

Roj: **STS 301/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:301**Id Cendoj: **28079130052016100044**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **29/01/2016**Nº de Recurso: **2850/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 2850 de 2013, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 24 de junio de 2013, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 682 de 2010, sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L. contra la Orden, de 25 de febrero de 2010, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, y contra la Orden de la misma Consejería, de 7 de mayo de 2010, por la que se dispuso la publicación de la normativa urbanística de dicha Revisión en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, solicitando en la demanda que se declare disconforme a Derecho la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística, aprobada por Orden de 25 de febrero de 2010, de la Consejería de Viviendas y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía en cuanto clasifica como suelo urbano no consolidado la parcela denominada Urbanización Las Cañas (o Carolina del Sur), incluida como ARG-NG-8, y lo anule en cuanto a tal clasificación y categoría y en cuanto a su inclusión en el ARG-NG-8 con fines de normalización, y que se declare que dicha parcela debe ser clasificada como suelo urbano con la categoría de consolidado en el Plan impugnado.

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, el **Ayuntamiento de Marbella**, representado por el Procurador Don Antonio Ortega Fuentes, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La representante procesal de la entidad mercantil ahora recurrente, al formular la demanda en la instancia, solicitó expresamente que, con estimación del recurso contencioso-administrativo, la Sala, dicte sentencia por la que acuerde:

«1º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística del Territorio y lo declare disconforme a Derecho en cuanto clasifica como suelo urbano NO CONSOLIDADO la parcela identificada en el hecho Primero e incluida como ARG-NG-8, y lo anule en cuanto a tal clasificación y categoría y cuando a su inclusión en el ARG-NG-8 con fines de normalización.

»2º.- Declare que la parcela de mi representada identificada en el hecho Primero debe ser clasificada como suelo urbano con la categoría de CONSOLIDADO en el Plan impugnado».

SEGUNDO .- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, dictó, con fecha 24 de junio de 2013, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número



682 de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Desestimar el presente Recurso Contencioso-Administrativo. Sin costas».

TERCERO.- Dicha sentencia se basa, entre otros, en los siguientes fundamentos jurídicos del sexto al noveno:

«SEXTO.- La Sala entiende que la actora se equivoca cuando considera que el solar objeto de este recurso cuenta con infraestructuras completas, sin ser deficientes o estar deterioradas u obsoletas y que "Concurren en el mismo las circunstancias de hecho previstas en la legislación urbanística como propias de esa categoría del suelo urbano (en este caso, las del art. 45.2.A) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía -LOUA -), y es contrario a Derecho y conlleva la anulación de esta concreta determinación del planeamiento, el hecho de que este suelo no se hayan clasificado en el Plan General de **Marbella** objeto de esta impugnación como suelo, no solo urbano sino CONSOLIDADO."

»Ya con eso da por sentado que el solar debió considerarse como suelo urbano consolidado olvidando lo que establece al respecto del suelo urbano no consolidado, el art. 45.2.B de la LOUA:

» "2. En esta clase de suelo, el Plan General de Ordenación Urbanística, o en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal, establecerá las siguientes categorías:

» B) suelo urbano no consolidado, que comprende los terrenos que adscriba a esta clase de suelo por concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

» Carecer de urbanización consolidada por:

» 1. No comprender la urbanización existente todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos, o unos u otras no tengan la proporción o las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir."

»Así pues tenemos que el precepto que transcribimos se refiere no solo a servicios, y, a infraestructuras, que la Sala no duda que la finca posea, sino también a "dotaciones públicas precisas" que al igual que aquellas no solo deben comprender las obras de la urbanización sino que deben tener la proporción o las características adecuadas para servir a la urbanización que sobre ellas exista o se construya en el futuro.

»Pues bien es a estas dotaciones públicas a las que se refiere el PGOU para incluir estos terrenos entre el suelo urbano no consolidado y a la vista de la prueba practicada podemos decir que no ha quedado acreditado que las dotaciones públicas se hayan completado. Puede que se hayan hecho cesiones pero no se justifica que sean las necesarias ni que con ello se cumpla el requisito legalmente exigido. Y con esto nos referimos fundamentalmente al conjunto de sistemas y elementos que se caracterizan por estar destinados al servicio de la población como vías públicas, servicios urbanos, espacios libres públicos y equipamientos.

