

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Sistema de impugnación de actos y acuerdos locales. Doctrina del Tribunal Supremo. Aprobación por silencio de Planes Generales de Ordenación Urbana: límites; carácter sinalagmático del principio; no puede exigirse el silencio si el expediente no estaba completo. Doctrina del Tribunal.

Primero. La Junta de Andalucía, con invocación expresa del artículo 65 de la Ley 7/85, impugna el acuerdo identificado en el antecedente de hecho primero de esta sentencia, adoptado por el Ayuntamiento demandado, y que declara aprobado por silencio administrativo el Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de La Viñuela.

El acuerdo objeto de impugnación, adoptado por el Ayuntamiento en Pleno, afirma que “el Plan General de Ordenación urbanística de la Viñuela ha sido aprobado definitivamente por silencio, siendo preciso para su total eficacia y vigencia proceder a su publicación en la forma prevista en la ley”. Acto seguido se produce una resolución con antecedentes y fundamentos de Derecho y con una parte dispositiva donde se vuelve decir, como acto del Pleno que “Acuerdo. Primero. Declarar definitivamente aprobado por Silencio Administrativo el Plan de Ordenación Urbanística de la Viñuela, en los mismos términos de su aprobación provisional tal y como consta en el documento técnico debidamente diligenciado. Aprobación que se produjo el día 9 de julio de 2007 por el transcurso del tiempo establecido en el artículo 32.4, párrafo tercero de la LOUA. (...) Tercero. Publicar el presente Acuerdo, así como el articulado del instrumento aprobado, íntegramente en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga.”

La pretensión revocatoria de la anterior resolución se basa, en esencia, en los siguientes fundamentos jurídicos

a) El expediente de elaboración del Plan remitido a la Administración autonómica el 7 de febrero de 2007 para su aprobación definitiva no estaba completo, pues carece del preceptivo Acuerdo Plenario de aprobación, de la Declaración de Impacto Ambiental, de los informes de organismos públicos afectados, por eso se emite escrito de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas el 20 de marzo de 2007 afirmando que “no

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

puede elevar el correspondiente expediente a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo para su conocimiento al haberse apreciado en el mismo deficiencias documentales y procedimentales (artículo 33-2 de la ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)”. Este requerimiento no puede estimarse extemporáneo, como se afirma en el antecedente decimocuarto de la resolución recurrida, porque existen requerimientos anteriores, a los que se remite el oficio de 20 de marzo de 2007. Requerimientos no cumplidos por la Administración municipal y que provocaron un apercibimiento de caducidad en el oficio de 20 de marzo de 2007 ante la paralización del expediente urbanístico por causas sólo imputables al Ayuntamiento demandado.

b) Entiende la Administración demandante que el artículo 33. 2 de la LOUA exige como premisa para que se produzca la aprobación por silencio del expediente de planeamiento remitido a la Administración autonómica que dicho expediente se encuentre completo. Por tanto el presupuesto de silencio no se cumple en el presente caso.

c) El acuerdo impugnado vulnera el ordenamiento jurídico, entre otras maneras, menoscabando la competencia de la Comunidad Autónoma andaluza en orden a la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbanística de los municipios radicados en territorio andaluz. Interfiriendo el ejercicio de dicha competencia y con extralimitación de las competencias municipales. El artículo 13. 2.a) del Decreto 220/06 otorga la competencia para aprobar definitivamente el Plan General a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Estamos, por tanto, ante el ejercicio por el municipio de una competencia claramente autonómica.

d) Además de esta extralimitación competencial el acuerdo provoca una revocación de los anteriores requerimientos hechos por la Administración Autonómica en orden a la adopción de determinados acuerdos municipales, incorporación informes sectoriales, y declaración de impacto ambiental. Acuerdos y requerimientos que pudieron ser objeto de impugnación, a pesar de ser actos de trámite, pues impedían la continuidad del procedimiento. Esta revocación por “vía de hecho” de los requerimientos adoptados por la Administración Autonómica no sólo incurren en la nulidad radical contemplada en el artículo 62. 1. e de la Ley 30/1992, por ausencia del procedimiento adecuado, sino que ha sido adoptados por órgano manifiestamente incompetente, y por ello, también incurre en la nulidad radical el artículo 62. 1. b del mismo texto legal, además de suponer un quebranto también del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución.

e) Por último, y aparte de las nulidades denunciadas, el artículo 40. 5 del Decreto 292/95 impide la aprobación definitiva del planeamiento si la Declaración de Impacto Ambiental no está incorporada en el expediente, pues, tal y como indica el artículo 20 de la Ley 7/94 de Protección Ambiental, la referida declaración es vinculante para el órgano sustantivo y sus condicionamientos han de ser incorporados a la aprobación. y como cons-

ta en el expediente administrativo (folio 229) el Ayuntamiento demandado, con fecha 9 de octubre 2006, insta la emisión de nueva declaración de impacto ambiental ante las modificaciones operadas en el planeamiento dentro de la fase de elaboración municipal (folios 180 y 179 del expediente). De hecho el día de 12 de diciembre 2006 el Ayuntamiento remite nueva documentación del PGOU a la Delegación Provincial de Medio Ambiente a los efectos de que se emita una nueva Declaración de Impacto Ambiental. Por tanto no se ha producido declaración de impacto ambiental sobre las nuevas determinaciones introducidas, pues el único existente en el expediente, tomo tercero, estaba datado en octubre 2004. Fecha anterior a las modificaciones introducidas.

El Ayuntamiento demandado se opone a la pretensión impugnatoria afirmando, en esencia, lo siguiente.

a) No es objeto del debate el cumplimiento o incumplimiento por parte del Plan General de Ordenación Urbanística del marco jurídico regulador de su contenido y procedimiento, cuestión que debió fundamentar la resolución expresa solicitada en su momento por el Ayuntamiento, sino si el silencio administrativo positivo declarado por el acuerdo adoptado por el Pleno se produjo efectivamente. También debe ser objeto del debate si este acuerdo plenario invade o vulnera el reparto competencial establecido en el ordenamiento jurídico y a cuya defensa se brinda el artículo 66 de la Ley 7/1985.

b) El Ayuntamiento demandado entiende que de acuerdo con la Ley 30/1992, reformada por Ley 4/1999, el transcurso de los plazos para resolver impone la aprobación por silencio del Plan remitido a la Administración Autonómica, pues ha transcurrido tanto el plazo máximo para resolver fijado en el artículo 32. 4 de la LOUA, como el plazo dado por dicho texto legal para que la Administración emita el requerimiento que evite el cómputo del plazo máximo para resolver.

En efecto, la Administración autonómica recibe el expediente en 7 de febrero 2007 y el ocho de marzo no emite ningún requerimiento específico relativo a la subsanación de deficiencias o insuficiencias del expediente presentado. Por tanto, superado el plazo establecido en el artículo 32.4 de la LOUA, hay que entender que el expediente estaba completo. Así las cosas el día ocho de julio del mismo año se cumplió el plazo máximo para resolver y, en consecuencia, se aprobó por silencio el Plan. La única posibilidad que le queda a la Administración autonómica es revisar, de oficio, la resolución presunta. Pero resolución en definitiva.

c) También considera que el cauce procesal previsto en el artículo 65 de la Ley 7/85 choca frontalmente con la pretensión de la demandante fundada sobre la supuesta invasión de competencias autonómicas y ello porque lo autorizado por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía es a impugnar por vulneración del artículo 65, no por la lesión competencial contemplada en el artículo 66 del mismo cuerpo legal, y que viene a ser el único cauce legítimo en defensa de la competencia autonómica frente a la actuación

municipal, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de mayo de 1999, recaída en el recurso de casación 841/1994.

Por ello solicita la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la Comunidad Autónoma o, en su caso, que se desestime la pretensión por haberse producido el silencio positivo.

La falta de legitimación de la Comunidad Autónoma será nuestro primer pronunciamiento, por afectar a la válida constitución de la relación jurídica procesal.

SOBRE LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO 65 DE LA LEY 71/1985. LEGITIMACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN EL CASO DE AUTOS. El Ayuntamiento demandado opone como causa de inadmisibilidad del recurso la falta de legitimación de la Comunidad Autónoma ya que la defensa de su propia competencia, ante una posible extralimitación competencial municipal, sólo puede hacerse a través del cauce del artículo 66 de la Ley 7/85. Cita en defensa de su tesis una sentencia del Tribunal Supremo que confirma una sentencia de esta Sala en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

a) Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación de los artículos 63, 65, 66 y 67 de la Ley 7185.

Por ser necesaria para la adecuada respuesta a la inadmisibilidad planteada debemos citar las sentencias más significativas sobre el ejercicio de las acciones de impugnación, basadas en legitimación cualificada contemplada en la Ley 7/1985, dentro de los pronunciamientos más recientes, pero por orden de antigüedad. Subrayando lo que consideramos doctrina aplicable al caso presente.

La STS Sala 3ª, sec. 2ª, S 5-10-2001, rec. 1497/1995, parte de un examen de las acciones contempladas en la Ley 7/85 y afirma que deben contemplarse como una graduación del mismo supuesto de hecho, sin que se acabe afirmando que estamos ante distintos procesos jurisdiccionales según se invoque el artículo 65, el artículo 66 o el artículo 67. Acaba afirmando que, en cualquier caso, no debe interpretarse restrictivamente la cita y legitimación contemplada en el artículo 65. Así en palabras textuales afirma nuestro Tribunal Supremo:

“En efecto, los preceptos invocados son los artículos 65 y 66 de la Ley 7185, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, argumentando la Corporación recurrente –dicho sea en síntesis– que las referidas normas establecen dos procedimientos diferentes para la impugnación de los Acuerdos de las Corporaciones locales, por la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas; –el del art. 65 – cuando se trate de una mera infracción del ordenamiento jurídico y el del art. 66, cuando se produce una extralimitación competencial, que no son –los procedimientos– acumulables, mientras la Sentencia ignora esa dualidad, incurriendo en inadecuación de procedimiento y no especifica la causa de anulación del acto impugnado, incurriendo en incongruencia frente a las peticiones de la Diputación de Girona, que invoca la Sentencia de 15 de marzo de 1993 en apoyo de su tesis.

– Nuevamente se plantea, ahora por la vía de un motivo de casación, la causa de inadmisibilidad esgrimida en la instancia y rechazada por la Sala sentenciadora. Para la correcta interpretación del alcance procesal que ha de darse al contenido de los invocados artículos 65 y 66 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, ha de partirse de la observancia de su inclusión en el capítulo III del Título V, bajo la rúbrica genérica de “Impugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones”. En su primer artículo (el 63) se establece la regla de legitimación activa en favor de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas para la impugnación de acuerdos de las Corporaciones Locales en sentido amplio, es decir, Diputaciones y Ayuntamientos y en los artículos 65. 66 y 67 se detallan las particularidades de motivos, plazos, requerimientos y medidas cautelares. en su caso. según se trate de acuerdos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, en una infracción que menoscabe o interfiera la competencia del Estado o las Comunidades Autónomas, o que se trate de acuerdos atentatorios gravemente al interés general de España, con lo que se traza una graduación en la gravedad de la vulneración del ordenamiento, pero sin que por ello, como acertadamente declaró la Sala de instancia, se establezcan diferentes procesos jurisdiccionales ya que todos cualquiera que sean sus particularidades en el procedimiento administrativo previo, se articulan por las reglas del recurso contencioso administrativo ordinario, con la sola especialidad de las fórmulas de suspensión, que en el último caso –es decir el de riesgo para el interés general de España– llega a la posibilidad de suspensión del acuerdo directamente por el Delegado del Gobierno, si no es atendido el requerimiento previo y sin perjuicio de lo que, en definitiva, decida la jurisdicción contencioso administrativa, ante la que ha de impugnarse el acuerdo de la corporación local en el plazo de diez días. La Sentencia de 15 de marzo de 1993, que la Diputación recurrente invoca, relativa al caso de anulación de unas oposiciones para Alguacil de un Ayuntamiento, por no haberse observado la necesidad de tener permiso de conducir, que era requisito incluido en las bases, lo que hace son declaraciones concretas, aplicables al caso allí controvertido, sobre el interés legitimador de la pretensión procesal, pero precisamente partiendo de la base de que el art. 65,1 de la Ley 711985, no puede ser interpretado restrictivamente. En efecto si como claramente se desprende del texto de los artículos citados la voluntad legislativa es la de impedir que tengan efectos los acuerdos ilegales de las Corporaciones locales, sería contraria a esa esencialidad normativa una interpretación que condujera a hacer inviable su anulación, sino se diferenciaba perfectamente antes cual era la acción impugnatoria ejercitada en cada caso, que es la tesis que proclama la parte recurrente en esta casación, que ha de ser rechazada”.

