

Roj: STSJ CLM 1676/2011
Id Cendoj: 02003330012011100530
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Albacete
Sección: 1
Nº de Recurso: 1238/2007
Nº de Resolución: 385/2011
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: JOSE BORREGO LOPEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

URBANISMO

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

ALBACETE

SENTENCIA: 00385/2011

Recurso nº 1238/07

ALBACETE

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección Primera.

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Borrego López.

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Mariano Montero Martínez.

Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

Ilma. Sra. D^a M^a Belén Castelló Checa.

SENTENCIA Nº 385

En Albacete, a treinta de Mayo de dos mil once.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos, bajo el número 1238/07 del recurso contencioso-administrativo, seguido a instancia de la asociación ECOLOGISTAS EN ACCION DE ALBACETE, representada por Procurador Sr. Jiménez Belmonte, contra la CONSEJERIA DE OBRAS PUBLICAS DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA, representada y dirigida por sus servicios jurídicos; siendo partes codemandadas el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE HELLIN, representado por la Procuradora Sra. Díez Valero y la entidad CLEYTON GES S.L., representada por el Procurador Sr. López Ruiz, en materia de Urbanismo. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Borrego López, Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la representación procesal de la actora se interpuso en fecha 26 de Marzo de 2007, recurso contencioso- administrativo contra el acto presunto por silencio administrativo negativo del recurso de alzada deducido contra el acuerdo de 25 de Mayo de 2005, relativa a la aprobación definitiva de la modificación puntual nº 10 del P.G.O.U. de Hellín, adoptado por la Comisión Provincial de Urbanismo de Albacete.

Formalizada demanda, tras exponer los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó solicitando *"se dicte Sentencia estimatoria por la que se declare la nulidad de los actos impugnados por esta parte (Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Albacete, relativo a la aprobación definitiva de la modificación puntual nº 10 del PGOU de Hellín de 1 de junio de 2005, y desestimación del recurso de alzada interpuesto contra el mismo), se declare nula la modificación puntual nº 10 del PGOU de Hellín, y se deje sin efecto, con todos los pronunciamientos favorables. "*

Segundo.- Contestada la demanda por la Administración demandada y partes codemandadas, tras relatar a su vez los hechos y fundamentos jurídicos que entendieron aplicables, solicitaron sentencia desestimatoria del recurso.

Tercero.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, se practicaron las declaradas pertinentes, se reafirmaron las partes en sus escritos de demanda y contestación, por vía de conclusiones, y se señaló día y hora para votación y fallo, el 26 de Mayo de 2007, en que tuvo lugar.

Cuarto.- Habiéndose incorporado D. Ricardo Estévez Goytre, por acuerdo de la Sala de Gobierno, de fecha 7 de Marzo de 2011, a la Sección Segunda, y con la finalidad de no dilatar más la resolución del presente recurso, se hace cargo de la Ponencia el Presidente de la Sala, D. José Borrego López.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- Se somete al control judicial de la Sala el acto presunto, por silencio administrativo negativo, del recurso de alzada formulado contra el acuerdo de 25 de Mayo de 2005, por el que se procedía a la aprobación definitiva de la modificación puntual nº 10 del Plan General de Ordenación Urbanística de Hellín (Albacete).

Segundo.- La parte actora esgrime como principales motivos impugnatorios los siguientes: **a)** Que se habría producido una infracción del *art. 86.2 de la Ley del Suelo*, pues no quedaría justificado el *"ius variandi"* para la reclasificación del suelo de especial protección ecológica y paisajística; suelo no urbanizable; en relación con la *Disposición Adicional Tercera del Decreto 242/04, de 27 de Julio de 2004*, y vulneración de los valores medio-ambientales afectados. **b)** Falta de motivación de la modificación aprobada. Motivo de antijuridicidad religado al precedente. **c)** Improcedencia de la modificación, pues por la naturaleza de sus alteraciones, nos encontraríamos ante un supuesto categorial propio de la revisión del planeamiento, con vulneración de lo dispuesto en los *artículos 47.1 de la LOTAU*, en relación con los *arts. 154 a 157 del Reglamento de Planeamiento*. **d)** Y falta de previsión sobre la disponibilidad del agua.