»Pues bien la Sala entiende que la actora no ha acreditado haber realizado las necesarias cesiones para estas dotaciones públicas al haberse vulnerado el Plan para el que preveía la construcción en el terreno de autos de viviendas unifamiliares adosados cuando en realidad se han construido viviendas plurifamiliares con el aumento que ello conlleva de densidad de población cuando no se ha llevado a efecto, como decimos, reserva de suelo para espacios libres y equipamientos.

»Lo anterior viene plasmado en la Memoria de Ordenación del PGOU respecto al ARG-NG-8 "La Carolina Sur" que, como nos indica la demandada pone de manifiesto que en ese ámbito nunca concurren todas las dotaciones públicas precisas y que, en definitiva el conjunto residencial objeto de las presentes actuaciones se construyó con infracción de las reservas establecidas para espacios libres y equipamientos lo que obliga a su clasificación como suelo urbano, pero no consolidado.

»Recuerda también la Administración autonómica que por *sentencia de la Sala de 13 de junio de 2006, recaída en recurso 1939/00* se anuló la licencia de obras para el conjunto Residencia Las Cañas, Urb. La Carolina Sur URP-NG-18.

»SÉPTIMO.- Por otra parte el argumento en el que se apoya la pretensión actora se concreta en la improcedente imputación, por el mecanismo de normalización empleado por el plan, de las cargas urbanística que dicho mecanismo contempla.

»Pues bien, sin necesidad de una mayor extensión, la descripción del instrumento empleado a estos efectos puede encontrarse en el artículo 10.3.1.1.c) de las normas urbanísticas el plan, según el cual las áreas de regularización "...son unidades de ejecución con fines exclusivos de normalización en zonas mayoritariamente edificadas irregularmente..", añadiendo que con ellas se pretende "...asegurar su conversión en un área urbana con los equipamientos y organización adecuados a la edificación existente que resultan asumidos por este plan sin perjuicio de precisar el reforzamiento exterior con dotaciones adscritas..". A dichas áreas se refiere igualmente el artículo 10.3.11.1 de las mismas normas urbanísticas, estableciendo que en cuanto ámbitos de



suelo urbano no consolidado en zonas mayoritariamente edificadas irregularmente, las áreas de regularización "...se delimitan para asegurar la ejecución sistemática de los deberes urbanísticos pendientes para conseguir la normalización mediante su conversión en un área urbana con los equipamientos y organización adecuados a la edificación existente que resultan asumidas por este plan..".

»Ninguna objeción plantea a la Sala la adecuación de dicho mecanismo al ordenamiento jurídico, que, desde luego, concibe como finalidad de la actividad urbanística la consecución de un "...desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades y del territorio..", subordinando "...los usos del suelo y de las construcciones, edificaciones e instalaciones, sea cual fuere su titularidad, al interés general definido por esta Ley..", así como la delimitación del "...contenido del derecho de propiedad del suelo, usos y formas de aprovechamiento, conforme a su función social y utilizada pública..", entre otras, todo ello, según el *artículo 3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre*, de ordenación urbanística de Andalucía, finalidades que, sin duda, pueden obtenerse en determinados supuestos mediante la conservación o integración en el modelo de ciudad de construcciones, instalaciones o, incluso, actuaciones de urbanización que se hayan podido llevar a cabo irregularmente, y ello según puede verse expresamente en determinadas declaraciones legales, como las que, en definitiva, reconocen derechos a los ciudadanos en virtud de la realidad fáctica existente y, entre ellas, las contenidas básicamente en el citado *artículo 45 de la citada Ley 7/2002* sobre la misma concepción del suelo urbano y, más concretamente, del fenómeno de la consolidación urbanística ajena a los procesos de urbanización legalmente previstos, o las recogidas por el *artículo 17.2 de la Ley 7/2002* sobre la exención de cumplimiento de estándares y reglas sustantivas en determinados supuestos.

