



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 5 / 1 9 9 4

La Laguna, a 28 de junio de 1994.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con las *"Modificaciones 2, 18, 28 y 28', correspondientes a las Normas Subsidiarias del municipio de San Sebastián de La Gomera"* (EXP. 12/1994 OU)*.

F U N D A M E N T O S

I

El presente Dictamen se emite a petición del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley 4/84, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, en el curso del procedimiento de las modificaciones identificadas con los números 2, 18, 28 y 28' de las Normas Subsidiarias del Planeamiento del Municipio de San Sebastián de La Gomera (en adelante, NSP de SSG) que afectan a zonas verdes y espacios libres.

La competencia del Consejo Consultivo para emitir este Dictamen con carácter preceptivo resulta del art. 10.7 de aquella Ley en relación con el art. 129 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio (LRSOU). Respecto a que el art. 129 LRSOU constituye la legislación aplicable a la que se refiere el art. 10.7 de la Ley 4/84, este Consejo ya lo ha explicado en los siguientes términos: "cuando la modificación afecta a zonas verdes o espacios libres el vigente LRSOU contempla una especial garantía (art. 129) que se concreta, no sólo, como se ha dicho, en la intervención de este Consejo, sino también en que la aprobación definitiva de la modificación se traslada al Gobierno, previo informe favorable del Consejero con

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

competencia en la materia. Ya se ha señalado que el citado artículo tiene carácter supletorio, aplicable sólo en defecto de regulación autonómica, siendo por ello una cláusula de cierre que tiene por objeto realizar el principio de plenitud del Ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del Derecho una regla con la que pueda superar las lagunas de que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias (STC 147/91, de 4 de julio). Nuestra normativa no contempla la especial garantía de un procedimiento cualificado en aras a la protección de las zonas verdes y espacios libres, por lo que habrá de regir la solución contenida en la legislación estatal, sin que sea posible entender que la omisión autonómica tiene el sentido de no considerar aplicable ese procedimiento especial. Es necesario en este punto traer a colación el ya derogado Decreto 16/86, que, a diferencia del actual Reglamento orgánico de la Consejería de Política Territorial, contemplaba las competencias del Gobierno en materia de urbanismo (art. 15), entre ellas la aprobación definitiva de la modificación de los planes que tuvieran por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres (apartado 5). El actual Reglamento ha obviado toda referencia a las competencias del Gobierno, regulando sólo las competencias propias de la Consejería. Ahora bien, ello no debe entenderse como la derogación de aquéllas y su asunción por ésta, puesto que el nuevo Decreto no las atribuye a ningún órgano de la misma.

Debe tenerse en cuenta, además, que la legislación urbanística canaria es una legislación fragmentaria y parcial que remite a la legislación estatal para su integración plena, sin que tenga por tanto voluntad de establecer un régimen urbanístico completo y detallado, sino sólo la pretensión de adaptar a las exigencias de la realidad urbanística canaria aspectos concretos de la legislación urbanística general del Estado. De este carácter, expresa y deliberadamente fragmentario, resulta una laguna general del Derecho urbanístico canario que ha de ser suplida por la aplicación en bloque de la legislación estatal, con excepción de aquellas regulaciones estatales que han sido sustituidas por regulaciones canarias (disposición transitoria tercera del Estatuto; disposición adicional y final tercera de la Ley 1/87, de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación; arts. 4, 9.3, disposiciones finales primera, segunda y tercera de la Ley 5/87, de 7 de abril, sobre Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de la Comunidad Autónoma; arts. 2, 4.1, 5.1 y 8 de la Ley 6/87, de 7 de abril, sobre Sistema de Actuación de Urbanización

Diferida; disposición final de la Ley 7/90, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial).