Más exhaustiva, pero en el mismo sentido, es la STS Sala 3a, sec. 2ª S 15–12–2001, rec. 5404/1996, cuando afirma lo siguiente:

“SEGUNDO.– El primero motivo opone la supuesta falta de legitimación activa en la Administración autonómica para impugnar una Ordenanza Fiscal municipal, por quebrantamiento del principio de autonomía local. Se está planteando de esa forma la inadmisibilidad del recurso, en los términos del art. 82.b) de la Ley de la Jurisdicción de 1956, cuestión que se resolvió en la instancia en el auto de 30 de marzo de 1995, resolviendo alegaciones previas, al que se remite expresamente la sentencia recurrida. Sostuvo la sentencia de instancia, con correcto ra-

zonamiento, que no existe alteración del principio citado, puesto que la Junta de Andalucía no ejerce control o tutela alguna sobre los actos de las Administraciones Locales, sino que se limita a ejercer las competencias que, en materia de Régimen Local, le atribuye el art. 13.3 del Estatuto de autonomía, razonamiento al que habría que añadir que la Junta viene también legitimada por la Ley de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, por medio de su artículo 65, que además enlaza perfectamente con el citado art. 13.3.

TERCERO. – Ésta es también la doctrina que esta Sala ha expresado en sus sentencias de 13 de marzo y 2 de octubre de 1999.

En ellas recordábamos que era preciso tener presente que la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local diseña, en el Capítulo III del Título V, un régimen de impugnación por las Comunidades Autónomas, en cuanto aquí interesa, de actos y acuerdos de las Entidades Locales, que puede sintetizarse así:

1º) Actos y acuerdos que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, que podrán ser impugnados por los sujetos legitimados en el régimen general –art. 63.1 de la Ley Reguladora de las Bases mencionada, en relación con el art. 28.1 a) y b) de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable, con la interpretación jurisprudencial que hacía equivalente el interés directo al legítimo y ampliaba la legitimación corporativa a la personal basada en ese mismo interés, hoy art. 19.1 a) de la Ley vigente de esta Jurisdicción en el cual habrá de incluirse a las Administraciones estatal o autonómica que invoquen un interés legítimo que trascienda del mero interés en la legalidad, en el sentido de que la declaración pretendida del órgano jurisdiccional suponga para ellas un beneficio o utilidad en el más amplio sentido del término y, por ende, aunque sólo sea instrumental o indirecto. Actualmente, la mención de la nueva Ley a “personas físicas o jurídicas”, sin mayor especificación, permite sin dificultad alguna integrar en estas últimas a las Administraciones territoriales y, entre ellas, desde luego, a las Comunidades Autónomas.

2º) Actos y acuerdos que asimismo incurran en infracción del ordenamiento jurídico que podrán ser impugnados en lo que aquí importa por las Administraciones autonómicas “en el ámbito de sus respectivas competencias” según la doble y opcional vía a que se refieren el art. 65 de la tan invocada Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y los arts. 214 y 215 del Reglamento de Organización Funcionamiento Régimen jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986: la primera, mediante requerimiento motivado con cita de la normativa que se considere infringida, que deberá formularse dentro del plazo de quince días desde la recepción del acto o acuerdo de la Entidad Local, con la finalidad de que ésta proceda a su anulación dentro del plazo que se señale; la segunda, mediante impugnación directa ante la Jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo de que se trate.

3º) Actos y acuerdos en que la infracción del ordenamiento jurídico consista específicamente en menoscabo e interferencia en las competencias de las Comunidades Autónomas o en extralimitación respecto de las correspondientes a la propia Entidad Local, (y en este caso sin que la Ley exija al menos expresamente vinculación con las competencias autonómicas que podrán ser impugnados directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sin necesidad de previo requerimiento y en los términos

de los arts. 66 de la Ley y 216 del Reglamento antes mencionado. Es de notar que la vigente Ley Jurisdiccional –art. 19.1 d) engloba los dos últimos casos en un solo supuesto legitimador, mediante una genérica remisión a lo dispuesto en la legislación de régimen local, y para impugnar los autos y disposiciones que afecten al ámbito de la autonomía de las Comunidades Autónomas, expresión esta que comprenderá, por tanto, la legitimación autonómica para impugnar los actos acuerdos locales “en el ámbito de su competencia” y para impugnar “actos y acuerdos locales que menoscaben o interfieran las competencias autonómicas” o que simplemente “excedan de la competencia de dichas entidades”.

En el supuesto de autos, como en el de la sentencia que estamos citando, la Junta de Andalucía optó por la primera vía del segundo de los sistemas acabados de mencionar, formulando el requerimiento de anulación a que hacen mérito el art. 65 de la Ley (...)

La legitimación de la Junta de Andalucía en el presente caso, por todo ello, es indiscutible y encuentra su cauce formal en el art. 65 de la Ley de Bases de Régimen Local, que fue el utilizado por la Junta.”

En el mismo sentido que la sentencia que invoca el ayuntamiento demandado, tenemos la más reciente STS de 13/2/2002. Pero aquí, y a diferencia de las anteriores, no se afirma que estemos ante procesos distintos, según se invoca el artículo 65 ó 66 de la Ley, sino que iniciado un proceso invocando extralimitación competencial del artículo 66, no puede después articularse la demanda afirmando que existen vulneraciones del ordenamiento jurídico que, además, no son competencia propia del Estado. En efecto así hay que entender los siguientes fundamentos jurídicos del Tribunal Supremo:

“La cuestión planteada en el proceso no era, pues, si la licencia impugnada resultaba o no conforme a Derecho desde el punto de vista urbanístico, sino ésta más concreta: si la licencia –sea legal o ilegal urbanísticamente– interfiere o no el ejercicio de competencias estatales.

No se trata de establecer una restricción de la legitimación del Estado, sino de conducir el proceso a donde su representación quiso llevarlo, a saber, al ámbito de la interferencia en el ejercicio de competencias estatales.

(Y no es aceptable la propuesta del Sr. Abogado del Estado de que la diferencia entre el proceso del artículo 66 de la Ley de Bases de Régimen Local y el proceso de su artículo 65 es simplemente de matiz, –abogando sin duda porque se entienda utilizado el segundo para el caso de que haya de fracasar el primero–, porque lo cierto es que el régimen privilegiado en cuanto a la suspensión que el artículo 66 prescribe sólo encuentra justificación en la defensa de las amenazadas competencias estatales, objeto del proceso que, por eso mismo, no puede ser adulterado).

Enmarcado así el objeto del proceso, habremos de desestimar el recurso de casación y confirmar la desestimación del recurso contencioso administrativo, ya que (tal como dijo la sentencia recurrida) el Sr. Abogado del Estado no cita ningún precepto de la Ley de Costas que haya sido infringido por la licencia impugnada, ni que ésta invada o interfiera competencias del Estado en materia de costas.”

Precisamente para remarcar que en el artículo 65 debe moverse la Administración impugnante dentro del marco de su propia competencia, la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 3–3–2004, rec. 6056/2001 nos recuerda la doctrina de las

primeras sentencias citadas y tan sólo exige que estemos ante un supuesto donde la Administración que ejerce la acción tenga competencias en materia de régimen local. Por eso afirma textualmente que:

“TERCERO.— Argüye con acierto la parte recurrente cuando sostiene que la posibilidad de ejercitar las acciones de impugnación del artículo 65 no es exclusiva de la Administración del Estado siempre y cuando a la Comunidad Autónoma de que se trate le venga también conferida en virtud de la conexión existente entre el acto impugnado y el ámbito competencial autonómico, sin perjuicio de las acciones que igualmente al Estado le puedan corresponder, y superando Así una interpretación excesivamente restrictiva del precepto. Esa posibilidad aparece cumplidamente reconocida en las Sentencias de este Tribunal de 13 de marzo, 2, 4 y 30 de octubre de 1999, a las que cabe agregar otras posteriores (9 de julio de 2001 y 2 de febrero de 2002, por vía de ejemplo). En ellas se estudia la legitimación procesal que resulta exigible para impugnar los acuerdos de los Entes Locales atendiendo a la naturaleza de la acción ejercitada.

En lo que se refiere a la que se apoya en el artículo 65 de la Ley de 2 de abril de 1985, ciertamente es necesario que la Comunidad Autónoma demandante actúe en el ámbito de sus respectivas competencias, o también (desde el punto de vista del artículo 19.1.d) de la Ley 13198) que los actos impugnados afecten al ámbito de su autonomía pero estas circunstancias concurren cuando la Comunidad Autónoma de que se trate tiene asumidas competencias en materia de régimen local, sea con carácter exclusivo o en el aspecto de desarrollo y complemento de la legislación estatal.

(...)

... porque la finalidad perseguida con el ejercicio de la acción derivada del artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local únicamente postula la delimitación o depuración de las respectivas competencias, sin necesidad de que exista el previo planteamiento de un conflicto concreto.

Cuestión diferente será que los actos combatidos merezcan ser anulados, al resultar efectivamente contrarios a Derecho.”

Por último, es definitiva la doctrina de la STS Sala 3ª, sec. 4ª, S 25–10–2005, rec. 3026/2003 cuando, resumiendo y actualizando la postura del Tribunal Supremo, pone en relación lógica la legitimación específica regulada en la Ley 7/85 con la Ley Jurisdiccional 29/1998. Distingue los supuestos contemplados en la primera de ellas, pero interpretándolos conforme a la segunda. y acaba admitiendo la legitimación con invocación del artículo 65 para depurar el ordenamiento jurídico en el círculo de intereses, competencia propia, de la recurrente. Estas son, en palabras del Tribunal Supremo, las pautas interpretativas en la materia:

“Antes de la entrada en vigor de la actual Ley jurisdiccional 29/98, la Ley de 5 de octubre de 1981, con el fin de acordar normas complementarias sobre el tema de la legitimación para el ejercicio de la acción contencioso–administrativa, había estipulado en su artículo 20 que la Administración del Estado estará legitimada para recurrir ante dicha jurisdicción las normas y actos emanados de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales sometidos a su tutela, sin establecer restricciones de ninguna clase. Aunque la actual norma jurisdiccional 29/98 no ha recogido expresa-

mente esa manifestación, lo cierto es que la cláusula derogatoria que figura en la misma no incluye la Ley de 5 de octubre de 1981, dotada de propia sustantividad, y que tampoco aparece ésta derogada explícitamente por ninguna otra disposición.

Cierto es que la Ley de Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 desarrolla en sus artículos 63 y siguientes los supuestos concretos en que los acuerdos de los Entes Locales pueden ser impugnados, haciendo referencia expresa en el apartado a) del artículo citado a que, en el caso del Estado y de las Comunidades Autónomas, esa posibilidad estará subordinada a los casos y términos previstos en los preceptos de ese mismo Capítulo, con lo que parece poner fin a la posibilidad, hasta entonces explícitamente reconocida, de que el mero interés de la legalidad pudiese justificar la legitimación procesal del Estado en la impugnación de tales actos.

Sin embargo, y prescindiendo del específico supuesto del artículo 67 que no es del caso, resulta claro que la legitimación de la Administración Estatal puede seguir apoyándose en dos clases de motivaciones: a) la invasión de competencias que le son propias, la interferencia en su ejercicio, o la extralimitación competencial por parte del Ente Local (artículo 66); b) la consideración, dentro del ámbito de las competencias que le vienen atribuidas, de que el acto o acuerdo del Ente Local infringe el ordenamiento jurídico.