»En fin, en el presente caso el apartado 2.2.2 de la Memoria de Ordenación del Plan justifica su finalidad normalizadora, conceptuada ante todo no por sí sola, sino como integrada en la propuesta de nueva ordenación urbanística de la ciudad, finalidad que, por lo tanto, en términos generales, no puede ser discutida como procedente, ello, claro está, sin perjuicio de lo que pudiera resultar del examen particular que en cada supuesto pueda realizarse a la vista tanto de los pronunciamientos contenidos en unas u otras declaraciones judiciales emitidas, como de las situaciones que en cada caso hayan pretendido instaurarse con el nuevo plan, examen que, desde luego, no corresponde hacer ahora.

»En este orden de ideas y en relación con el meritado objetivo, que el plan impugnado plantea, debe recordarse la conocida doctrina jurisprudencial sobre la posible incidencia del *ius variandi* en situaciones afectadas por pronunciamientos judiciales, doctrina que puede verse extractada en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011 (casación 2245/2010)*, referida a la imposibilidad legal de ejecución de sentencia como de simple carácter administrativo, cuando tiene lugar en el ámbito del urbanismo mediante la aprobación -con posterioridad a una resolución jurisdiccional- de un nuevo planeamiento que viene a adaptarse, o a "legalizar", la actuación previamente anulada.

»Se mencionan en este sentido las *Sentencias del 22 de enero de 1997, de 30 de enero de 2001, de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004*, declarando esta última que si bien "...la Administración sigue disponiendo de sus facultades de ordenación urbanística y, por tanto, de modificación de las determinaciones aplicables, debe, si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico..".

»En esta misma línea se expresa la *Sentencia de 5 de abril de 2001 (casación 3655/1996)*, según la cual la modificación del planeamiento "...no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute..". Como ha dicho la *Sentencia de 31 de marzo de 2010 (casación 6214/2007)*, "...esta conclusión (matizada y que remite la solución al examen de las circunstancias concretas en cada caso) justifica la diversidad de decisiones que este Tribunal Supremo ha adoptado, y que van desde la afirmación de que la modificación del planeamiento es causa de inejecución de las sentencias (autos de 3 de mayo de 1989 y 22 de febrero de 1994 y sentencia de 12 de septiembre de 1995) hasta la conclusión de que la modificación del planeamiento no es causa de inejecución (autos de 5 de abril de 1988 y de 16 de julio de 1991 y sentencia de 23 de julio de 1998)..".

»Así las cosas, en el supuesto examinado la exclusión de aquel elemento intencional que pueda hacer reprochable la finalidad utilizada por el planificador se evidencia en el caso ante la especial justificación, extensamente desarrollada en el citado apartado 2.2.2 de la Memoria de Ordenación, que representa la situación que trata de abordarse, en modo alguno configurada por la resolución de aisladas irregularidades, sino que se extiende a la necesidad de dotar de ordenación a una ciudad entera ante la indisciplina urbanística generalizada, caracterizándose por la extensión indiscriminada de los conflictos institucionales y legales planteados, hasta el punto de haberse producido la retirada de las atribuciones urbanísticas a la Corporación local (llevada a cabo en virtud de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre), situación que en coherencia con su generalidad, el Plan impugnado aborda también con criterios generales, los cuales, por tanto, se muestran



en principio ajenos a toda finalidad espuria o desviada, tendente a conseguir el beneficio particular de unos determinados ciudadanos en perjuicio de otros.

»Desde esta perspectiva general, se observa asimismo cómo la nueva intervención administrativa a través del plan cuestionado, lejos de tratar de soslayar los presupuestos legales cuya carencia pudo determinar la ilegalidad de las anteriores actuaciones urbanísticas, viene precisamente a colmar tales carencias entonces observadas, relacionadas, precisamente, con la ausencia de plan, presupuesto este en cuya falta, como es suficientemente conocido, se basaron por lo común los pronunciamientos de esta Sala al anular licencias entonces otorgadas, y que, justamente, viene a suministrar la nueva ordenación, llenando así los vacíos entonces observados.

»La posible finalidad subjetiva desviada, tendente al incumplimiento de lo acordado judicialmente, se descarta también si se repara en que el autor del instrumento impugnado, es decir, la Administración autonómica, resultó ser el principal promotor en su día de los procesos dirigidos frente a anteriores actuaciones declaradas ilegales. Es difícil, pues, llegar a entender que quien promovió entonces la acción de la justicia pueda ahora pretender incumplir las decisiones judiciales que obtuvo en su favor.