Sobre la regulación del procedimiento para la modificación de los planes urbanísticos, la legislación canaria se remite a la legislación estatal, pues sólo establece algunas adaptaciones de carácter orgánico exigidas por la organización de la Administración urbanística canaria. En el Derecho estatal urbanístico, se contempla una garantía de los derechos de los ciudadanos a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE), garantía que consiste en un procedimiento cualificado para la modificación del planeamiento cuando se afecten zonas verdes y espacios libres, contemplado, como ya se ha señalado, en el art. 129 LRSOU. La regulación de esta garantía tiene carácter supletorio, lo que supone que las Comunidades Autónomas pueden sustituirla por otra regulación distinta. Pero, nunca puede significar que la legislación autonómica pueda suprimirla, pues esa supresión supondría una lesión de los derechos reconocidos en los arts. 45 y 47 CE. En la legislación urbanística canaria no se aprecia el menor indicio de que el Legislador canario haya querido sustituir la garantía del art. 129 LRSOU por otra, mucho menos suprimirla. Un Reglamento orgánico de la Consejería de Política Territorial no puede interpretarse como dirigido a suprimir la intervención que, en orden a dicha garantía y con carácter supletorio, prevé el citado artículo; primero, porque es anterior cronológicamente al LRSOU; segundo, porque regula las facultades de la Consejería, no del Gobierno y, finalmente, porque se trata de un Reglamento organizativo, que carece de la necesaria habilitación legal para producir efectos *ad extra* sobre las garantías de los ciudadanos en orden a los derechos que proclaman los arts. 45 y 47 CE." (Dictamen 21/94).

II

El Ordenamiento jurídico exige para la modificación de las determinaciones del planeamiento municipal referentes a zonas verdes y espacios libres el cumplimiento de los siguientes trámites:

1º Acuerdo de aprobación inicial por el Pleno de la Corporación Local interesada (art. 114.1 LRSOU) con el *quorum* del art. 47.3, i) de la Ley 7/1985, de 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en relación con el art. 22.1.c) de

la misma y el art. 72.2 de la Ley canaria 14/90, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

2º Sometimiento a información pública como mínimo durante un mes, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia y publicación en uno de los diarios de mayor circulación en esta última (art. 114.1 LRSOU).

3º Aprobación provisional por el Pleno de la Corporación y con el mismo *quorum* (art. 114.2 LRSOU y demás preceptos citados en el ordinal 1º).

4º Informe de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias (art. 114.2 LRSOU en relación con el art. 16.1) y 3) del Reglamento Orgánico de la Consejería de Política Territorial).

5º Informe favorable del Consejero de Política Territorial que en caso de ser desfavorable sería vinculante (art. 129 LRSOU).

6º Informe favorable del Consejo Consultivo de Canarias y, por tanto, vinculante también en caso de ser desfavorable (arts. 129 LRSOU en relación con el 10.7 Ley 4/84).

7º Aprobación definitiva por el Gobierno de Canarias.

Por último, se ha de hacer constar que la regla del silencio positivo para la aprobación de los planes y de sus modificaciones no es aplicable cuando éstas afectan a las zonas verdes y espacios libres (art. 120.2 LRSOU en relación con el art. 129 del mismo y arts. 133.3 y 162.2 del Reglamento de Planeamiento, RP, aprobado por Real Decreto 2159/78, de 23 de junio).

El Consejo Consultivo ha de examinar, en primer lugar, si se han cumplido los requisitos procedimentales que deben preceder a su Dictamen. Al respecto, se señala que en el expediente se acredita la aprobación inicial del proyecto de la "Modificación nº 4 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de San Sebastián de La Gomera", -Modificación nº 4 que comprende las modificaciones sometidas a Dictamen- por el Pleno del Ayuntamiento de dicho Municipio, con el *quorum* del art. 47.3 i) LRBRL, en fecha de 4 de diciembre de 1992.

Igualmente consta su sometimiento a información pública por el plazo de un mes, mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, nº 2, del día 4 de enero de 1993, y en los dos diarios de mayor circulación de la provincia el día 11 de diciembre de 1992; también consta su aprobación provisional, el día 18 de marzo de 1993, por el Pleno del Ayuntamiento con el *quorum* legal.

El día 28 de julio de 1993 la CUMAC acordó elevar al Consejero de Política Territorial una propuesta de resolución sobre la referida modificación nº 4, en el sentido de aprobar definitivamente una serie de modificaciones puntuales, denegar algunas, formular reparos respecto a otras debiéndose cumplir una serie de trámites procedimentales para posteriormente refundirse en un nuevo documento que debería ser aprobado provisionalmente por el Pleno.

Lo más relevante, para lo que aquí importa, de esa propuesta de resolución es su punto tercero que declara textualmente "las modificaciones nº 2, 18, 28 y 28', al suponer alteración de zonas verdes y espacios libres, requieren la formación de una documentación separada por parte del Ayuntamiento a fin de someter su aprobación al procedimiento del art. 129 del Texto Refundido de la Ley del Suelo".