Y aún cabría añadir, como señalan las Sentencias de esta Sala de 13 de marzo y 30 de octubre de 1999 en relación con el artículo 63.1, que también ha de considerarse legitimado al Estado para impugnar cualquier acto o acuerdo siempre que ostente el interés que para ello requiere el artículo 19.1. a) de la Ley jurisdiccional, en el sentido de que el resultado de la acción que se ejercite habrá de suponerle un beneficio o utilidad, económico o de cualquier otro orden –aunque solo sea instrumental e indirecto– siempre en conexión con la naturaleza de la misión que a la Administración del Estado le viene conferida.

El alcance que ha de darse a estos supuestos de legitimación no ha sido interpretado de manera uniforme. Frecuentemente se ha sostenido que el mero interés de la legalidad no es suficiente para justificarla, sino que se requiere que el ejercicio de la acción le suponga un beneficio o utilidad concreto de cualquier naturaleza que sea; pero (y como ocurre precisamente en el caso de las dos Sentencias de esta Sala que se citan en el párrafo anterior) esa salvedad se conecta con aquellos supuestos en que la legitimación que se ostente provenga únicamente de la aplicación genérica del artículo 19.1. a) de la Ley de la Jurisdicción, y no cuando se trata de accionar al amparo de los artículos 65 a 67 de la Ley 7/85. En este último supuesto el interés que constituye la razón de ser de la intervención de la Administración del Estado radica (y por ende la justifica sin necesidad de ulteriores argumentos), bien en la invasión competencial que se le irroge y se trate de evitar (artículo 66), bien en la infracción del ordenamiento jurídico que el acto o decisión suponga y que esté dentro de su competencia el corregir (artículo 65), o, en fin, en las circunstancias extremas a que se refiere el artículo 67.

Ese es el criterio que ha terminado por prevalecer en esta Sala, que (por vía de ejemplo) ha reconocido plenamente la legitimación de la Administración del Estado cuando se trate de anular incrementos retributivos de funcionarios municipales, por el riesgo que su otorgamiento pueda suponer para la política económica del mismo (Senten-

cia de 12 de diciembre de 2003); o de la vulneración de los preceptos constitucionales sobre la cooficialidad de las lenguas (Sentencia de 13 de noviembre de 2000); o de la infracción que supone la constitución de mancomunidades para prestación de servicios que no sean de competencia municipal (Sentencias de 10 de febrero y 27 de octubre de 2000); del interés del Estado en el cumplimiento del ordenamiento jurídico con respecto al uso del castellano (Sentencia de 1 de julio de 1999); o, en fin, –con relación con los artículos 14 y 23.2 de la Constitución Española– en lo que se refiere a la exigencia del conocimiento de las lenguas cooficiales en el acceso a la función pública (Sentencia de 13 de octubre de 1998).

No significa lo que acabamos de recordar que, en todos los casos, se hubiesen estimado las razones alegadas para invalidar determinados actos o acuerdos de los Entes Locales a que se refieren las citas efectuadas, ni que se hubiese considerado justificada la infracción del ordenamiento jurídico que se aducía por la Administración. Lo que sí ha de ser considerado relevante es que, en todos ellos, se ha tenido por legitimada a la Administración para promover el recurso contencioso, sin ostentar otro interés que, ya fuere el derivado de su competencia para velar por el cumplimiento de los fines perseguidos por la política económica estatal, ya por confinar al ámbito de la propia competencia los actos de los entes territoriales o mantener el respeto a la cooficialidad del lenguaje y el principio de igualdad en el acceso a la función pública.

No existe contradicción alguna entre el hecho de reconocer la legitimación procesal y la eventual falta de éxito de la impugnación, y el ignorarlo no significa otra cosa que confundir los argumentos legales que pueden permitir la intervención en la causa de la Administración del Estado con las razones de fondo que puedan o no asistirle en el ejercicio de su pretensión.

Hemos de concluir, por lo tanto, que la existencia de la legitimación específica que otorga el artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local a la Administración del Estado para corregir las infracciones del ordenamiento jurídico en que puedan incurrir los Entes Locales, permite considerarlo asimismo legitimado con arreglo al artículo 19.1 de la Ley de la Jurisdicción vigente, en su relación con el artículo 63.1 de la Ley de Bases.

TERCERO.– Trasladando al caso presente los anteriores razonamientos, y pese a la alegación normalmente conjunta de la vulneración de los artículos 63, 65 y 66 de la Ley 2185, es fácil concluir que el representante de la Administración se está acogiendo al cauce legitimador recogido en el párrafo anterior. Así se desprende claramente de la específica referencia a las Sentencias de esta Sala –ya citadas en el curso de la instancia– de 13 de marzo y 30 de octubre de 1999 y la especial insistencia en la invocación de la de 9 de julio de 2001, dictada con posterioridad a la interposición de la demanda, en la cual se ratifica la doctrina sentada en las anteriores y se declara expresamente que la legitimación que autoriza el artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local no se concreta al servicio de la competencia vulnerada, sino a la depuración del ordenamiento jurídico en su círculo de intereses o haz de competencias, extendiéndose a todos aquellos casos en los que se dé una conexión material entre el ámbito impugnado y el ámbito competencial autonómico (o estatal, en este caso).

En efecto: si la pretensión se basa en la improcedencia de que se trasladen

fondos a una entidad que persigue finalidades políticas, algunas de las cuales encarnan propuestas y procedimientos que superan el marco constitucional, no se puede dudar razonablemente de que la Administración del Estado se encuentra en principio legitimada para promover una acción judicial contra la validez jurídica de ese acto, sin perjuicio de la carga procesal que suponga el demostrar la realidad de dicha alegación (artículo 63.1 de la Ley 2/85, en relación con el 19.1 de la Ley 29/98), y *tampoco puede ponerse en duda que, igualmente, lo está por la vía del artículo 65 de la primera de dichas normas –que únicamente constituye una particular especificación de la anterior– en la medida en que se alegue el derecho de la Administración del Estado a controlar la legalidad del acto de la Diputación Foral... en cuanto pueda suponer un exceso con respecto a los fines que justifican la competencia que viene atribuida a los Entes Locales por los artículos 36, 42 y 44 de su normativa básica, o por la misma Norma Foral 3187.*”

b) Aplicación de la anterior jurisprudencia al caso presente.

Como hemos visto la doctrina del Tribunal Supremo permite la invocación por parte de la Comunidad Autónoma de la legitimación derivada del artículo 65 de la Ley 7/1985. Pues, ni siquiera la Administración demandada lo duda, la competencia para aprobar definitivamente el Plan de Ordenación Urbanística corresponde a la Comunidad Autónoma, porque es una competencia propia. Derivada del título competencial urbanismo contemplado en el artículo 148.3 de nuestra Constitución, interpretado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo y 164/2001, de 11 de julio.

Competencia en materia de urbanismo que se desarrolla en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, modificada por Ley 13/2005, de 11 de noviembre y, en menor medida, por la Ley 1/2006 de 16 de mayo. Obviamente todas ellas del Parlamento de Andalucía. En el artículo 31. 2.B se afirma que la competencia para la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbanística corresponde a la Consejería competente en materia de urbanismo. artículo que debe entenderse desarrollado por el decreto 193/2003 de 1 de julio.

Por tanto estamos ante la defensa de una competencia propia, o si se utiliza la expresión del Tribunal Supremo, estamos en el marco de la propia competencia de la Comunidad Autónoma. No parece que sea una cuestión dudosa. Como tampoco lo es la legitimación de la Comunidad Autónoma, en aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior, para depurar el ordenamiento jurídico en su círculo de intereses cuando entienda que exista una intromisión ilegal en el mismo.

Frente a esta conclusión no pueden tenerse en cuenta algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo que parecen llevarnos a mantener una posible inadecuación del procedimiento escogido por la Comunidad Autónoma y en concreto la sentencia que invoca la administración demandada.

Pues bien, lo primero que tenemos que decir es que la sentencia citada nada tiene que ver con el caso de autos. En aquella sentencia, y proceso, el Abogado del Estado invocó formalmente el artículo 66 de la Ley 7/85 para interponer el recurso y obtener la suspensión de una licencia Urbanística. Posteriormente, al formular la demanda y expresar la pretensión revocatoria no se refirió a ninguna extralimitación competencial por parte del Ayuntamiento demandado, y tan sólo se limitó a hacer manifestaciones sobre estricta legalidad Urbanística y vicios posibles de la licencia impugnada. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia rechazó su pretensión al apreciar una suerte de fraude procesal y, el Tribunal Supremo, confirmó la sentencia. El supuesto de autos nada tiene que ver con el fallado en aquellos recursos. En el caso presente la Administración Autonómica invoca, desde el comienzo, la legitimación derivada del artículo 65 de la Ley 7/85. No pide que se aplique el artículo 66 y su régimen privilegiado de suspensión de la ejecutividad. Es más, cuando pide la suspensión lo razona por estrictos motivos de ponderación de intereses en conflicto. Sólo invoca, como precedente, un supuesto similar al de autos, fallado ya por la Sala, suspensión de un Pleno del Ayuntamiento de Marbella donde también se declaraba aprobado por silencio administrativo el PGOU de 1998. Bien es verdad que este último proceso se inició con invocación del artículo 66 de la Ley 7/85, pero la cita que se hace ahora sólo es a los efectos de comparar la situación entre ambos acuerdos impugnados.

Como conclusión de este fundamento jurídico segundo debemos afirmar que en los casos, como el presente, donde la Administración impugnante invoca el artículo 65 de la Ley 7/85 esgrimiendo razones de fondo sobre vicios de nulidad por incompetencia de la resolución que se impugna (sic). Vicios de nulidad por incompetencia que, obviamente, vincula a competencia propia, pues por eso la defiende ante los Tribunales. Y, por último, pero no menos importante, su postura procesal está perfectamente amparada en el artículo 19 de la Ley 29/98, hasta el extremo de que la fundamentación jurídica y la pretensión serían las mismas sin necesidad de invocar expresamente el artículo 65 de la ley 7/85, no parece razonable admitir interpretaciones restrictivas de la legitimación basándose en confundir legitimación con uso incorrecto de una procedimiento privilegiado. Lo no admitido por el Tribunal Supremo es utilizar el artículo 66 tan sólo para obtener la suspensión en la fase inicial del proceso y después abandonar la invocación de extralimitación competencial para cuestionar, como una suerte de ejercicio de acción pública, la resolución impugnada. Sin defender la propia competencia.

Los anteriores razonamientos llevan a la desestimación de la inadmisibilidad invocada.

SOBRE LOS REQUISITOS PARA QUE SE PRODUZCA EL SILENCIO POSITIVO EN EL MARCO DE LA LOUA.

La Administración Autonómica impugna el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de La Viñuela porque, como primer motivo, no se ha producido el silencio positivo que dicha Administración local esgrime como principal

fundamento jurídico de su actuación. Entiende la recurrente que presupuesto esencial para que se aplique el artículo 32. 4 de la LOUA es que el expediente que se remita al órgano autonómico, encargado de su aprobación definitiva, esté completo. y manifiesta que dicho expediente no lo estaba porque ya con anterioridad a la entrada última del mismo en las dependencias autonómicas se había exigido por dicha Administración autonómica, en momentos anteriores, pero dentro de esta fase de elaboración del Plan, que se incorporarán determinados informes sectoriales, el acuerdo del propio Pleno del Ayuntamiento para asumir las modificaciones que se habían operado, y el informe ambiental preceptivo.

Frente a este argumento la Administración demandada afirma que esto debió ser advertido por la Administración autonómica dentro del primer mes del plazo que empezó a correr cuando se remitió, para su aprobación definitiva, el expediente de planeamiento.

Como vemos la resolución del problema pasa porque nos pronunciamos sobre si empezó a correr el plazo para aprobar el Plan, de forma definitiva, a partir del día 7 de febrero de 2007.

a) Presupuesto de aplicación del silencio positivo en el caso de aprobación definitiva del planeamiento.