»De todas formas, sin discutir la procedencia del mecanismo empleado por el plan, la mercantil recurrente discute su participación en las consecuencias que de dicho mecanismo se derivan, y en particular respecto de la obligación de hacer frente a las compensaciones establecidas por el plan para los propietarios del área. Como se ha dicho, el suplico de la demanda pide que se releve a la actora y a sus componentes, de toda obligación derivada de aquel procedimiento de normalización. Finalmente, para todo ello, la actora acude básicamente al concepto de tercero de buena fe y por tanto, sin citarlo, a lo establecido por el *artículo 34 de la Ley Hipotecaria*.

»En este punto, debe recordarse una vez más que según establece hoy el *artículo 7 de la Ley de Suelo*, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, el derecho de propiedad se concibe como estatutario, noción extraíble de la función social que, según el *artículo 33 CE*, delimita el contenido de los derechos a la propiedad privada y a la herencia, y que como decía la *STC 37/1987* (en relación con la Ley de Reforma Agraria de Andalucía; FJ 2), diversifica los estatutos de la propiedad en virtud de la "...progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer...", dando lugar a "...diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae".

»Todo ello con la consecuencia directa de la fijación de dicho régimen de acuerdo con la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, a la que, como establece el *artículo 3.1 de la misma Ley*, corresponderá fijar el conjunto de facultades, deberes y cargas que conforman aquel estatuto, y que, sin perjuicio de las que puedan suministrar otros regímenes jurídicos o estatutos (el agrario, por ejemplo), se integra básicamente a través del conjunto de planes urbanísticos, encabezados por el Plan General de Ordenación Urbanística, y a los que corresponde llevar a cabo esa ordenación de acuerdo con las previsiones normativas de rango superior.

»OCTAVO.- Siendo ello así, es evidente que mediante la delimitación de las correspondientes áreas de regularización, el plan impugnado ha cumplimentado la función que tiene atribuida en relación con la delimitación del contenido de la propiedad inmobiliaria, extremo este en el que, además, la recurrente no ha opuesto objeción alguna a través de la cual pudiera observarse la existencia de algún tipo de irregularidad en el cumplimiento de dicha función.

»Más concretamente, de acuerdo con las condiciones urbanísticas admitidas para el área de regularización en la que se inserta la edificación de la recurrente (que, naturalmente, son bastante más favorables que las autorizadas por el plan anterior), la edificación sólo podrá ser regularizada, con reconocimiento por tanto de la consolidación de los derechos patrimoniales de los correspondientes titulares, en los términos previstos por el *artículo 49.2 de la ley 7/2002, de 17 de diciembre*, de ordenación urbanística de Andalucía, previo cumplimiento de los derechos y obligaciones establecidos de conformidad con el planeamiento urbanístico, quedando así entretanto la edificación sometida a régimen de fuera de ordenación en los términos previstos por el artículo 10. 3. 11.6 de las Normas del Plan.

»En definitiva, el plan se ha limitado a introducir la correspondiente delimitación objetiva del derecho de propiedad de los suelos afectados, sin incidir en determinación concreta sobre la titularidad subjetiva de los derechos y cargas resultantes del planeamiento, aspecto del que, en su caso, se ocupará la correspondiente ejecución urbanística, y que, por lo demás, no parece que pueda dilucidarse de otra forma que teniendo en cuenta lo establecido por el *artículo 19 de la Ley de Suelo*, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, sobre la subrogación de los propietarios en los deberes y cargas urbanísticas ínsitas a la titularidad dominical de los inmuebles, que no hace sino reflejar el concepto de aquellas cargas y



deberes como de Derecho público, que, por tanto, deben hacerse efectivas en todo caso, con independencia de las relaciones entre particulares, las cuales, como es natural, no pueden servir para alterar el tratamiento urbanístico de los predios (tal y como para el Derecho tributario y por la misma razón, establece el *artículo 17.4 Ley 58/2003, de 17 de Diciembre, General Tributaria*).

»Todo ello, claro está, sin perjuicio de las consecuencias que sobre cada propietario puedan suscitarse en otros planos, como el de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en el que tampoco ha de descartarse la posible concurrencia de culpa de la supuesta víctima ni tampoco el eventual beneficio que el supuesto perjudicado ha podido también obtener de la pretendida actuación dañosa (la denominada *compesatio lucri cum damno*), o el de la responsabilidad frente al transmitente, en el que, como es sabido, puede funcionar la excepción del conocimiento de la situación del bien (*exceptio doli*).