Tercero.- Con relación a la primera cuestión planteada, se ha de señalar que en el presente caso no es aplicable la Ley del Suelo estatal (*art. 86.2 de la Ley del Suelo*), sino el grupo normativo que en el ámbito urbanístico queda reflejado por nuestra LOTAU, *Ley 6/98, de 4 de junio*, modificada por la *Ley Autonómica 1/03, de 17 de Enero*, con su propia evolución normativa y reglamentaria, según el momento temporal de aprobación de la modificación del Plan General. Desde esta perspectiva, la modificación operada se entronca en el ejercicio del *"ius variandi"* de la Administración, como potestad de planeamiento que es, siguiendo a éste en el carácter discrecional que está dotada. De tal suerte que, si el origen del ejercicio de dicho *"ius variandi"* hay una decisión política, su progresiva definición y justificación en el proceso administrativo de la decisión, da entrada a elementos normativos reglados y discrecionales, que conforman la motivación de la decisión administrativa; el proceso racionalizador de esa decisión; y que tiene su vía de control en las razones de la decisión; los principios generales de Derecho (*art. 1.4 del Código Civil*), evitándose que la decisión carezca de los soportes técnicos y documentales que legalmente la pueden apoyar y que los medios de técnica jurídica deben controlar, como adecuación a la *Ley y al Derecho (arts. 9.1 y 3, 103 y 106 de la Constitución)* y exorbitando del marco de control de la legalidad las decisiones arbitrarias. En el presente caso, no debe de olvidarse que se ha realizado una modificación del Plan, avalada por la correspondiente Memoria, convenio, documentos e informes, todo ello sobre la base de lo dispuesto en el *art. 41 de la LOTAU* y en relación con el *art. 39 de la misma*, y según sus presupuestos legales, incluso con emisión de la Evaluación Ambiental preliminar, con fecha 27 de septiembre de 2004, en donde se justifica la actuación sobre la clase de suelo sobre la que se actúa y sus posibles afecciones medio ambientales (afecta a un sector de suelo rústico de especial protección, en concreto el de las Sierras

y Cornisas), ubicando la modificación operada allí donde menos le afectó o excluyéndola de la zona próxima a ella, luego el ámbito de la modificación afectó a la superficie dedicada a suelo agrícola. Adviértase que la zona de especial protección para las aves lo fue por un *Decreto ulterior, el nº 82/05, de 12 de Julio (DOCM de 15 de julio)*, que entró en vigor con posterioridad a aquella modificación. Es más, se establecen medidas correctoras al efecto (véase, en este sentido, el documento nº 1 aportado por la parte demandada con el escrito de contestación a la demanda). A ello hay que unir que la Sala, en Sentencia de fecha 18 de Enero de 2010, recaída en el recurso de apelación nº 43/09, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Albacete, Ponente D. Manuel José Domingo Zaballos, al fiscalizar el otorgamiento de las licencias en el sector Higuericas, estableció al respecto la siguiente doctrina, en sus fundamentos de Derecho Segundo a Quinto, a saber:

«Segundo.- La sentencia apelada, cuyos pronunciamientos hemos transcrito, juzgó ilegal el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Hellín concediendo licencia urbanística, por lo que sigue: la edificación proyectada de ciento cinco viviendas unifamiliares en el denominado sector Higuericas Fase 1 se encontraba dentro del ámbito de aplicación de lo que sería el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Sierra Baja del Segura de Albacete y Los Pinares de Hellín; inicio del procedimiento de elaboración publicado en el DOCM de 24 de Julio de 2004, antes de que tuviera lugar la modificación nº 10 del Plan General de Hellín por el que se modificaba la clasificación del suelo de rústica a urbanizable; por consiguiente la concesión de la licencia no se atuvo al régimen de protección preventiva previsto en el *art. 30 de la Ley 9/99 de 25 de Mayo, de Conservación de la Naturaleza*, ya que no consta emitido el informe previsto en el *art. 30 de dicha Ley*.

