación territorial ejercida incide sobre el territorio, valga la redundancia, cualquiera que se la titularidad del mismo, de titularidad privada o municipal. No afectando el decreto a la concreta gestión del patrimonio local, y sí a la efectiva ordenación de los usos que según el plan especial sean o no posible.

Vulneración del derecho de propiedad.

Se señala en la demanda que con la regulación que se hace en los decretos impugnados de montes ya aguas subterráneas, en cuanto que susceptibles de propiedad privada, se lesiona el derecho normal de los propietarios, incurriendo en expropiación de derechos.

Asimismo, se recuerda la reserva de ley que se impone constitucionalmente para la regulación del derecho de propiedad.

La administración autonómica se opone al señalar que en modo alguno se regula derecho de propiedad o se restringe el contenido del mismo.

En el caso de autos los decretos no hacen ninguna regulación del derecho de propiedad de los suelos afectados, y sí la ordenación territorial de los mismos.

Y ello de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que expresamente respecto de lo que es el contenido básico del propietario del suelo, señala primero en el artículo 11.1: “ El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. “;y en su artículo 12: “1.El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.”

Específicamente por los que respecta al suelo rural o no urbanizable, se dispone en el artículo siguiente: “ En el suelo en situación rural a que se refiere el artículo 21.2,a), las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.”

De modo que efectivamente, más allá de la ordenación de los regadíos que se pretende con los decretos impugnados, el derecho de cada propietario, público o privado de los terrenos afectados, no puede verse afectado en cuanto a sus facultades dominicales preexistente por la regulación contenida en los mismos. Pero no es eso lo que en este momento se aprecia del decreto recurrido. El cual si bien es cierto que establece una ordenación de los regadíos de los suelos afectados, no lesiona el derecho dominical del titular de las parcelas ordenadas con esta regulación. Cuestión distinta será, lo que en el caso de autos no ocurre, que el titular de los terrenos considere que esa nueva ordenación respecto de su finca concreta merme o recorte derechos que inherentes a su propiedad tuviera previamente reconocidos. Lo cual evidentemente le permitirá reaccionar bien contra la específica ordenación de la parcela afectada, bien frente a los actos aplicativos de estos decretos que hayan de adoptarse.

Extralimitación de los decretos

Se fundamenta a continuación que los decretos impugnados exceden en su regulación de lo que le permite la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Indicando a si mismo una serie de preceptos de esta última ley que consideran contrarios a la Constitución.

Se refiere así el artículo 11.1 g que señala: 1. Los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional tendrán el siguiente contenido: g) Los demás aspectos que el Consejo de Gobierno considere necesario incluir para la consecución de los objetivos del plan.

Y el artículo 13 apartados 5 y 6 que dispone: “5. Redactado el plan, se someterá a información pública, por un plazo no inferior a dos meses, y audiencia a las Administraciones y Entidades Públicas afectadas por razón de su competencia.

6. El plan será aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno, dando cuenta al Parlamento y publicándose en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» para su efectividad.”

Así como la DA 4- que se dice ha sido vulnerada por el decreto 178/2014 . Por último Se considera también que invaden competencias estatales, el Anexo II de la ley, en su apartado I sobre actividades de planificación, los puntos: 9. Planificación hidrológica. 10. Planificación regional y subregional de infraestructuras de aducción y depuración de aguas. 11. Planificación de infraestructuras y equipamientos para la gestión de los residuos: así como en su apartado II sobre actividades de intervención singular los puntos . Embalses destinados a abastecimiento de agua a poblaciones o para regadíos con una capacidad superior a 15 hm³. 6. Infraestructuras supramunicipales de aducción y depuración de aguas. 7. Infraestructuras y equipamiento ambiental para el tratamiento de residuos. 10. Transformación en regadío de zonas con superficie igual o superior a 500 Has.

Tampoco en este caso se aclara en que medida concreta los decretos exceden de los límites legales impuestos, o en que medida la disposición legal trascrita resulta inconstitucional.