»Insistimos: Frente a las alegaciones de la demandante, atendiendo, ante todo, a la posible arbitrariedad de la revisión aprobada, es conveniente recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la distinción de las revisiones y modificaciones de los Planes, que son operaciones por completo diferentes, y así la *sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1988 , recogida en la de 29 de mayo de 2009* , señala las siguientes diferencias: a) en cuanto a la finalidad perseguida la revisión supone un examen total del texto objeto de ella a fin de verificar si el mismo se ajusta a la realidad, mientras que en la modificación se trata de corregir alguno o algunos de los elementos del Plan permaneciendo la subsistencia de éste que no es sustituido por otro como en el caso anterior; b) la revisión no implica necesariamente alteración, pues una vez verificada puede llegarse a la conclusión de que el texto está de acuerdo con la realidad vigente aunque hayan pasado varios o muchos años; por el contrario en la modificación se hace ineludible adecuar la ordenación urbanística a las exigencias de la realidad, todo ello porque el urbanismo no es totalmente estático sino dinámico y operativo; c) en cuanto al procedimiento, la revisión se ajustará a los mismos trámites que la formación al igual que la modificación, pero aquélla sólo se dará respecto a los Planes Generales y programas de actuación mientras la Modificación puede tener lugar respecto a Planes, Programas, Normas y Ordenanzas; d) el procedimiento complejo arbitrado por el legislador para la elaboración de los Planes es para que sus distintas fases sean algo más que ritos que sólo sirvan para complicar el procedimiento, ya que lógicamente están pensadas para una mayor garantía en la obtención de un final óptimo corrigiendo o mejorando los errores iniciales. Tratándose, pues, el acto impugnado de una revisión del Plan, insistiendo en la bondad legal de su motivación, se ha de poner de relieve, como se hace en la *sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de noviembre de 2007* , que la intensidad de la motivación está relacionada con la entidad del cambio que se efectúa y que la jurisprudencia ha declarado que la motivación general es más que suficiente cuando se trata de una revisión, que no tiene porqué descender al detalle, lo cual es propio de la modificación.

»Hay que insistir, además, en que, tratándose de una revisión de un Plan General, éste ya existía con anterioridad y, en este punto, bueno será recordar que, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, la potestad administrativa de planeamiento comprende el de su reforma porque la naturaleza normativa de los planes y la propia necesidad de adaptarlos a las exigencias del interés público, justifican sobradamente el "ius variandi" reconocido a la Administración. Ello puede plantear el problema de la situación de los propietarios ante la modificación del planeamiento, puesto que los Planes perfilan la ordenación territorial en atención a las demandas del interés público, siendo de notar que tal ordenación delimita, a su vez, el derecho de propiedad, al implicar de modo directo la clasificación y calificación del suelo al estatuto jurídico de la propiedad. Este carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria determina que el contenido y modalidades de la misma habrá de ser el emanado de la ordenación urbanística, cuya variación o modificación no puede ser obstaculizada por los derechos de los propietarios, aunque, en su caso, puedan dar origen a indemnización. Tal "ius variandi", precisamente respecto de la atribución al suelo de una determinada cualidad aparece caracterizado por la discrecionalidad en su determinación, aunque ésta en ningún caso puede ser producto de la arbitrariedad - *artículo 9.3 de la Constitución* -, estando sometida tal clasificación a las exigencias de racionalidad en estrecha conexión con el interés público.

»No es apreciable, ni ha sido acreditado por la actora que, en tales determinaciones urbanísticas, hubiera incidido la Administración en arbitrariedad o subjetivismo caprichoso pues el ensombrecimiento de la corrección de la actividad administrativa tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, ha actuado al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, o con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones, nada de lo cual se ha acreditado, así como un actuar injustificado ni una lesión de derechos que impida el despliegue de una actividad planificadora que debe entenderse tendente a mejorar la ciudad y siendo así que efectivamente se pretende modificaciones de espacios públicos, calificación de los terrenos y asignación de usos, el camino para su realización, habida cuenta de su justificación, es la revisión aprobada y recurrida, máxime cuando se ha de tener en cuenta, también, la salvaguarda del



interés de los particulares mediante los mecanismos compensatorios previstos en los distintos sistemas de actuación, como fuere el derivado de la expropiación, posibilidad en la que el pago del justiprecio de las fincas expropiadas deja a sus propietarios indemnes de cualquier perjuicio, al recibir en dinero su valor y, ello, implicaría que procedería la compensación mediante transferencia de aprovechamiento en otro ámbito con exceso o mediante expropiación.