Como ya hemos dicho anteriormente el artículo 32. 4 de la LOUA afirma que “la aprobación definitiva por la Consejería competente en materia de urbanismo de los Planes Generales de Ordenación Urbanística y de los Planes de Ordenación intermunicipal, así como, en su caso de sus innovaciones, deberá producirse de forma expresa en el plazo máximo de cinco meses a contar desde el día siguiente al de la presentación en el registro de dicha Consejería por el Ayuntamiento interesado del expediente completo, comprensivo del proyecto de instrumento de planeamiento y las actuaciones practicadas en el procedimiento de aprobación municipal. Dentro del primer mes del plazo máximo para resolver podrá formularse, por una sola vez, requerimiento al Ayuntamiento para que subsane las deficiencias o insuficiencias que presente el expediente aportado. El requerimiento interrumpirá, hasta su cumplimiento, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar. El transcurso del plazo fijado en el párrafo primero de este apartado, sin notificación de acuerdo expreso alguno, determinará la aprobación definitiva por silencio del correspondiente instrumento de planeamiento en los mismos términos de su aprobación provisional, si bien la eficacia de dicha aprobación estará supeditada a su publicación en la forma prevista en esta Ley.”

De este precepto podemos deducir los siguientes requisitos legales:

1.- La aprobación definitiva se produce por resolución, expresa o presunta, de la Consejería competente en materia de urbanismo, para el caso de que estemos ante un Plan General de Ordenación Urbanística.

2.- La resolución expresa debe adoptarse y notificarse en el plazo máximo de cinco meses desde que el Ayuntamiento interesado registre en las dependencias de la Consejería el expediente de elaboración del Plan.

3.- La ley exige que el expediente este completo, y por eso contempla que se acompañe junto a este expediente el proyecto de instrumento de planeamiento y las actuaciones practicadas en todo el procedimiento de aprobación municipal.

4.- Dentro del primer mes del plazo máximo la administración competente para resolver podrá formular, y por una sola vez, requerimiento para que se subsane las deficiencias o insuficiencias. Éste requerimiento interrumpe, hasta su cumplimiento, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar.

5.- El transcurso del plazo máximo para resolver y notificar determina la aprobación definitiva por silencio en los mismos términos que la aprobación provisional del Plan.

6.- La eficacia del Plan queda demorada hasta su publicación en la forma prevista en la Ley.

La Administración autonómica entiende que la falta del cumplimiento del requisito tercero, expediente completo, hace imposible que se invoque la falta de requerimiento contemplado en el requisito cuarto. Por el contrario la Administración municipal insiste, sin llegar a rebatir el hecho de que el expediente no esté completo, que la falta de requerimiento de subsanación de defectos hecho en el plazo del mes hace que debamos estar a la resolución presunta, y en su caso, instar los mecanismos de revisión de la misma. La respuesta que demos a la interpretación de estos requisitos pasa por recordar lo siguiente.

Con carácter general la figura del silencio positivo, sobre todo tras la reforma operada en la Ley 30/1992 por Ley 4/1999, contempla el transcurso del plazo dado para resolver, sin hacerlo por quien está obligado a ello, como una auténtica resolución estimatoria de lo solicitado. Es resolución a los efectos de la Ley 4/1999.

Las excepciones a esta resolución estimatoria obtenida por la falta de respuesta en plazo de la Administración, se encuentran en la propia Ley 30/1992, actualizada por la citada Ley 4/1999, así como las leyes específicas que así lo prevean.

En el caso presente la LOUA contempla nítidamente la figura del silencio positivo en el supuesto de aprobación definitiva del planeamiento. Y no establece excepciones por razones de fondo. Es decir, no contempla que la infracción interna del Plan que se somete a aprobación, respecto de otras normas de rango superior, impida que se produzca el silencio positivo.

Sí establece requisitos para que pueda entenderse que el Plan que se somete a aprobación definitiva puede hacerse, por resolución presunta, transcurrido el plazo legal máximo establecido.

Este primer requisito, con precedentes en materia de elaboración del planeamiento urbanístico, es que el expediente de planeamiento que se somete a aprobación definitiva, esté completo.

Este requisito tiene fundamento último en un principio general del derecho de obligaciones, que podemos considerar un principio general relativo al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones cuando hay una relación sinalagmática, cual es el artículo 1124 del Código Civil,

que, en lo que ahora importa, no permite que, en el supuesto de obligaciones recíprocas, uno de los obligados exija del otro el cumplimiento de su obligación mientras no haya, previamente, cumplido la propia.

Este principio general puede verse completado con otros, también dentro de un planteamiento jurídico muy genérico, como el ejercicio no abusivo del derecho propio (artículos 6.4 del Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Con igual filosofía, y por tanto igual fundamento jurídico final, también podemos completar este principio con los más actuales de confianza legítima (artículo 3.1 párrafo segundo de la Ley 30/1992, en esta específica materia introducido por la Ley 4/1999).

Concluyendo, finalmente, que esta conducta de exceso de celo en la exigencia del cumplimiento de obligaciones ajenas, y en paralelo, haciendo dejación del cumplimiento de las propias, cuando las dos son esenciales para la obtención del resultado legal contemplado, choca frontalmente con los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica (artículo 9 de nuestra Constitución).

Principios constitucionales que no sólo son un mandato jurídico, sino que también responden a una suerte de ética pública. Máxime cuando estamos hablando de Administraciones que tienen la obligación constitucional de someterse en su actuación a la Ley (artículo 103 de la Constitución).

Por eso, por una parte, la LOUA exige que el expediente esté completo, es decir que la Administración municipal cumpla su obligación en la fase de elaboración del planeamiento que le corresponde. El control del cumplimiento de esta obligación municipal la tiene la Comunidad Autónoma en el primer mes que transcurra desde la entrada del expediente completo. En este caso, puede, la ley utiliza la expresión verbal “podrá” y no la fórmula imperativa, requerir para que subsane las deficiencias del expediente. Hay que entender que, en su caso lo complete. Si no lo hace no puede posteriormente alegar incumplimiento de la Administración municipal cuando también la Autonómica ha incumplido su obligación de requerir de subsanación. Si las dos cumplen sus obligaciones legales, el resultado será, transcurrido el plazo de cinco meses, que el Plan se habrá aprobado por silencio, y responde a la necesidad, esencial en materia de urbanismo, de que exista un instrumento de planeamiento que regule los usos y la utilización de los recursos que tienen al suelo como elemento objetivo. No dilatando en el tiempo la situación de ausencia de regulación o interinidad de la ordenación urbanística.

b) Examen del cumplimiento de sus obligaciones por parte de las Administraciones implicadas en el caso de autos: Necesidad de que el expediente remitido por el Ayuntamiento está completo.

Como hemos dicho anteriormente para que se produzca la aprobación definitiva de un plan por silencio positivo tras la administración implicada, la municipal y la autonómica, ambas con competencias en la fase de elaboración y aprobación del planeamiento urbanístico, deben de haber cumplido los requisitos legales que la LOUA impone. De una parte que el expedien-

te remitido por la Administración Local a la Autonómica esté completo, y por otra parte que la Administración autonómica lo asuma como tal, es decir como completo, y transcurra el plazo máximo para aprobarlo de forma expresa. El expediente tiene que estar completo porque lo aprobado por silencio es lo único que existe, la aprobación provisional con la documentación que la precede. La aprobación por silencio coincide con la aprobación provisional, luego lo que se manda al órgano autonómico es la aprobación provisional y todos los documentos necesarios para que esta se entienda correctamente producida.

Esta conclusión no viene sólo de la dicción legal del artículo 32. 4 de la LOUA, sino que tiene sus antecedentes en el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana. BOE 221/1978, de 15 septiembre 1978. Con última reforma realizada por RD 304/1993 de 26 de febrero, por el que se aprueba la Tabla de vigencias de los Reglamentos de Planeamiento, Gestión Urbanística, Disciplina Urbanística, Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares y Reparcelaciones, en ejecución de la Disposición Final Única del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

En efecto, el artículo 133 del Reglamento, tiene la siguiente redacción literal:

“1. Cuando hayan transcurrido seis meses desde su ingreso del expediente en el Registro del órgano competente para la aprobación definitiva, y éste no hubiera comunicado resolución alguna a la Entidad u Organismo que otorgó la aprobación provisional, el Plan se entenderá aprobado por silencio administrativo.

2. No habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el Plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan de que se trate.

3. La aprobación definitiva obtenida por silencio administrativo será nula si el Plan contuviere determinaciones contrarias a la ley o a Planes de superior jerarquía, o cuando la aprobación del Plan esté sometida a requisitos especiales legal o reglamentariamente establecidos.

4. Todas las modificaciones que se introduzcan en el Plan y que resulten aprobadas definitivamente deberán reflejarse en los planos y documentos correspondientes, extendiéndose diligencia de invalidación en aquellos que sean objeto de modificación, sin perjuicio de que se conserven con el resto de la documentación aprobada al objeto de dejar constancia de las rectificaciones.”

Este precepto ha sido interpretado, entre otras muchas, por la STS Sala 3a, secc. 5ª, S 23-5-2000, rec. 1621/1995, el siguiente sentido:

“Además de esta razón, la resolución impugnada alude a la existencia de defectos formales en la documentación aportada, defectos que han sido objeto de la debida concreción en la contestación a la demanda, entre los que se citan:,,_ La clase de suelo y sus condiciones de desarrollo se presentan con contradicciones en el contenido de la documentación aportada. En el documento de normas (p. 45) se presenta el Polígono de ac-

tividades económicas como zona de suelo urbano dentro del régimen de suelo urbano (apartado V) como mención expresa, así como el contenido de la ordenanza (p.3) cuando se establecen “las especificaciones a establecer para el desarrollo del polígono”, que en correspondencia a lo anterior sugiere tratarse de un polígono en suelo urbano. Mientras, en la documentación gráfica se delimita este ámbito como suelo urbanizable (plano 2 “División Urbanística” y como sector apto para urbanizar (plano 11 de gestión). – La indefinición de los aprovechamientos, usos admisibles, y la propia indeterminación que se establece en los criterios para el desarrollo del Plan Parcial (al que se pide expresamente que no regule parámetros de aprovechamiento, usos, forma y servicios fundamentales), están en contradicción con el contenido y determinaciones de la legislación urbanística, impidiendo por ejemplo valorar la viabilidad de la operación, las cargas y beneficios para la promoción y para la Administración local, y la correspondiente cesión de aprovechamientos. Se incumple, por lo tanto, la exigencia de documentación mínima (art. 97 del Reglamento de Planeamiento) y se carece del sistema legal de fiscalización y garantías para la correcta ejecución de una actuación de estas características. – En las fichas de ordenación se establece que la superficie de sistemas generales será “como mínimo, las establecidas en el Anexo del Reglamento de Planeamiento” cuando dicho Anexo define exclusivamente las reservas de carácter local, con mención expresa de dotaciones o reservas para el Plan Parcial; por lo que, según lo definido en el expediente, el nuevo polígono de 150 Ha. carecería de sistemas generales de suelo y carga de infraestructura general. – En los criterios de ordenación contenidos en la ficha se establece la “flexibilidad de desarrollo, mixto de fases y extensiones que se regulará en el plan parcial de acuerdo con los criterios del punto X 7. 2. del documento arriba mencionado” (por error remite a un documento no tramitado cuando debía hacerlo al propio expediente en cuanto a zonas de ordenanza). El punto X 7.2. de la modificación de las normas establece en la página 6 los siguientes criterios, que no se ajustan sin menoscabo de sus contenidos legalmente regulados, debe conceptualmente asimilarse al tipo de “Plan Director”, con niveles normativo y de ordenación lo más generales posibles, tales que adopten más bien la función instrumental de criterios, cuya concreción se establezca en sucesivos proyectos de etapa, en donde se establecería la normativa precisa para cada caso”. Asimismo se establece que el plan parcial remitirá determinaciones de ordenación como son las alineaciones de toda la red viaria o la asignación de usos pormenorizados y delimitación de zonas en razón de aquellos. (art. 45 y 46 del Reglamento de Planeamiento) a lo que se denomina en la Modificación, Proyectos de etapa, dando a entender el carácter de éstos como un nuevo instrumento de planeamiento al margen de los establecidos por la ley. – Finalmente, el contenido técnico del documento tramitado, que se limita a la inclusión en las normas vigentes de 6 páginas de especificaciones genéricas, relativas al nuevo uso creado (Polígono de Actividades Económicas), no contiene memoria justificativa ni ningún estudio relativo al impacto de tráfico pesado en el viario local, no diseñado para estas cargas, ni del tráfico ligero que generaría, ni tampoco sobre consumo y abastecimiento de agua, viabilidad y condiciones para el sistema de vertidos, ni sobre otras necesidades de infraestructura, afecciones de sistemas generales existentes u otros impactos en el área.” Es indudable que tales deficiencias, sobre las que la entidad recurrente ha guardado un absoluto silencio, posibilitan la denegación acordada, en virtud de lo establecido

en el arto 133.2 del Reglamento de Planeamiento que establece: “No habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo si el Plan no contuviere los documentos y determinaciones establecidas por los preceptos que sean directamente aplicables para el tipo de Plan que se trate.”