Por último se denuncia el empleo de términos imperativos a la hora de referirse a las disposiciones contenidas en los decretos respecto de distintas administraciones públicas.

Entendemos que las normas jurídicas per se, tienen la condición de imperativas, y mandan y obligación con arreglos a los efectos generales de las mismas.

Evidentemente la ordenación territorial como se ha dicho, incide sobre diversos ámbitos competenciales, todos ellos concurrentes entre sí. Y será en cada caso concreto en el que se pretenda la aplicación del decreto, con obligaciones frente a particulares, pero también frente a otras administraciones públicas, local o estatal, cuando habrá de hacerse valer en su caso, una extralimitación en la aplicación del decreto.”.

Por todo ello procede la desestimación del recurso.

TERCERO.- No se aprecian méritos suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia tanto por la desestimación de la pretensión de inadmisión del recurso de la demandada como al apreciar este Tribunal la complejidad de las cuestiones de derecho discutidas.

Vistos los preceptos legales de general aplicación,

(St. de 2 de noviembre de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Vargas Cabrera).

XXI. URBANISMO Y VIVIENDA

Naturaleza de los Patrimonios del suelo. Artículo 72 LOUA en relación con el artículo 3 del Reglamento de Bienes de las entidades locales de Andalucía de 24 de enero de 1986.

Se recurre mediante la presente apelación la sentencia de fecha 2-12-13, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba, que desestimó el recurso interpuesto por la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía contra el Acuerdo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Córdoba de 16-1-13 por el que se aprobaba la constitución de un derecho de superficie para la implantación por entidad privada de equipamiento deportivo en la parcela 1.13 del proyecto de reparcelación de la unidad de ejecución del sector RENFE PEGOU y calificación urbanística de equipamiento comunitario.

En su escrito de apelación de la sentencia, se insiste por la Junta recurrente en la nulidad del acuerdo recurrido, ya que la parcela sobre la que se constituye el derecho de superficie es demanial y, por tanto, no susceptible de de gravamen ni enajenación.

Por su parte, el Ayuntamiento de Córdoba, mantiene que se trata de un bien de naturaleza patrimonial y que, por ello, puede ser objeto de gravamen.

La cuestión controvertida ha sido ya resuelta por reciente sentencia de esta misma Sala y Sección de 5-5-16 (rec. 59/15), dictada en recurso de apelación contra sentencia de 31-10-14, dictada por el mismo juzgado de lo contencioso-administrativo número 4 de Córdoba , que examinando un supuesto similar expone:

« *TERCERO.*- El recurso -cabe anticipar- debe ser estimado. Ciertamente el artículo 3.4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de An-

dalucía (Decreto 18/2006, de 24 de enero) literalmente dice: “la afectación de inmuebles al uso o servicio público, como consecuencia de la ejecución de planes urbanísticos se entenderá producida en todo caso, en el momento de la cesión del bien a la Entidad Local conforme disponga la legislación urbanística”. Este precepto es trasunto de lo dispuesto en el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (artículo 3.2) y en la propia Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía .

El señalado precepto reglamentario no colisiona con lo dispuesto en el artículo 72 b) de la LOUA el cual establece que integran el patrimonio público del suelo: b) Los terrenos y construcciones obtenidos en virtud de las cesiones que correspondan a la participación de la Administración en el aprovechamiento urbanístico por ministerio de la ley o en virtud de convenio urbanístico. El destino de tales bienes integrantes así como la posibilidad de disposición aparece regulada en los artículos 75 y 76 de la LOUA. Sobre su base el artículo 77 del mismo texto legal establece que: “ Las Administraciones y demás Entidades Públicas, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en bienes de su propiedad o integrantes del patrimonio público de suelo correspondiente con destino a cualquiera de los usos permitidos por la ordenación urbanística, cuyo derecho corresponderá al superficiario.

La concesión del derecho de superficie por cualquier Administración y demás entidades públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos.

En cuanto a su régimen jurídico, se estará a lo dispuesto en la legislación estatal.