»Las anteriores potestades encuentran su justificación legal en los arts. 2 3 y 9 de la Ley 7/02, de Ordenación Urbanística de Andalucía .

»Por otra parte, no se puede obviar, por ser de conocimiento directo por esta Sala, la situación urbanística de **Marbella** anterior a la presente revisión y, siendo uno de sus objetivos, la normalización urbanística de la ciudad en orden a la obtención efectiva de las zonas libres y equipamientos necesarios, respondiendo a objetivos de interés general que trascienden de la simple voluntad de regularizar y, siendo compatible con estas premisas, no se puede dudar de la legalidad de la posible integración de lo construido ilegalmente, como se prevé en el art. 17.2 de la LOUA.

»NOVENO.- Por lo demás, según señalan las demandadas, el plan incluye explicación más que suficiente sobre los criterios de fijación de los coeficientes de regularización, sin que, por lo tanto, se observe el déficit justificativo que sobre este particular se reprocha al instrumento, aunque sin señalarse en qué ha consistido el desconocimiento por el propio plan de los criterios allí establecidos a tal fin.

»En fin , en definitiva, el recurso debe ser íntegramente desestimado, y ello sin que, finalmente, a pesar de todo y 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.

CUARTO .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante diligencia de ordenación de fecha 26 de julio de 2013, en la que se mandó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

QUINTO .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, el **Ayuntamiento de Marbella**, representado por el Procurador Don Antonio Ortega Fuentes, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía, y, como recurrente, la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L., representada por la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, quien, con fecha 17 de octubre de 2013, presentó escrito de interposición de recurso de casación.

SEXTO .- El recurso de casación sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L. se basa en dos motivos de casación, esgrimido el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción , y el segundo al del apartado d) del mismo precepto; el primero por incurrir la sentencia en falta de motivación e incongruencia omisiva, que se concreta en falta de motivación ya que no resuelve la cuestión planteada sobre ilegalidad, defecto de justificación de los coeficientes e incumplimiento de los requisitos legales de las unidades de ejecución deficitarias previstas en el Plan General, en las que sólo existen deberes para los propietarios, falta pronunciamiento sobre la cuestión de que la doctrina del Tribunal Supremo sobre irregularidad o clandestinidad de las urbanización no sirve de soporte jurídico a la normalización contemplada en el Plan General impugnado, silencio acerca de la inexistencia de cobertura de la regularización en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, regularización contraria a principios constitucionales en cuanto introduce consecuencias punitivas sin garantías para los afectados convirtiéndose en deberes del estatuto de la propiedad urbana e imputando cargas urbanísticas a quienes no son propietarios, omisión acerca de la ilegalidad, al amparo del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 , por considerar que la dotación de determinadas áreas sea, por sí misma, justificación para imponer deberes a los propietarios de suelo urbano consolidado y, finalmente, eludir pronunciarse sobre la ilegalidad de la carga prevista en el artículo 103.5.f) del Plan General; y el segundo motivo por infracción de los artículos 33 de la Constitución , 7 y 19.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 , al imponer deberes a quienes ya no son propietarios del suelo, y desconocimiento de la jurisprudencia sobre el carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria; vulneración del artículo 9.3 de la Constitución , toda vez que el carácter irregular del proceso urbanizador del que deriva la imposición de cargas de normalización se efectúa de forma arbitraria, existiendo suelos que, a pesar de haber sido urbanizados y edificados ilegalmente, quedan excluidos de las cargas de normalización y, además, el coeficiente de normalización carece de justificación; conculcación del artículo 72.1 del Reglamento de Gestión Urbanística , toda vez que del proceso de normalización resultan unidades de ejecución en que no existen aprovechamientos, sino solo cargas, por lo que sólo existen deberes