Por tanto que el expediente remitido por el municipio al órgano autonómico esté completo es la premisa para que pueda producirse, en su caso, el silencio positivo.

Veamos si en el caso de autos podemos concluir con la existencia del cumplimiento de la obligación municipal de remitir el expediente completo.

El expediente de elaboración del Plan empieza con informe de la Secretaría del Ayuntamiento de fecha 10 de diciembre 2002 que hace constar que los trabajos técnicos han alcanzado y suficiente grado de desarrollo que permite la exposición pública preliminar o publicación del avance para la revisión de las normas subsidiarias.

El 10 de febrero de 2003 se aprueba inicialmente el plan.

El 15 de mayo de 2004 por la Delegación de Obras Públicas se requiere al Ayuntamiento para que aporten la declaración de impacto ambiental así como todos los informes sectoriales preceptivos para completar el expediente. Se advierte que “hasta que no obra incorporados al mismo no se considera iniciado el plazo para la adopción de un pronunciamiento por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo”. (Folio 56 el expediente). El 23 de noviembre 2004, y después de muchos trámites y actuaciones tendentes a completar el expediente, se remite a la Delegación Provincial de Obras Públicas y a la Delegación de Medio Ambiente, Memoria Informativa y Justificativa de la normativa urbanística y planimetría debidamente licenciada y corregida, con solicitud de continuación del Expediente Administrativo y Soporte Informático del Plan. Más adelante, el 10 de diciembre del mismo año, se remiten a la Delegación nuevo informe donde se incorporan las alegaciones presentadas y el error detectado en el texto normativo.

El 4 de enero de 2005 la Delegación Provincial comunica al Ayuntamiento que el nuevo documento remitido tiene cambios sustanciales que afectan a la ordenación estructural por lo que deberá ser objeto de nuevo informe de los órganos y entidades administrativas afectados, entre ellos, Confederación Hidrográfica del Sur. Asimismo deben ser sometidos a un nuevo procedimiento de evaluación de impacto ambiental debiendo aportarse la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental. También se recuerda que las nuevas modificaciones no aparecen aprobadas por acuerdo que Pleno, y por eso la misma exige que se mande (folio 179). Con la misma fecha el Delegado Provincial vuelve a requerir para que se subsanen las deficiencias, afirma que el expediente no está completo y, en consecuencia, queda interrumpido el plazo para la adopción de acuerdo por el órgano autonómico. (Folio 180) este requerimiento tiene sello de entrada en el registro del Ayuntamiento el día 4 de enero de 2005.

Existen diversas actuaciones del ayuntamiento para completar el expediente, nuevos requerimientos de la administración autonómica afirmando que

no se encuentra completo, y en fecha 17 de mayo 2005 la Delegación de Obras Públicas emite informe afirmando que debe elaborarse un texto refundido que incorpore las determinaciones de la declaración de impacto ambiental y, como el expediente sigue no está completo, no se inicia el cómputo del plazo para la adopción del acuerdo por el órgano autonómico (folio 218 del expediente administrativo). Vuelve a insistir la Delegación en que no corre el plazo para resolver pues el expediente no está completo. Faltando los informes de los organismos públicos afectados por las modificaciones introducidas y la adecuación del expediente a las determinaciones de la última Declaración de Impacto Ambiental.

El día 19 de abril de 2006 la Delegación Provincial afirma que los requerimientos no se han cumplimentado y que todavía se encuentran a la espera de que se cumpla el requerimiento hecho en fecha 16 de mayo de 2005.

En fecha 9 de octubre 2006 el Ayuntamiento solicita una nueva Declaración de Impacto Ambiental. La Delegación Provincial de Medio Ambiente afirma que la documentación recibida no se ajusta a la Declaración de Impacto Ambiental en relación a la no viabilidad ambiental de determinados sectores.

El día 7 de febrero de 2007 se remite a la Delegación Provincial de Obras Públicas el acuerdo del Pleno de 29 de diciembre 2006 en el que se solicita la tramitación y adopción de cualesquiera de las decisiones que faculta al artículo 33. 2 de la LOUA en relación a la aprobación definitiva del Plan.

El 28 de marzo del mismo año la Delegación Provincial comunica al Ayuntamiento que no puede elevar el expediente al órgano autonómico a decisión porque siguen sin subsanarse las deficiencias anteriormente expuestas de manifiesto y, otra vez, advierte de la caducidad del expediente (folio 243).

El 9 de octubre de 2007 el Ayuntamiento en Pleno declara aprobado por silencio administrativo el Plan General, ordena el depósito de la documentación y también la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga. De lo anteriormente expuesto se desprende que el Ayuntamiento remitió un expediente en fecha 7 de febrero de 2007 sin que se hubieran cumplido los requerimientos hechos por el órgano autonómico los días 15 de mayo de 2004, 4 de enero de 2005, 17 de mayo de 2005 y 19 de abril de 2006. En los dos últimos se afirmaba que el plazo para aprobar definitivamente el procedimiento estaba interrumpido.

El Ayuntamiento demandado, ni en sede administrativa, ni en sede jurisdiccional cuestiona o pone en duda este hecho, que el expediente estaba incompleto según los propios requerimientos autonómicos anteriores.

Por tanto la conclusión es que el Ayuntamiento no cumplió su obligación legal de remitir el expediente completo.

c) Examen del cumplimiento de sus obligaciones por parte de las Administraciones implicadas en el caso de autos: necesidad de que se interrumpa el plazo para que opere silencio positivo por requerimiento de órgano autonómico efectuado dentro del primer mes del plazo de cinco meses.

Frente al incumplimiento de los requisitos legales que afecta a la fase de

elaboración municipal del planeamiento, a los que el Ayuntamiento está vinculado por las leyes que regulan el ejercicio de su intervención en esta postestad de planificación, se opone por parte de la Administración demandada que debe estarse tan sólo a la automaticidad del cómputo de plazos y al cumplimiento riguroso de los mismos. Y, en concreto, afirma que no reaccionando la Administración en el primer mes del plazo que empezó a correr el 7 de febrero de 2007, debe estarse a la ficción jurídica que supone la resolución presunta aprobatoria del planeamiento remitido.

Ya hemos dicho con anterioridad que el silencio administrativo positivo es una resolución presunta. Que esta resolución puede, en algunos casos, llevar aparejada una posible contravención del ordenamiento jurídico y que, en este caso, lo procedente será atacarla por los medios de ordenamiento ofrece, bien mediante su revisión bien mediante su impugnación. Pero antes de que llegue a producirse esta resolución presunta, que en su caso deba ser revisada, debemos planteamos si se han cumplido todos los requisitos que las leyes de procedimiento y sustantivas establecen para que se produzca esta resolución presunta. Y en el caso de la LOUA, con los antecedentes ya vistos en el Reglamento de Planeamiento, el silencio se podrá producir de forma automática si el expediente se remite completo, que es la premisa básica esencial para que se produzca esta resolución, bien expresa, bien presunta.

El requisito del requerimiento de subsanación de deficiencias en la LOUA debe interpretarse como una advertencia que la Administración autonómica puede hacer respecto del cumplimiento de la obligación local de realizar su función correctamente. A esto se refiere la ley cuando afirma que el expediente debe estar completo. También dice la LOUA que se podrá hacer sólo por una vez. En el caso presente se hizo cuatro veces antes de febrero de 2007. En definitiva lo que se pretende en el artículo 32.4 de la LOUA es que la Administración municipal, cuya posición es esencial en la fase de elaboración del planeamiento, cumpla todas las obligaciones que las leyes, tanto urbanísticas como sectoriales, imponen en esta fase primera de elaboración del planeamiento. Que la Administración Autonómica, que ejerce competencias propias también en materia de planeamiento y de forma compartida con la Administración local, respetando el margen de actuación propio de la autonomía local en la materia, colabore a la mejor elaboración del planeamiento. Evitando posteriores impugnaciones por vicios de procedimiento que puedan hacerlo fracasar. Por eso requiere, por una sola vez, de deficiencias. Es decir, existiendo deficiencias, puestas de manifiesto por la Administración autonómica, no corre el plazo para entender aprobado por silencio el Plan remitido. Existiendo cuatro requerimientos de deficiencias y una amenaza de caducidad del procedimiento por paralización imputable a la Administración local, no parece muy razonable que se afirme por parte del Ayuntamiento demandado que la Administración autonómica no ha producido el requerimiento que evita la aprobación de silencio.

En definitiva, que la seguridad jurídica que parece estar detrás de la postura del Ayuntamiento demandado cuando afirma que el oficio de marzo de

2007 es extemporáneo porque no puede funcionar como requerimiento de subsanación a los efectos de diferir cómputo del plazo, no pueda actuar como cobertura formal jurídica que ampare un incumplimiento y, si se apura, una actuación extraña por parte del Ayuntamiento demandado que, consciente y aceptando que el expediente no está completo, fuerza otra vez la aprobación del mismo y razona, solo en clave formal, y no en clave material, sobre los requisitos de procedimiento que deben cumplirse para que se produzca el silencio positivo.

En definitiva, la Administración autonómica cumplió su obligación de requerir por una sola vez, lo hizo tres veces más innecesariamente, para que el expediente de planeamiento estuviera completo. El Ayuntamiento consintió todos los requerimientos y actuó para cumplirlos, luego era consciente de que el expediente no estaba completo. Sin embargo después decide cambiar de criterio, y sin motivo o justificación alguna, vuelve a remitir un expediente incompleto y ante la conducta de la Administración que le recuerda que todavía no ha cumplido los anteriores requerimientos y, por tanto, no está corriendo el plazo para aprobar el expediente originario, mantiene su postura y acabar declarando aprobado por silencio el Plan.

Podemos concluir afirmando que la Administración Autonómica cumplió en su momento, en forma la emisión del requerimiento de subsanar, y desde siempre cumplió su obligación de instar al Ayuntamiento a que completara el expediente que debía elaborar.

Así las cosas no podemos entender que se ha producido la automaticidad fría del silencio administrativo positivo porque falla la premisa mayor para que se produzca, al menos desde el punto de vista formal, que el expediente remitido este completo. Estando cumplida, en forma y sobre todo en fondo, la obligación autonómica de exigir que dicho expediente llegue completo a la fase de aprobación definitiva.

La conclusión por tanto es que no existe en este caso silencio administrativo positivo que ampare la declaración de que el Plan se encuentra aprobado. Declarada la inexistencia del silencio veamos si el Ayuntamiento pudo legalmente acordar lo que es objeto de impugnación en estos autos.

EL ÓRGANO COMPETENTE PARA APROBAR EL PLAN POR SILENCIO. Ya dijimos que la aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbanística corresponde a la Consejería competente en materia de urbanismo (art. 31. 2 apartado B de la LOUA).