El procedimiento de constitución del derecho de superficie sobre suelos pertenecientes a los patrimonios públicos de suelo, se regirá por lo dispuesto en el artículo anterior para los diversos supuestos.”.

Estos preceptos del texto legal autonómico no obstan a la consideración de dominio público de los terrenos señalados puesto que, como la sentencia indica, se trata de un Patrimonio Municipal del Suelo que en base a la regulación que se transcribe, cumple unas finalidades y tiene una naturaleza diversa del dominio público. Así en el artículo 69 de la LOUA, “ Clases y constitución de los patrimonios públicos de suelo”, se dice:” 1. La Comunidad Autónoma de Andalucía y los municipios, por sí o mediante organismos y entidades de Derecho Público, deben constituir y ejercerla titularidad del Patrimonio Autonómico de Suelo y los Patrimonios Municipales de Suelo, respectivamente, con las siguientes finalidades:

- a) *Crear reservas de suelo para actuaciones públicas.*
- b) *Facilitar la ejecución de los instrumentos de planeamiento.*
- c) *Conseguir una intervención pública en el mercado de suelo, de entidad suficiente para incidir eficazmente en la formación de los precios.*
- d) *Garantizar una oferta de suelo suficiente con destino a la ejecución de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública .”.*

Cumpliendo finalidades públicas ambas categorías de bienes de la administración no son lo mismo y, partiendo de que la administración autonómica no la considera sino de naturaleza demanial, esto constituye el núcleo del debate.

La STS de 1 de octubre de 2003, recurso de casación nº 7253/1999 .estando en el debate de ese litigio la contravención de los artículos 79 a 81 de la Ley de Bases del Régimen Local y los del Real decreto 1372/1986 , (Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales) , 2, 3, 4, 8 y 74 que cita expresamente, preceptos mutatis mutandi, aplicables al presente (tratándose de un supuesto táctico semejante al que nos ocupa), dice que el alto Tribunal : “... ha declarado en numerosas ocasiones que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes de las Entidades Locales, sino por su afección real a un uso o servicio público, siquiera la inclusión en el catálogo pueda en principio apuntar a favor de esa naturaleza. Así la Sentencia de 28 de marzo de 1989 declaró que la realidad del destino del bien ha de prevalecer sobre la apariencia formal, y las de 5 de abril de 1993 y 23 de mayo de 2001 se manifiestan en el mismo sentido.

Sin embargo, la circunstancia de que la parcela urbana cedida al Ayuntamiento a cambio del otorgamiento de una licencia de obras, con la finalidad -un tanto genérica- de construir una biblioteca, haya permanecido durante un cuarto de siglo sin destinarse al objeto que se había especificado en su otorgamiento, no es circunstancia que implique “per se” su desafectación al servicio público, ya haya estado primitivamente adscrita, hablando en términos urbanísticos, a cubrir necesidades de naturaleza asistencial-religiosa, ya con posterioridad se haya adscrito a fines socio-culturales. El carácter de adscripción a un servicio público resulta patente desde ambos puntos de vista, y las declaraciones de la sentencia dictada en el recurso 434/95 en nada modifican esta conclusión.

Este Tribunal (Sentencia de 21 de junio de 2002) lo único que ha confirmado es la procedencia de la modificación puntual operada en el Plan General de Zaragoza al trasponer la adscripción del terreno cuestionado de la finalidad

asistencial-religiosa a la socio- cultural; pero en absoluto ha ido más allá de la pertinencia de esa modificación de carácter urbanístico, ni menos todavía se puede deducir de dicha resolución que la modificación puntual de la planificación ya existente significase el equivalente a una desafectación del carácter demanial del bien inmueble inventariado como tal.

Ha de concluirse, por todo lo razonado, que asiste la razón a los recurrentes cuando denuncian la infracción de lo dispuesto en los artículos 79 , 80 y 81 de la LBRL y 2, 3, 4, 8 y 74 del Reglamento de Bienes , desde el momento en que se ha constituido un derecho real de superficie sobre un bien de carácter demanial prescindiendo del expediente que regula el artículo 8 del Reglamento citado, lo que ha de determinar la casación de la sentencia recurrida por el motivo invocado.”.