Frente a la sentencia se alzan CLEYTON GES S.L. -titular de la licencia- y el Ayuntamiento de Hellín, interesando nueva sentencia revocatoria de la apelada y desestimando el recurso contencioso-administrativo presentado por los apelados. En síntesis, coinciden en defender que la exigencia recogida en el *art. 30 de la Ley 9/99 -informe favorable-* realmente se cumplió atendiendo al fin perseguido por la norma, como resulta del propio expediente y, en particular, del Informe emitido por la Consejería en fecha 14 de Marzo de 2007 (apelación de Cleyton Ges S.L.).

Por su parte, la representación del Ayuntamiento, para demostrar el error de Derecho en que incurre la sentencia, hace hincapié en el hecho de que previamente al otorgamiento de la licencia hubo, no uno, sino varios informes en sentido favorable con objeto la defensa del medio ambiente natural en general; que la exigencia del informe, en cualquier caso, lo es "*durante la tramitación de un PORN*", siendo el caso que el de autos no se estaba tramitando aún, sino que estaba en fase de elaboración y, por consiguiente, se desconocían sus hipotéticas determinaciones, sobre las que ha de versar el informe previsto en el citado *artículo 30*; y, en suma, que, a pesar de ello, el Ayuntamiento comunicó a la Delegación Provincial de Medio Ambiente que se encontraba en tramitación la licencia de obras, solicitó se informara al respecto, obteniendo como respuesta no ser necesaria la emisión del informe, quedando garantizada (la protección del espacio) con los informes emitidos con anterioridad por la Consejería.

La parte apelada se ha opuesto a las pretensiones de las dos contrapartes haciendo suyas las consideraciones de la Sentencia de instancia, esto es y, en definitiva, el carácter autónomo e independiente del informe exigido por la *Ley 9/99 de conservación de la naturaleza, artículo 30*, informe preceptivo y vinculante cuya no emisión en el plazo de noventa días ha de entenderse evacuado en sentido negativo.

Tercero.- Así planteada la controversia en esta segunda instancia, hemos de tomar como primera referencia fáctica que por acuerdo de 29 de Junio de 2004 del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (publicado en el D.O.C.M. el 22 de Julio de 2004) se decidió "*iniciar el procedimiento para la elaboración y aprobación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para el área denominada Sierra Baja de Segura en Albacete y Pinares de Hellín, cuyos límites geográficos se definen en el anejo, no habiéndose discutido que la superficie donde se proyectan las viviendas quede incluida dentro del mismo*". Por consiguiente, si bien el *art. 29 de la Ley castellano-manchega 9/99, de 26 de Mayo*, de Conservación de la Naturaleza, lleva como título "Procedimiento de aprobación y modificación" y el *artículo 30.1* habla de la "tramitación" -no pues de la "elaboración"-, superando la mejorable técnica legislativa del autor de la *Ley*, hay que entender que las exigencias contenidas en el *art. 30*, "protección preventiva", rigen en el tiempo a partir del acuerdo del Consejo de Gobierno del que habla el *apartado primero del artículo 29*, ya que en el *número dos del mismo artículo se hace un todo de la "elaboración y tramitación"*; de hecho, el acuerdo de 29 de Junio de 2004 del Consejo de Gobierno termina expresando (apartado segundo) "*establecer sobre el referido ámbito territorial, excluido el suelo calificado como urbano por la normativa urbanística actualmente en vigor, el régimen de protección preventiva previsto en el art. 30 de la Ley 9/99 de 26 de Mayo, de Conservación de la Naturaleza*". En este punto es de rechazar el razonamiento del Ayuntamiento defendiendo no ser de aplicación las prescripciones de las normas invocadas de contrario -y luego en la sentencia- por no estar siquiera elaborado el Plan cuando se resolvió

sobre la licencia otorgada. Tampoco vale defender que no resultaba de aplicación la normativa indicada, al tratarse de terrenos que, tras la modificación nº 10 del Instrumento de Planeamiento General -PGOU- pasaron a ser suelo urbanizable desde su clasificación anterior como rústicos. Repárese, en este orden de cosas que el acuerdo de iniciación del procedimiento -que no se cuestionó ni por el Ayuntamiento ni por la mercantil titular de la licencia, como podría haber hecho por ser acto trámite cualificado- excluye del régimen cautelar el suelo calificado "urbano", no así los terrenos clasificados como suelo urbanizable, a los que les resulta de aplicación permanente los *preceptos en cuestión de la ley autonómica 9/99*.