La resolución por silencio es una resolución presunta del órgano que tiene la competencia para dictar la expresa. Porque precisamente la Ley 4/99 la identifica con la expresa. La resolución presunta es verdadera resolución y sólo puede existir válidamente en Derecho si se atribuye al órgano que tiene la competencia atribuida para hacerlo. Así se desprende del artículo 53 de la Ley 30/1992 respecto de los requisitos de producción de la actuación administrativa.

En el caso presente sólo la Administración Autonómica, y dentro de ella el ór-

gano que tiene atribuida competencia, pueda hacer un pronunciamiento solemne declarativo de existencia de silencio positivo. En su defecto, que será la normalidad de los casos, la declaración de que existe solemnemente una resolución presunta podrá hacerla un tribunal de justicia cuando tenga que pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de silencio positivo. Fuera de estos casos un tercero, sin competencia legalmente atribuidas para ello, no puede hacer una declaración solemne de producción de un acto administrativo. En el caso presente el Ayuntamiento no es competente, porque no tiene ninguna protestad conferida legalmente, para declarar que se ha producido la aprobación por silencio de un Plan cuya competencia para hacerlo de forma expresa no le corresponde, y cuya producción por efectos de silencio, precisamente desde la Ley 4/1999 como hemos visto con la asimilación entre resolución expresa y resolución presunta, también viene atribuida a órgano administrativo autonómico.

El resultado será que en este punto estamos ante un supuesto de nulidad radical del acuerdo por incurrir en la causa contemplada en el artículo 61. 1. b) de la Ley 30/1992.

Pero también la nulidad radical alcanza a la parte del acuerdo donde se ordenó la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia.

En efecto, el artículo 41. 1 de lo LOUA afirma que los acuerdos de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento que correspondan a la Administración de la Comunidad Autónoma, así como el contenido del articulado de sus normas, se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía por disposición del órgano que los haya adoptado. Respecto a los instrumentos de planeamiento cuya aprobación correspondan los municipios, es de aplicación lo establecido en la legislación de Régimen local.

En el caso presente el Ayuntamiento ordenó la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, como si la aprobación definitiva del Plan fuera competencia propia.

Lo cual demuestra la gran confusión existente en el acuerdo, cuando, por una parte, declara definitivamente aprobado un Plan General de Ordenación urbanística, para lo cual no tiene competencia como hemos visto, y sin embargo ordena la publicación tan sólo en el Boletín Oficial de la Provincia. Lo coherente, desde su óptica, hubiera sido ordenar la publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Al ordenar la publicación tan sólo en el Boletín Oficial de la Provincia, como si fuera la publicación de un instrumento de planeamiento urbanístico que puede aprobar el Ayuntamiento, está reconociendo, de una forma indirecta, que no tiene competencia para declarar que existe una resolución presunta. Lo razonable hubiera sido solicitar a órgano autonómico que ordenara la publicación en el Boletín Oficial Autonómico de lo ya aprobado provisionalmente por el Ayuntamiento y que ha resultado aprobado definitivamente por silencio.

Pero no puede hurtar al órgano autonómico su competencia respecto de la publicación de la norma. Porque para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario Oficial que

corresponda, según nos recuerda el artículo 52. 1 de la Ley 30/1992.

Por tanto si la aprobación definitiva corresponde al órgano autonómico, sólo él es competente para ordenar la publicación en el Diario Oficial, también autonómico, de lo aprobado definitivamente. La publicación en el diario Oficial no correspondiente no hace eficaz la disposición publicada. Por lo tanto la conducta municipal, además de ilegal y nula por falta de competencia, produce una confusión añadida ya que pretende dar eficacia a una disposición que no se ha publicado válidamente.

También debemos anular, aunque ya sea innecesario porque se encuentra anulado por falta de competencia, el punto del acuerdo del Pleno que ordena la publicación.

De todos los razonamientos anteriores ya resulta claro que la Administración Autonómica ha ejercido su derecho a la acción impugnatoria para depurar el ordenamiento jurídico, conculcado por el Ayuntamiento demandado, respecto de las competencias urbanísticas propias de la Administración andaluza. Concretadas éstas en la aprobación definitiva del Plan y en la publicación del mismo. También ha resultado acreditada la nulidad del acuerdo impugnado por la concurrencia de la causa de nulidad de falta de competencia del órgano que declara la existencia de la resolución aprobatoria del Plan y que ordena la publicación como si fuera una competencia propia, tanto la de aprobar como la de ordenar la publicación.

Por lo tanto debemos estimar el recurso por concurrir la causa de nulidad de falta de competencia para adoptar el acuerdo impugnado en el sentido de declarar la existencia de una resolución aprobatoria de un Plan y ordenar su publicación.

No siendo necesaria ya estudiar la posible nulidad por falta de trámite esencial cual es la adecuación de lo actuado a un nuevo informe impacto ambiental.

El recurso, por tanto, debe ser estimado, sin que, a pesar de todo, se aprecien méritos suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para considerar precedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución.

(St. de 1 de diciembre de 2008. Sala de Málaga. Ponente Joaquín García Bernaldo de Quirós. Pese a su extensión se transcribe completa dado el interesante acopio de jurisprudencia que contiene).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Disciplina Urbanística. Marbella. Nulidad de licencia de viviendas en suelo comercial. Imposibilidad de subsanación por planes posteriores ni por convenios urbanísticos. Naturaleza de los convenios urbanísticos.

Mediante el presente recurso la Administración autonómica cuestiona la legalidad del acuerdo de 29 de agosto de 2001, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella, por el que se otorgó licencia de obras en relación con el proyecto básico de construcción de 42 viviendas en la URP-AL-4, Playa de las Dunas, Urbanización Lunamar, de aquella localidad (expediente 222/2000), alegándose en ese sentido el desconocimiento por dicho acuerdo de la calificación como “comercial CO-2”, asignada a dicho suelo por el Plan General de Ordenación Urbana de Marbella de 1986 (publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 28 de noviembre de 2000), incompatible con el uso residencial previsto en el proyecto, con el consiguiente aumento del aprovechamiento urbanístico, argumentación que la Corporación demandada admite con su allanamiento y que la codemandada tampoco cuestiona, limitándose a alegar la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo así como, ya en el trámite de conclusiones, el hecho de la aprobación inicial con fecha de 19 de julio de 2007, del documento de revisión del Plan General de la ciudad, que, según se dice, regularizará la situación urbanística de la promoción.

Sobre todo ello, la Sala debe rechazar de entrada aquella objeción de procedibilidad, fundada en la superación del plazo de dos meses previsto por el artículo 46 de la Ley Jurisdiccional, que a pesar de lo señalado en la demanda, no se habría producido en el caso si se tiene en cuenta que la notificación del acuerdo impugnado se produjo el día 17 de diciembre de 2001 y la interposición del recurso el 18 de febrero siguiente.

Es verdad que, como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 9 de marzo de 1988, “...el cómputo del plazo de fecha a fecha se inicia al día siguiente de la notificación o publicación y concluye el día correlativo al de la notificación o publicación, es decir, que si un mes comienza a contarse en determinada fecha, en la misma del mes siguiente comenzará un nuevo mes, o sea, que el último día del plazo es el inmediatamente anterior, o lo que es igual, que la fecha final viene referida al día en que se produjo la notificación o publicación del acto o disposición...”, de modo que en el presente caso, aun cuando el cómputo del plazo se iniciara el día 18 de diciembre, su agotamiento se habría producido el 17 del mes de febrero siguiente.

Con todo, esta conclusión viene impedida por el carácter feriado de ese día 17 de febrero de 2001, que era domingo, lo que, según el artículo 185.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, trasladaba al siguiente hábil el último día del cómputo. Es más, de no ser así el escrito de interposición habría que entenderlo presentado en plazo de acuerdo con el artículo 135 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación en este orden jurisdiccional (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002 -casación para unificación de doctrina 10 1/2002- Y de 29 de septiembre de 2005 -casación para unificación de doctrina 220/2004-) Y que autoriza la presentación de cualquier escrito hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo y, más concretamente, del que

ahora se trata, según tiene acordado nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 64/2005, de 14 de marzo, y 130/2007, de 4 de junio, así como el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 17 de julio de 2007 (casación 47371/2004) o de 27 de junio de 2008 (casación 4235/2004).

Por ello, la causa de inadmisibilidad opuesta debe ser rechazada.

Por su parte, las razones en las que se fundamenta el recurso han sido ya objeto de tratamiento en anteriores ocasiones por esta Sala con respuesta que, dada la coincidencia de circunstancias que rodean la resolución del presente asunto, que no difieren esencialmente de las concurrentes sobre aquellos otros supuestos, no va a ser alterada ahora.

En este caso la Administración autonómica basa la ilegalidad de la licencia otorgada en los propios términos de los informes del Servicio Técnico de Obras y Urbanismo de la Corporación demandada (folios 48 y 56 del expediente administrativo), en los que se afirma que "...según el PGOU de 1986 (...) los terrenos pertenecen al sector de Suelo Urbanizable Programado URP-AL-4 "Playa de las Dunas", que cuenta con PPO aprobado y están calificados de Comercial CO-2..., añadiendo que "...por lo tanto, el proyecto presentado para la construcción de 4 edificios de viviendas plurifamiliares no se ajusta a la ordenación del planeamiento general..." (informe de 13 de octubre de 2000).

Ésta era además la ordenación urbanística que la actora considera vigente por no haberse aprobado definitivamente la revisión, entonces en tramitación, del Plan General del Término Municipal de Marbella, en el momento del otorgamiento de la licencia, lo que, según se ha adelantado, la Corporación demandada ha asumido con su allanamiento y la codemandada tampoco ha contradicho.

Pues bien, como viene haciendo la Sala, la respuesta a la cuestionada legalidad de la licencia otorgada ha de alcanzarse a tenor de su naturaleza esencialmente reglada, como técnica de intervención administrativa basada en el control de los actos de edificación y otros usos, para garantizar su adecuación o sometimiento a la legalidad y planeamiento urbanístico. Según ha precisado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de abril de 1993, "...las licencias urbanísticas constituyen un acto debido en cuanto que necesariamente deben otorgarse o denegarse según que la adecuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable. Va de suyo que la ordenación ha de estar vigente lo que dada la naturaleza normativa de los Planes exige no sólo que haya culminado su tramitación a través de la aprobación definitiva, sino que se haya producido su publicación, artículos 9.3 CE; 45 Y 46 Texto Refundido de la Ley del Suelo y hoy muy especialmente el artículo 70.2 de la LRBR de 7-4-85".

Con esta premisa, será cuestión de tratar de hallar la cobertura normativa de la licencia en cuestión, que, sin embargo, frente a lo que en otras ocasiones análogas se ha argumentado por la demandada, no se encuentra en las previsiones urbanísticas de aquel expediente de revisión del Plan, que había sido objeto de aprobación provisional por el Ayuntamiento Pleno en

fecha 20 de mayo de 1995 y que no fue aprobado definitivamente por la resolución de resolución de 20 de julio de 1998 de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga, ni tan siquiera en las determinaciones relacionadas con terrenos como los de la parcela en cuestión, que aun cuando no hubiesen sido rechazadas por aquel órgano, si fueron suspendidas hasta la aprobación definitiva del texto en su integridad, por entenderse sin duda necesario aquel examen global de la ordenación de la ciudad antes de hacer efectivas tales previsiones particulares.

Además, según se dijo en la Sentencia de 11 de octubre de 2004 (recurso 269/1999), no se opone a ello el invocado *ius variandi*, que desde luego "...no permite quebrantar la legalidad en cuanto a los requisitos establecidos para la vigencia de los planes de urbanismo y menos adelantar los efectos derivados de la aprobación de un plan a actos realizados con anterioridad a la misma..."