En igual sentido; STS de 2 de Febrero de 2004, Rec. 7983/1998 y STS de 22 de Marzo de 2013, Rec. 306/2010 y la de esta Sala , sede Málaga, de 23 de Diciembre de 2010, Rec. 1895/2008 .

Por todo ello podemos concluir afirmando que la parcela de terreno en cuestión no pertenecía al Patrimonio Municipal del Suelo, pues era de dominio público en base a las siguientes razones:

En primer lugar cabe destacar que es incuestionable la asignación de destino de equipamiento comunitario según el planeamiento general urbanístico de Córdoba. *Que dicha calificación determina la asignación” para dotar a los ciudadanos de las instalaciones y construcciones que hagan posible su educación, su enriquecimiento cultural, su salud y bienestar y a proporcionar los servicios propios de la vida en la ciudad tanto los de carácter administrativo como los de abastecimiento añadiendo que en la regulación pormenorizada se definen los usos de asistencia sanitaria entre los de interés público y social”* resultando de esta manera llana su naturaleza demanial.

En segundo lugar, la circunstancia de aparecer en el informe del Jefe de Planeamiento la ficha inventariada de la parcela en cuestión calificada como “patrimonial”, conforme a la jurisprudencia de la casación antes expuesta, no determina su naturaleza y menos aún el hecho constatado de que se haya inventariado en el Patrimonio Municipal del Ayuntamiento de Córdoba con posterioridad a la interposición del recurso por la administración autonómica e incluso, de la formulación del escrito de demanda, pues *tempus regit factum* y en tal sentido no cabe sino calificar de improcedente , cuando menos, dicha inscripción una vez cuestionada jurisdiccionalmente la naturaleza del bien que no la despoja de su demanialidad .

Por último, el hecho de que otras dos parcelas se hubieren cedido a otras

entidades e incluso gratuitamente a la propia Junta de Andalucía (Decreto 19/2010, de 26 enero), que la aceptó en virtud el artículo 80 de la Ley 4/1986, del Patrimonio de Andalucía, con destino a la construcción del Centro Andaluz de Accesibilidad y Autonomía Personal, no desvela otra cosa sino un comportamiento contradictorio -prima facie- de la administración apelante que no obsta por las razones expuestas, a la invalidez del acto administrativo objeto de la presente demanda.

Por todo ello, cabe declarar que la resolución administrativa que acordaba la concesión de un derecho de superficie sobre el terreno objeto de la litis, es nula en la medida que infringe las normas sobre la inalienabilidad del dominio público local, naturaleza que tiene la parcela objeto del recurso destinada a Equipamiento Comunitario y por ello, de conformidad con la legislación antes expuesta así como lo prevenido en art. 2 de la Ley 7/99, de 29 de Septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y el artículo 3.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto 18/2006, de 24 de enero, siendo los bienes comunales y de dominio público inalienables, inembargables e imprescriptibles, el derecho de superficie a constituir resulta lesivo en cuanto a derecho real que afecta parcialmente a su inalienabilidad, y por tanto procede la estima del recurso anulando la resolución que constituye su objeto (Sin perjuicio, de conformidad con el artículo 9 del citado Reglamento, proceda la administración demandada a la alteración de la calificación jurídica del bien y desafectación del dominio público de la referida parcela, para que pueda constituirse sobre la misma un derecho de superficie).

Por todo ello el recurso debe ser estimado y en consecuencia procede anular la resolución objeto del mismo».

Por las mismas razones, y por congruencia con lo ya resuelto, procede también en este supuesto estimar el recurso de apelación.

No procede hacer expresa condena en las costas de ninguna de las dos instancias.

(St de 2 de junio de 2016. Sala de Sevilla. Ponente Méndez Martínez)