Cuarto.- Ciertamente es que no existe en las actuaciones el "informe favorable" de la Consejería que exige el *art. 30* con carácter previo "*a toda autorización, licencia o concesión*" (...) "*que habilite para la realización de actos de transformación de la realidad física o biológica sin informe favorable de la Consejería*", informe que, a solicitud de la Administración competente, deberá ser emitido en el plazo máximo de noventa días, así lo establece el mismo *artículo 30, apartado 2º, después de disponer (apartado 1º)* que "*no podrán realizarse actos que supongan una transformación sensible de la realidad física o biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la concesión de los objetivos del Plan*", objetivos del plan que propiamente no puede decirse que existieran -en ello llevan razón los apelantes-, en la medida que tal Plan no estaba ni elaborado ni, por consiguiente, aprobado.

Así las cosas, adelantamos la suerte estimatoria de los recursos de apelación, porque la sentencia se aferra y hace suyos los argumentos de la apelada, en exceso formalistas, llevando más allá de lo razonable jurídicamente la literalidad del *artículo 30.2 de la repetida ley autonómica* a propósito del informe. Informe ciertamente vinculante, pero sobre el que la Ley autonómica silencia las consecuencias en el caso de no ser emitido, como manda la norma, en el plazo de noventa días contados desde su solicitud. Quiere decirse que, lejos de sostener la representación de la apelada -sin explicarlo- que, a falta de emisión debe entenderse evacuado en sentido negativo, el régimen aplicable es el previsto en la normativa básica estatal, *artículo 83.3 y 4*, que no secundan precisamente su postura.

Quinto.- Llegados a este punto, hemos de deparar en que ni la Sentencia, ni tampoco el escrito de oposición a las apelaciones, nos dicen que los actos edificatorios habilitados por la resolución municipal impugnada supusieran propiamente atentado medioambiental (o de otro orden); todo el debate jurídico en la primera instancia, y en esta apelación, se desenvuelve en el campo de las formalidades procedimentales que, siendo importante -no será esta Sala órgano que lo niegue- exigen su calificación acorde con el sentido o razón de ser de las instituciones jurídicas.

Decimos esto porque concurren una serie de circunstancias, puestas de manifiesto en los escritos de apelación, que nos llevan a satisfacer las pretensiones de los apelantes.

La licencia se otorga no casualmente, sino después de haberse producido una modificación del Plan General de Ordenación Urbana mediante resolución aprobatoria de la Administración autonómica, acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de 25 de Mayo de 2005, y con la evaluación ambiental emitida por la Consejería de Medio Ambiente el 27 de Septiembre de 2004, ya iniciadas la elaboración del P.O.R.N. y permitiendo la (futura) transformación física de los terrenos al cambiar su clasificación de rústicos a urbanizables, calificándose que la documentación modificativa del Plan era "conforme con la E.A.P." y que los aspectos que menciona en este informe serían objeto de estudio y desarrollo en el Programa de Actuación Urbanística y Proyecto de Urbanización, habiéndose evacuado varios informes por la Administración autonómica, de nuevo por la Consejería de Medio Ambiente. Es de reseñar, primeramente, el informe de 1 de Marzo de 2007 suscrito por el Jefe del Servicio de Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, a propósito de Proyecto de Urbanización en el Paraje Las Higuercas con la conclusión de ser la documentación presentada acorde con las exigencias medioambientales (documento nº 15 unido a la contestación a la demanda del Ayuntamiento); no acaba ahí la cosa, porque existe constancia en las actuaciones - ramo de prueba de la demandada- que la Delegación de Medio Ambiente de la Consejería entendía innecesaria la evacuación del informe previsto en el *artículo 30 de la Ley autonómica 9/99*, por quedar "*garantizada* (la protección) *con los informes emitidos por la Consejería de Protección del Espacio y cumplido con ello el objeto mismo del citado precepto*" (*art. 30*).»