En este mismo orden de ideas, es claro que la conclusión anterior no viene impedida por el hecho de no haberse decretado por el Auto de 10 de septiembre de 1998, dictado en el recurso contencioso-administrativo número 3069/98, interpuesto frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marbella de fecha 7 de agosto de 1998, la suspensión del punto quinto de dicho acuerdo, por el que se ratificaban las licencias urbanísticas otorgadas al amparo de la revisión del PGOU, acuerdo que por recaer en una pieza de medidas cautelares, se adoptó sin prejuzgar la legalidad de las actuaciones impugnadas y, por tanto, "...sin perjuicio de su impugnación posterior por quien proceda...", esto es, dejando a salvo la posible impugnación de las licencias en otros procedimientos seguidos *ad hoc*. Ni que decir tiene que tampoco aquel Acuerdo de 7 de agosto de 1998, declarado nulo por la Sentencia de 8 de noviembre de 2004, puede dar cobertura a la licencia que ahora se trata.

Idéntico rechazo merecería la contemplación del proyecto en las estipulaciones de unos y otros convenios urbanísticos, figura esta que, como expresaba el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de marzo de 1997, aun cuando tenga por finalidad la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor, no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de la que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, deriven de él. El convenio de planeamiento es, y permanece, en la esfera de los simples convenios. Es verdad, que como también se dijo en la sentencia expresada, la figura de los convenios urbanísticos aconseja tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situa-

ción futura por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. No lo hacen en su naturaleza jurídica, que sigue siendo la de un simple convenio ajeno a ellas. El Convenio de planeamiento no es otra cosa que un acuerdo preparatorio de la modificación de un Plan.

De esta forma, como dijo la Sala en su Sentencia de 27 de febrero de 2004 (recurso 262/1999), "...la existencia de un convenio, que por los datos que tienen la Sala a la luz del proceso es un convenio de planeamiento y no de gestión, no puede dar cobertura directa e inmediata a la licencia si lo convenido no se incorpora al ordenamiento jurídico como norma. Y ello por una esencial razón de carácter material. El convenio no expresa ni manifiesta la misma satisfacción del interés general de la comunidad que una norma de planeamiento por una vital diferencia. El convenio no tiene el control de la información pública y trámite de alegaciones que tiene la elaboración de un Plan. El Plan tiene una legitimación democrática, mediata como cualquier norma de carácter reglamentario nacida de una Administración Pública democrática, pero también tiene una legitimación democrática inmediata por someterse al trámite de información pública. Trámite que garantiza que la comunidad, afectada por la norma que regula su urbanismo, manifiesta su opinión sobre el diseño de ciudad. Un convenio que no se transforma en Plan carece de la eficacia normativa para sustituir al Plan de cara a la concesión de una licencia".

En definitiva, el acto administrativo ha acudido, incluso de manera velada, a través de informes previos no demasiado explícitos, a una justificación jurídica inexistente o espuria y, por lo tanto, inadmisibles desde la perspectiva que impone el principio de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE), lo que, como la Sala también ha dicho (por ejemplo en su Sentencia de 15 de abril de 2004; recurso 263/1999), sólo puede significar que "...no ha existido un control de la legalidad urbanística respecto de la petición realizada, puesto que la Administración entre dos planes ineficaces escoge uno que es tan ineficaz como el otro, rechazando el que al menos se encuentra aprobado, y es conocido por el Ayuntamiento". En último extremo, se alega por la codemandada que con el proceso de revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella iniciado en el año 2007 quedará legalizada la situación de la urbanización, invocando para ello la existencia de algún supuesto en el que con esa misma ocasión (aunque en un municipio distinto) se ha negado la revisión de oficio de licencias.

Sin embargo, y de acuerdo con lo dicho en relación con la naturaleza reglada de la potestad que se trata y su necesario sometimiento al régimen urbanístico vigente en el momento en que se otorgó, las conclusiones expuestas no quedan alteradas por la existencia de aquel proceso de revisión, cuyo eventual resultado definitivo en modo alguno cuestiona la realidad de las irregularidades padecidas por la actuación administrativa impugnada mediante el presente recurso, de obligada declaración por la Sala de acuerdo con el principio de la perpetuo iudicium, que consolida la res-

puesta que debe ofrecerse a la pretensión de las partes frente las alteraciones jurídicas o fácticas que puedan acaecer al margen del proceso judicial. Además, el fundamento de esa obligada respuesta, sustentada en último extremo por el derecho a la tutela judicial de los intereses y derechos legítimos (artículo 24 CE), que obliga a dar satisfacción efectiva a las pretensiones que el ordenamiento confiere a los ciudadanos (y en este caso a una Administración pública) con sustento en acciones legítimamente reconocidas, resulta ajeno al que justifica y da soporte a la potestad administrativa de revisión de oficio, que como remedio extraordinario para la eliminación de los actos administrativos del mundo jurídico, se configura de manera ciertamente restringida, con su limitación, por ejemplo, a los actos nulos de pleno derecho y su sometimiento para el resto a la exigencia de la previa declaración de lesividad y a la ulterior impugnación jurisdiccional, quedando subordinada en todo caso a los límites fijados hoy por el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que excluye su ejercicio cuando por prescripciones de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Por ello, si en algún caso, como el examinado por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 54312006, de 15 de noviembre, invocado por la codemandada, se ha considerado improcedente la revisión de oficio de actuaciones urbanísticas ilegales por la pendencia de un procedimiento de innovación urbanística que pudiera legitimarlas, esta conclusión no puede extenderse a supuestos como el que ahora se trata, en el que no se dilucida el legítimo ejercicio de aquella potestad administrativa revisora sino la pretensión jurisdiccional relacionada con la legalidad de actuaciones administrativas ejercitada por los cauces ordinariamente establecidos.

En consecuencia, de acuerdo con todo ello, el recurso debe ser íntegramente estimado, con declaración de nulidad del acuerdo impugnado, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que se estime procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

(St. de 30 de enero de 2009. Sala de Málaga. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez. Se transcribe completa)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Vigencia de los Planes Generales en período transitorio de aplicación de la LOUA. Relación de Plan General y Plan Especial. Juego del principio de jerarquía y del principio de especialidad. Artículo 17 LOUA.

Mediante el presente recurso la Administración de la Junta de Andalucía pretende obtener la declaración de nulidad del Acuerdo de 26 de julio de 2007, del Pleno del Ayuntamiento de Málaga, de aprobación definitiva del Plan Especial de Reforma Interior del ámbito de suelo urbano PERI LO-4, “San Fermín”, del Plan General de Ordenación Urbana de esta capital, para lo que considera vulnerado lo establecido por el artículo 17.1.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y, concretamente, las previsiones de dicho precepto sobre dotaciones mínimas de parques y jardines, equipamientos y aparcamientos, sobre el suelo urbano no consolidado.

Frente a todo ello las demandadas oponen la inaplicabilidad al supuesto de esta norma, y ello, de un lado, por considerar que aquella Ley 7/2002 no resulta de aplicación al caso, por desarrollar el Plan impugnado las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana y tener éste su aprobación con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. De todas formas, y de otro lado, la aplicación del citado precepto quedaría excepcionada en el caso de acuerdo con lo establecido por su propio apartado 2, que así lo autoriza para la ordenación de concretos sectores de suelo urbano no consolidado cuando las dimensiones de éstos o su grado de ocupación por la edificación hagan inviable su cumplimiento o éste resulte incompatible con una ordenación coherente.

Con todo, como cuestión previa, las partes argumentan en uno y otro sentido en relación con los efectos que deben reconocerse a la emisión tardía del informe que la Administración autonómica formuló de acuerdo con lo establecido por el artículo 31.2.c) de la Ley 7/2002, según el cual “... corresponde a la Consejería competente en materia de urbanismo (...) la evacuación de informe previo preceptivo en innovaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, Planes Parciales de Ordenación, Especiales y Catálogos, cuando la aprobación definitiva sea de competencia municipal ...”, añadiendo que “... este informe se emitirá en el plazo de un mes desde la aportación del expediente completo...”. A este mismo extremo se refiere el artículo 14.2.b) del Decreto 220/2006, de 19 de diciembre, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, que atribuye su emisión a los titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

En este caso, el Servicio de Urbanismo de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía remitió un primer informe fechado el día 20 de abril de 2007 (folios 178 y 179 del expediente), que además de no provenir del titular de la Delegación Provincial, tuvo entrada en el Ayuntamiento de Málaga el día 30 siguiente (folio 175 del expediente), una vez transcurrido, pues, aquel plazo de un mes computado desde la recepción de la solicitud, que se produjo el día 21 de marzo de 2007 (folio 172 del expediente). Con fecha de 16 de mayo del mismo año se solicitó un segundo informe, con entrada en el registro de la

demandada el día 18 de mayo siguiente (folio 185), que no fue contestado sino hasta el día 16 de agosto de ese año, con registro del día 24 de agosto (folio 262 del expediente), una vez agotado también el meritado plazo e, incluso, tras la aprobación definitiva del instrumento examinado.

Pues bien, si para la Corporación demandada, según se expresa el Informe de su Gerencia de Urbanismo, Obras e Infraestructuras de 19 de septiembre de 2007 (folios 280 y siguientes), las expresadas circunstancias convierten en favorable el sentido de la voluntad autonómica al respecto, la actora las entiende irrelevantes a estos efectos por no impedir el juicio de legalidad del Plan aprobado, afirmando incluso que al tratarse el mencionado de un informe determinante para la resolución del procedimiento, la Corporación demandada debió esperar su emisión antes de emitir la actuación impugnada.

Pues bien, partiendo de su carácter preceptivo, que las partes no cuestionan, sobre todo ello debe descartarse de entrada que dicho informe sea de aquellos a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como “... determinantes para la resolución del procedimiento ...”, concepto que sin duda comprende los que por una u otra razón son necesarios para la emisión de la resolución administrativa, que no podría pronunciarse sin los datos o informaciones que incorpora el dictamen, lo que, como es natural, no ocurre en el supuesto examinado, en el que la Corporación demandada pudo aprobar definitivamente el instrumento en cuestión aun sin contar con la opinión de la actora.

En particular, por contra a lo argumentado por la recurrente, no resulta aplicable al caso el artículo 24 del Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, determinándose los órganos a los que se atribuyen, precepto que además de haber sido derogado con bastante antelación a las actuaciones de cuya legalidad se trata (concretamente, por el Decreto 193/2003, de 1 de julio, derogado también por el citado Decreto 220/2006), se refería, en lo que ahora importa, a modificaciones del planteamiento que implicaran una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres (fijando para la emisión del informe un plazo de tres meses y el sentido desfavorable de su omisión), categoría en la que no puede encajarse el supuesto que ahora se examina, en el que, aun cuando pueda discutirse la correcta aplicación de las normas que regulan aquellas zonas o espacios, en modo alguno aparece aquella cualificada modificación respecto del tratamiento ofrecido en instrumentos anteriores.

Por tanto y en definitiva, transcurrido el plazo para la emisión del informe sin su recepción por la demandada, ésta, según establece aquel mismo artículo 83.3 de la Ley 30/1992, pudo proseguir las actuaciones, sin que aquella omisión revele la voluntad favorable de la Administración autonómica respecto de la aprobación del instrumento ni, por tanto, a falta de toda previsión legislativa que otra cosa establezca, le impida cuestionarlo en esta se-

de judicial. Al mismo tiempo, de la aprobación del instrumento examinado sin el citado informe tampoco se extrae irregularidad alguna que pueda afectar al acuerdo impugnado.

La resolución de aquella otra cuestión principal ha de partir de lo establecido al respecto por el citado artículo 17.1.2 de la Ley 712002, según el cual en sectores de suelo urbano no consolidado (así como en el suelo urbanizable), el Plan General de Ordenación Urbanística o el Plan Parcial de Ordenación y, en su caso, los Planes Especiales, deberán cumplir las reglas sustantivas y los estándares de ordenación siguientes:

1ª La densidad y, en su caso, edificabilidad serán adecuadas y acordes con el modelo adoptado de ordenación, general y por sectores, y, por tanto, proporcionadas a la caracterización del municipio en los términos del artículo 8.2 de esta Ley y ajustadas al carácter del sector por su uso característico residencial, industrial, terciario o turístico. Cuando se refiera al uso característico residencial la densidad no podrá ser superior a 75 viviendas por hectárea y la edificabilidad a un metro cuadrado de techo por metro cuadrado de suelo.