para los propietarios; los artículos 7, 12, 14 y 16 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 y 78 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1976, que son infringidos al no tener en cuenta la sentencia el carácter de suelo urbano consolidado de los terrenos; de los artículos 9.2.c) y 16.1 Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, que son infringidos por la imposición de la carga prevista en el artículo 103 del Plan General y de los artículos 16.2 y 29.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, en cuanto, en el proceso de normalización de fincas, las dotaciones no se fijan por razón de su necesidad sino por la consideración de la ilegalidad del proceso urbanístico previo, por lo que, en lugar de dotaciones, son en realidad penalizaciones por incumplimiento del anterior Plan General, finalizando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se estime el recurso contencioso-administrativo sostenido en la instancia.

SEPTIMO .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Sala por venirle atribuido su conocimiento conforme a las normas de reparto, y, una vez recibidas, se convalidaron mediante diligencia de ordenación de fecha 7 de enero de 2014, en la que se mandó dar traslado a las representaciones procesales de las Administraciones comparecidas como recurridas para que, en el plazo de treinta días, formalizasen por escrito su oposición al referido recurso de casación, lo que llevaron a cabo el representante procesal del **Ayuntamiento de Marbella** con fecha 3 de marzo de 2014 y la Letrada de la Junta de Andalucía con fecha 7 de marzo del mismo año.

OCTAVO .- La representante procesal del **Ayuntamiento de Marbella** se opone al recurso de casación porque la sentencia recurrida no ha incurrido en los vicios que se denuncian en el primer motivo de casación ni la Sala de instancia ha vulnerado los preceptos citados como infringidos en el segundo motivo, dado que la Revisión del Plan General de **Marbella** fue ajustada a Derecho, mientras que la edificación de la parcela en cuestión se llevó a cabo en contra del ordenamiento urbanístico en vigor, por lo que no cabe considerar el suelo como urbano consolidado y así finalizó con la súplica de que se desestime el recurso interpuesto y se confirme la sentencia recurrida con imposición de costas a la mercantil recurrente.

NOVENO .- La representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se opone al recurso de casación porque la sentencia recurrida no adolece de los vicios denunciados en el primer motivo y, respecto del segundo motivo, el Tribunal *a quo* no ha vulnerado los preceptos que se invocan por la recurrente, mientras que dicho Tribunal expresa con toda claridad las razones por las que el suelo en cuestión no puede alcanzar la categoría de consolidado, sin que se haya acreditado que la Sala haya incurrido en error o arbitrariedad en la valoración de las pruebas, y así terminó con la súplica de que se desestime el recurso de casación por ser la sentencia recurrida plenamente ajustada a Derecho.

DECIMO .- Formalizadas las oposiciones al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 24 de marzo de 2015, continuándose la deliberación, al existir otros asuntos de contenido conexo con el presente, hasta el día 27 de octubre de 2015, con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley, salvo el plazo para dictar sentencia debido a la atención a otros asuntos preferentes.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, quien, al disentir del criterio de la mayoría, formulará voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación procesal de la entidad mercantil recurrente, según hemos recogido en el antecedente sexto de esta sentencia, alega dos motivos de casación frente a la sentencia recurrida, el primero por adolecer ésta de falta de motivación y haber incurrido en incongruencia omisiva, al dejar de pronunciarse acerca de una serie de cuestiones planteadas en la demanda, con lo que el Tribunal *a quo* ha vulnerado la doctrina jurisprudencial que se cita y el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y el segundo por haber infringido los preceptos señalados en el referido antecedente sexto y por las razones en el mismo resumidas.

Ambos motivos de casación, tendentes a obtener la anulación de la sentencia recurrida y a que dictemos otra en la que declaremos que la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, aprobado por Orden de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de fecha 25 de febrero de 2010, es nula de pleno derecho así como a que declaremos que el suelo de la parcela en cuestión es urbano consolidado, carecen de trascendencia al fin pretendido.