Luego dicho motivo de impugnación ha de ser desestimado, como lo ha de ser el segundo, si tomamos en consideración el informe medio-ambiental favorable, de que se trata de una actuación autonómica, de carácter aislado y destino turístico o de ocupación estacional; con tipología residencial unifamiliar de baja o muy baja densidad, con una densidad máxima de 6'75 viviendas por hectárea, concretando una densidad edificatoria máxima de 136.850 m² construidos en todos los usos; y un sistema de espacios libres de 15.000 m², y con adopción de estrictas medidas correctoras. Por lo tanto, no se observa que en la decisión de su ubicación haya arbitrariedad, ni existe informe técnico alguno que avale que la decisión adoptada no es la más idónea y adecuada por su finalidad y programación urbanística (*arts.*

217 y 281, ambos de la L.E.Civil), con respeto al sistema medio-ambiental. Adviértase que de la documental aportada en el recurso (fase probatoria), se constata que ha superado unas diligencias penales, e incluso de fiscalización contable por parte de nuestro Tribunal de Cuentas.

Cuarto.- Asimismo se alega por la parte actora la nulidad de la modificación del planeamiento adoptado por la Corporación local, al entender que por las características de la misma, procedería aplicar al supuesto de alteración urbanística adoptado la categoría jurídica de la "revisión" (art. 40 de la LOTAU) y no de la modificación. Empero, por la naturaleza y alcance de la modificación operada, en ningún caso podemos entender que la misma implique una alteración urbanística que afecte a la concepción global de la ordenación prevista en el Plan, o una reconsideración total de la ordenación; o que suponga la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica de su ámbito territorial; o de la clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo distinto, o por la aparición de circunstancias sobrevenidas de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación o supongan, de hecho, un agotamiento de su capacidad. En tal sentido, se ha de señalar la carencia de un informe técnico que nos permita evaluar, con precisión, los aspectos de la modificación que la parte actora ni tan siquiera ha intentado, conforme al principio de la carga de la prueba (arts. 217, 281 y 348, todos ellos de la L.E.Civil) y la prueba documental aportada en los autos se muestra, por los datos que revela en conexión con la modificación aprobada, insuficiente para llegar a sus conclusiones. Así, los metros de suelo urbanizado y urbanizable, suelo urbano del término municipal de Hellín, incremento poblacional que nos hubiera permitido dimensionar técnicamente el alcance real de la modificación, por su población y extensión, o que la superficie del sector no se corresponda con la que definitivamente aprobó la Comisión Provincial de Urbanismo en fecha 25 de Mayo de 2005.

Quinto.- Y por ultimo, respecto de la falta de disponibilidad del suministro de agua al sector, con la contestación a la demanda por parte del Ente local se aportó la documental relativa a la existencia de infraestructura y prestación del servicio de agua potable (documentos 2 a 5), siendo ésta una de las cuestiones más analizadas por la Administración medio-ambiental, exigió un anexo específico de abastecimiento; como por la Consejería de Ordenación Territorial. Fundamentos, todos ellos, que nos han de llevar a desestimar el presente recurso, por ser conforme al Ordenamiento jurídico el acto normativo impugnado (arts. 67, 68 y 70, todos ellos de la Ley Reguladora). Sin costas (arts. 68.2 y 139, ambos de la Ley Jurisdiccional).

F A L L A M O S.-

Que **debemos desestimar y desestimamos** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Ecologistas en Acción de Albacete, contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de dicha ciudad, de fecha 25 de Mayo de 2005, por el que se procedía a la aprobación definitiva de la modificación puntual nº 10 del Plan General de Ordenación Urbanística de Hellín (Albacete). Sin costas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación en término de DIEZ DIAS.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación literal a los autos originales, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la **no** tificación de la anterior resolución. Doy fe.