Esta propuesta fue acogida íntegramente por la Orden 355, de 19 de agosto de 1993, del Consejero de Política Territorial y remitida a este Consejo el 11 de enero de 1994 con solicitud, fechada la víspera, del Presidente del Gobierno para que se emitiera el Dictamen contemplado en el art. 129 LRSOU. En su sesión del 13 de enero de 1994, el Pleno del Consejo inadmitió la solicitud de Dictamen por considerar que la Orden sometida a su consideración no era la conclusiva del expediente de modificación, sino que señalaba a la Corporación Local afectada una serie de insuficiencias para que procediera a su subsanación.

El 25 de marzo de 1994 el Presidente del Gobierno, de conformidad con el acuerdo del Pleno del Consejo de 13 de enero, formula solicitud del Dictamen previsto en el art. 129 LRSOU, a la cual acompaña: 1) una Orden del Consejero (Orden Departamental 128, de 22 de marzo de 1994) por la que se informa favorablemente las modificaciones nº 2, 18, 28 y 28' de las Normas Subsidiarias de referencia y cuya parte dispositiva resuelve elevar al Consejo de Gobierno la

aprobación de dichas modificaciones, previo informe favorable del Consejo Consultivo. 2) El informe de la CUMAC favorable a las citadas modificaciones. 3) Una memoria justificativa de éstas, suscrita por los técnicos redactores de la modificación nº 4 a la cual acompañan sus respectivas cuatro fichas técnicas.

El Pleno del Consejo, en sesión celebrada el 8 de abril de 1994, adoptó, al amparo de lo dispuesto en el art. 49 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, el acuerdo de suspender la solicitud de Dictamen pues ésta venía acompañada sólo de la documentación técnica relativa a las modificaciones 2, 18, 28 y 28', pero no se remitió el expediente íntegro de la modificación que se pretendía.

De conformidad con ese acuerdo del Pleno del Consejo, el 29 de mayo del corriente el Presidente del Gobierno remitió el expediente de la modificación nº 4, cuyo examen ha permitido comprobar el cumplimiento de los requisitos procedimentales (aprobación inicial y provisional por mayoría cualificada, información pública debidamente anunciada, informe de la CUMAC, informe favorable del Consejero) que se han reseñado, por lo que procede analizar el fondo del asunto sometido a la consideración de este Consejo.

III

1. La modificación nº 2 de las que se dictaminan consiste en la eliminación de una esquina en un espacio libre, lo que supone su reducción en 24 metros cuadrados. Eliminación que se justifica pues el concepto de espacio libre encaja difícilmente con un espacio de extensión reducida que se encuentra limitado por dos de sus lados con paredes medianeras formando un ángulo recto. El reajuste de alineación que se opera mediante esta reducción permite una mejor resolución y más despejada perspectiva de dicho espacio, al tiempo que posibilita la eliminación de un problema de higiene; con lo que resulta debidamente justificado el interés público que avala la escasa reducción de dicho espacio libre; que, por otro lado, aparece compensada por el aumento o creación de nuevos espacios libres que operan las modificaciones 8, 24 y 29.

La memoria también trata de justificar esta reducción en que la modificación nº 1 crea un nuevo peatonal, lo que obliga a recordar que los viarios, sean peatonales o destinados al tráfico rodado, no forman parte de los espacios libres, porque los arts. 72 y 78 LRSOU distinguen claramente entre red viaria pública y espacios libres, al

igual que el art. 2.1 del Anexo al Reglamento de Planeamiento distingue entre peatonales y espacios libres.

2. La modificación nº 18 implica una reubicación de una parcela destinada a zona verde, cuya extensión se ve incrementada por la agregación del espacio destinado anteriormente a viales que se convierten en innecesarios por dicha reubicación, la cual consiste en desplazar a la colindante la parcela destinada a zona verde con lo que no se genera dificultades de acceso o mayor distancia respecto a su emplazamiento anterior; en consecuencia, también resulta defendido el interés público con esta modificación.

3. La modificación nº 28 concierne a un espacio libre, encajonado entre un acantilado y la trasera de unos inmuebles cuya fachada da a la margen de un barranco. Se propone desplazar este espacio libre a la margen opuesta al mismo tiempo que se dobla su extensión, aumentando la edificabilidad que se permite en la anterior parcela que ocupaba dicha zona verde, parcela de cuyos 400 metros cuadrados, 225 se destinan a peatonal. El desplazamiento a la margen opuesta del barranco no perjudica su accesibilidad ya que existe un proyecto de urbanización para el encauzamiento de aquél.