Este último parámetro será, asimismo, de aplicación a los usos industriales y terciarios. Cuando el uso característico sea el turístico no se superará la edificabilidad de 0,3 metros cuadrados de techo por metro cuadrado de suelo.

2ª Las reservas para dotaciones, tales como parques y jardines, centros docentes, sanitarios o asistenciales, equipamiento deportivo, comercial, cultural o social, y aparcamientos, deberán localizarse de forma congruente con los criterios establecidos en el apartado E) del artículo 9 y establecerse con características y proporciones adecuadas a las necesidades colectivas del sector. Asimismo, deben cumplir como mínimo los siguientes estándares:

a) En suelo con uso característico residencial, entre 30 y 55 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados de techo edificable con uso residencial, de los que entre 18 y 21 metros cuadrados de suelo, y nunca menos del diez por ciento de la superficie del sector, deberán destinarse a parques y jardines, y además, entre 0,5 y 1 plaza de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.

b) En suelo con uso característico industrial o terciario, entre el catorce y el veinte por ciento de la superficie del sector, debiendo destinarse como mínimo el diez por ciento a parques y jardines; además, entre 0,5 y 1 plaza de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.

c) En suelo con uso característico turístico, entre el veinticinco y el treinta por ciento de la superficie del sector, debiendo destinarse como mínimo el veinte por ciento del sector a parques y jardines, y además, entre 1 y 1,5 plazas de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.

En este caso, la Administración autonómica considera vulnerado este precepto al no haberse respetado las dotaciones mínimas para parques y jardines, equipamiento y aparcamientos, en él previstas, todo ello según se indica en los citados informes de 20 de abril y 16 de agosto de 2007 .

Ahora bien, de acuerdo con lo argumentado por las demandadas, dos razones impedirían alcanzar aquella conclusión, la primera de ellas impuesta por ámbito de aplicación temporal de aquella norma, de acuerdo con las disposiciones transitorias de la propia Ley 7/2002 Y con la conexión que muestra el Plan Especial examinado con el Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad, aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.

Así se extrae, en efecto de su propia disposición transitoria 2.a, que para los planes e instrumentos existentes a su entrada en vigor, establece que conservarán su vigencia hasta su revisión o su total cumplimiento, lo que así habría de reconocerse en principio respecto del citado Plan General de Ordenación Urbana y, por lo tanto, resultaría obligado reconocer también respecto de aquellos otros aprobados en su desarrollo en la medida en que se encuentren subordinados a sus determinaciones, lo que, como es sabido, es regla general en virtud del principio de jerarquía de los planes.

Esto es, en definitiva, lo que entendía la Instrucción 1/2003, de la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Urbanismo (Sección 2.ª del Capítulo 2.º), en la que tras afirmar que “... hasta que los Planes General sean revisados o plenamente adaptados a la nueva Ley, puede suceder que las determinaciones que se contengan en el planeamiento general para estos sectores o áreas sean incompatibles con las disposiciones establecidas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, especialmente en su artículo 17 ...”, establece como regla para tal caso que “...las determinaciones contenidas en los Planes Generales vigentes deben prevalecer sobre las de la Ley cuando las que establece el planeamiento general en vigor sean definitivas del aprovechamiento o condicionen su materialización en el correspondiente área o sector ...”, añadiendo asimismo que “... cuando el Plan General contenga determinaciones concretas de ordenación de las correspondientes áreas, éstas, caso de no poder armonizarse con las de la Ley, deben ser tenidas en cuenta, prevaleciendo sobre los estándares del artículo 17 de la Ley ...”.

Es preciso reconocer, no obstante que en lo que respecta a los Planes Especiales esta sumisión al Plan General no es absoluta, pues como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1995 “... el Plan Especial no sólo desarrolla los Planes Generales en cuanto a sus determinaciones, sino las suyas propias en atención a los fines que le encomienda el ordenamiento jurídico. así lo ha venido afirmando la jurisprudencia, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de uno de septiembre de 1993, 23 de noviembre y dos de enero de 1992. Los límites que el planeamiento especial no puede traspasar son los siguientes: no puede sustituir a los planes territoriales, a los planes generales ni a las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio, por lo que no pueden clasificar suelo. Pero, en la medida en que respeten estos límites podrán establecer modificaciones contrarias a la del Planeamiento General cuando ellos sea necesario para la adecuada con-

secución de sus fines. Por ello, la jurisprudencia considera ilegales aquellas Planes Especiales que clasifican suelo y que modifican los sistemas de comunicación establecidos en el Planeamiento General (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1992 y 23 de noviembre de 1992, ya 1 de septiembre de 1993) ...”.

Más recientemente, en su Sentencia de 5 de marzo de 2008 (casación 1245/2004) el Alto Tribunal ha insistido en que la sujeción al principio de jerarquía “... entre los Planes Especiales y los Planes Generales (en el presente supuesto Normas Subsidiarias) se ha visto notablemente modulada y moderada por el principio de especialidad tal y como con reiteración viene recogiendo la jurisprudencia. Efectivamente, tanto el artículo 76.6 del Reglamento de Planeamiento urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU), como en el presente caso el artículo 26.5 de la citada Ley gallega 1/1997, de 24 de marzo, establecen que en ningún caso los Planes Especiales podrán sustituir a los Planes Generales ni a las Normas Subsidiarias en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio, por lo que no podrán clasificar suelo, sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecerse en los Planes Especiales. Los Planes Especiales no pueden clasificar suelo, es decir, determinar la consideración de éste como urbano, urbanizable o no urbanizable. Cuestión distinta en la que existe un margen mayor de apreciación es la relativa a la determinación de los usos, en los que el principio de especialidad permite márgenes de actuación variables en función de los objetivos perseguidos por el Plan Especial sectorial de que se trate, con la limitación de la clasificación del suelo y la prohibición de sustitución del PGOU como instrumento de ordenación integral del territorio ...”.

Todo ello, en fin, ha quedado sustancialmente recogido en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 2002, cuyo artículo 14 establece que los Planes Especiales desarrollan y complementan las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbanística, pudiendo modificar las pertenecientes a su ordenación pormenorizada potestativa (apartado 4), prohibiendo que los Planes Especiales puedan en ningún caso sustituir a los Planes de Ordenación del Territorio ni a los Planes Generales de Ordenación Urbanística en su función de instrumentos de ordenación integral del territorio, sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecer (apartado 5).

En el presente caso será preciso pues determinar en qué medida el Plan Especial que se examina se limitaba a desarrollar el planeamiento general o si, por el contrario, los específicos fines que se le asignaban permitían desviaciones respecto de las genéricas previsiones de aquel otro planeamiento. En el primer supuesto habrá que entender que, en realidad, de lo que se trataba era de hacer efectivas las determinaciones de un instrumento de planeamiento, el General de Ordenación Urbana, que ya había sido aprobado con anterioridad a la Ley 7/2002 y al que, por lo tanto, según la disposición transitoria 2.a, no serían aplicables sus determinaciones. Por el contrario, si el Plan Especial se ha separado de las previsiones del General o, incluso, si

en lo que respecta a las vulneraciones que se le imputan, podía separarse de lo establecido en aquel Plan, habría que entenderlo sometido a la nueva Ley de acuerdo con su disposición transitoria 5.a, que así lo establece para los Planes y restantes instrumentos de ordenación Urbanística en los que al momento de entrada en vigor de esta Ley, no hubiera recaído aún el acuerdo de aprobación inicial.

Pues bien, en el presente caso, la atención a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, al aporte argumental y probatorio ofrecido por las partes, conduce sin esfuerzo a la conclusión de la no concurrencia de los presupuestos necesarios para considerar violentado el precepto invocado en la demanda, y ello, fundamentalmente, por cuanto que a pesar de lo argumentado por la Corporación demandada, tanto en sede administrativa como en esta judicial, respecto de la existencia de razones justificadas para considerar inaplicable temporalmente aquel artículo 17.1 de la Ley 2/2007, la actora se ha limitado a insistir sin más en su aplicación sin ofrecer razón alguna que descarte esas otras posibilidades.

En efecto, de un lado, si en el primero de los informes, el de 20 de abril de 2007, de la Administración autonómica se limitó a invocar la aplicación al caso de aquel precepto, señalando los extremos en los que no se le daba efectividad, en el segundo informe, del día 16 de agosto siguiente, aquélla insiste en dicha ilegalidad sin señalar ya en ese caso aquellos precisos extremos, actitud que no se ha remediado en esta sede judicial, en la cual tanto la demanda como el escrito de conclusiones de la actora se limitan a remitirse en este aspecto a aquellos informes.

Ello contrasta con lo expresado en todo momento por la Corporación demandada, que, ante todo, se refiere a la finalidad que al Plan Especial asigna el Plan General de realizar operaciones integradas dirigidas a la reestructuración Urbanística de un área, fijando su superficie (de 3.090 m²), su edificabilidad (de 2,2 m²t/m²s) y su uso global (residencial-industrial), estableciendo como objetivo de la ordenación la implantación del uso residencial cuando se produzca el cese voluntario de la actividad industrial preexistente y la apertura de un vial de conexión entre la Avenida Juan XXIII y la Plaza de San Fermín, con ocultación de medianeras vistas. Como se observa, el Plan Especial se dirige en este caso al desarrollo de las concretas previsiones establecidas al respecto en el Plan General de Ordenación Urbana, en concreto, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 14.c) de la LOUA, es decir, con la finalidad de establecimiento de la ordenación detallada de las áreas urbanas sujetas a actuaciones y operaciones integradas de reforma interior, para su renovación, mejora, rehabilitación o colmatación, supuesto en el que, según el apartado 2.a) de ese mismo precepto, tiene lugar el desarrollo del Plan General y en el que, según precisaba el artículo 83.1 del Reglamento de Planeamiento, resulta obligado seguir sus determinaciones.

También se ha explicado por la demandada, cómo la aplicación de las dotaciones mínimas previstas en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, supondría la no disponibilidad de suelo para la edificación.

En fin, todo ello puede verse justificado, entre otros documentos, en los informes de 8 de mayo (folios 180 y siguientes) y de 11 de julio de 2007 (folios 191 y siguientes), del expediente, justificación que, considerada la ausencia argumentativa y probatoria de la actora sobre tales particulares, debe considerarse suficiente, cuando menos, para dar por buena la opción propugnada por las demandada, que con la acreditada conexión existente entre el Plan Especial y el General de la capital, habrían justificado mínimamente la no necesaria aplicación al caso de las determinaciones contenidas en el citado artículo 17.1 de la Ley 7/2002, por razón de la aprobación de dicho Plan General con anterioridad a dicha Ley.

Por si ello no bastara, esas mismas circunstancias permitirían traer en aplicación la caso lo establecido por el apartado 2 del mismo artículo 17 de la Ley 2/2007, que, justamente, permite eximir parcialmente el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior en la ordenación de concretos sectores de suelo urbano no consolidado, cuando las dimensiones de éstos o su grado de ocupación por la edificación hagan inviable dicho cumplimiento o éste resulte incompatible con una ordenación coherente, todo ello en los términos que se prevea reglamentariamente, autorizando igualmente la exención a los sectores de suelo urbano no consolidado o de suelo urbanizable en que se hayan llevado irregularmente a cabo, total o parcialmente, actuaciones de urbanización y edificación que el Plan General de Ordenación Urbanística declare expresamente compatibles con el modelo urbanístico territorial que adopte, circunstancias cuya concurrencia en el supuesto, según lo dicho, la demandada se ha ocupado de justificar más que sobradamente.

En consecuencia, por todo ello, el recurso debe ser íntegramente desestimado, sin que, a pesar de todo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se aprecien méritos suficientes para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

(St. de 23 de enero de 2009. Sala de Málaga. Ponente Eduardo Hinojosa. Se transcribe completa).