Esa Revisión del indicado Plan General ha sido declarada radicalmente nula, entre otras, en nuestras recientes Sentencias de fechas 27 y 28 de octubre de 2015, pronunciadas en los recursos de casación 313, 1346 y 2180 de 2014, de modo que la sentencia impugnada con el presente recurso de casación ha de ser igualmente anulada en cuanto desestimó el recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil, ahora recurrente en casación, frente a la referida Orden, de 25 de febrero de 2010,



aprobatoria de la indicada Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, y con tal alcance hemos de declarar haber lugar al recurso de casación deducido por dicha representación procesal de la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L. en los presentes autos, lo que nos impone, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley de esta Jurisdicción, el deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

SEGUNDO .- Una vez declarada la nulidad de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, no resulta procedente y carece de sentido venir ahora a pronunciarnos sobre la segunda pretensión esgrimida en la demanda y en el recurso de casación, más allá de la estrictamente anulatoria, ya que el efecto típico y característico que la anulación de todo Plan comporta es que recobra su vigencia la ordenación urbanística preexistente (Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella** de 1986), conforme a una jurisprudencia que tenemos reiteradamente establecida y cuya cita resulta innecesaria.

TERCERO .- La declaración de haber lugar al recurso de casación es determinante de que no formulemos expresa condena al pago de las costas procesales causadas con el mismo, según dispone el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, sin que existan méritos para imponer a cualquiera de las partes las de la instancia, al no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, según lo establecido concordadamente en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 24 de junio de 2013, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 682 de 2010, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, con estimación del recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la referida entidad mercantil Promociones Irulema III S.L. contra la Orden, de 25 de febrero de 2010, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan de Ordenación Urbanística de **Marbella**, debemos declarar y declaramos que dicha Revisión es nula, nulidad que comprende la de la posterior Orden, de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, por la que se dispuso la publicación de la Normativa Urbanística así como la del propio Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, sin hacer expresa condena al pago de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA: 29/01/2016

VOTO PARTICULAR que, al amparo de lo establecido en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula a la sentencia pronunciada en el recurso de casación 2850 de 2013 el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesus Ernesto Peces Morate por disentir del criterio de la mayoría de la Sala en cuanto ésta ha considerado que no procede resolver acerca de la segunda pretensión formulada en la demanda y reiterada en el escrito de interposición del recurso de casación, a pesar de que fue tanto en la instancia como en casación objeto del debate:

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L., tanto en la instancia como en su recurso de casación, ha solicitado, según hemos recogido en los antecedentes primero y sexto de esta sentencia, que se « declare que la parcela de mi representada identificada en el hecho Primero debe ser clasificada como suelo urbano con la categoría de CONSOLIDADO en el Plan impugnado ».

En contra del parecer de mis colegas de Sala, entiendo que es necesario, para satisfacer plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes en la instancia y en casación, que nos pronunciemos acerca de esta segunda pretensión, por lo que debemos examinar si, al haberse declarado radicalmente nulo el Plan General



de Ordenación Urbanística de **Marbella**, aprobado por Orden de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de fecha 25 de febrero de 2010, la demandante, recurrente en casación, tiene derecho a que se declare que el suelo de su parcela es urbano consolidado.

SEGUNDO.- Tal pretensión debe ser desestimada porque la Sala de instancia ha declarado probado que el planeamiento urbanístico preveía en el terreno de autos la construcción de viviendas unifamiliares adosadas, a pesar de lo cual se construyeron viviendas plurifamiliares con el aumento que ello supone para la densidad de población sin haberse reservado suelo para espacios libres y equipamientos, habiéndose construido el conjunto residencial "La Carolina Sur" con infracción de las reservas establecidas para espacios libres y equipamientos, razón por la que no cabe atribuir al suelo en cuestión la categoría de consolidado.

De lo expuesto se deduce que la parte dispositiva de la sentencia debería ser del siguiente tenor literal:

Debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña Nuria Munar Serrano, en nombre y representación de la entidad mercantil Promociones Irulema III S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 24 de junio de 2013, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 682 de 2010, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, con estimación sólo parcial del recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la referida entidad mercantil Promociones Irulema III S.L. contra la Orden, de 25 de febrero de 2010, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan de Ordenación Urbanística de **Marbella**, debemos declarar y declaramos que dicha Revisión es nula, mientras que debemos desestimar y desestimamos la pretensión formulada, tanto en el escrito de demanda como en el de interposición de este recurso de casación, en orden a que se declare que la parcela identificada como "La Carolina Sur" debe ser clasificada como suelo urbano con la categoría de consolidado, sin hacer expresa condena al pago de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.