4. La modificación nº 28' está relacionada con la anterior, pues implica aumentar dicha zona verde para compensar el incremento de edificabilidad que conlleva la calificación como suelo urbano residencial de una parcelas contiguas, por lo que tampoco con esta modificación padece la legalidad.

CONCLUSIONES

1. En el presente procedimiento de modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de San Sebastián de La Gomera se ha respetado la legalidad formal (Fundamento II).

2. Igualmente, no concurre ninguna vulneración de la legalidad material urbanística concerniente a la ordenación de los espacios libres y zonas verdes, por lo que procede dictaminar favorablemente las modificaciones 2, 18, 28 y 28' de las citadas Normas Subsidiarias.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 25/1994, ACERCA DE LAS MODIFICACIONES 2, 18, 28 Y 28' RELATIVAS A LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DEL MUNICIPIO DE SAN SEBASTIÁN DE LA GOMERA, CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 12/1994 OU.

Mi opinión discrepante se refiere esencialmente a la parte del Dictamen relativa al órgano competente para aprobar la modificación urbanística de la que se trata y, en conexión con ello, al entendimiento que al respecto se hace de la aplicabilidad del Derecho supletorio del Estado, en general, y del artículo 129 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación urbana, cuyo Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/92, en particular (TRLSOU).

I

1. En realidad, las razones por las que entiendo que cabe sostener la concreta competencia del Consejero de Política Territorial, y no del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), ya fueron por mi explicitadas en el Voto Particular que este Consejero emitió al Dictamen 21/94 de este Organismo. Y, por tanto, pudiendo ser conocidas por el órgano solicitante, de tal Dictamen y también del presente, y por el Gobierno regional y la Administración del mismo dependiente y con él incluida en el Poder Ejecutivo autonómico, no las voy a reiterar ahora, remitiéndome en este sentido y a los efectos oportunos al mencionado Voto Particular.

En todo caso, cabe señalar respecto a los primeros párrafos del Fundamento I del Dictamen, sin perjuicio de lo que luego se advertirá más detalladamente sobre lo afirmado al final de aquél, que el Derecho supletorio sirve precisa y exclusivamente para el fin propio de su naturaleza, como se confirma en la sentencia 147/91 del Tribunal Constitucional. Pero de ningún modo puede una norma de este carácter, calificada además como tal por el legislador competente, que es el estatal y como aquí ocurre, establecer reglas de orden organizativo autonómico, y mucho menos que aquéllas sean de obligado cumplimiento por las Comunidades Autónoma, o bien, ordenar garantías procedimentales de necesaria asunción por éstas, máxime en asuntos de competencia exclusiva regional.

En otras palabras, no solo no servir propia y exactamente como regla que complete la ordenación de una cierta materia cuando la Comunidad competente para regularla no lo hubiese efectuado con plenitud, o no lo hiciese en absoluto, en sus

diversos aspectos o elementos, sino producir ella misma lagunas en el Ordenamiento autonómico, generando modificaciones en éste y/o forzando la actuación normativa regional para cerrar tales hipotéticos vacíos y evitar la aplicación de un precepto estatal que, no debe olvidarse, se establece sin título material habilitante de orden específico, pues éste es autonómico, y cuya naturaleza normativa, que coherentemente no es de Derecho de plena o básica aplicabilidad, impide sostener una pretensión ordenadora de esta índole.

2. De todos modos, bueno es indicar que el Derecho autonómico en la materia es fragmentario y sin duda incompleto, pero sólo lo es en el sentido de que las normas autonómicas al respecto son de orden específico, sin existir por ahora una ordenación urbanística regional de carácter más o menos global, que seguramente y por distintas obvias razones nunca podrá ser absoluto, establecida en un único instrumento o acto legislativo. Y, desde luego, contra lo sostenido en el Dictamen ello no supone que la intención del legislador autonómico sea sin más y simplemente adaptar la legislación urbanística del Estado a la realidad canaria, sino ejercitar la competencia estatutaria de la CAC sobre el particular para ordenar ciertas cuestiones, que entiende de primaria o capital importancia, o bien, de urgente o imprescindible solución normativa específica, incluidas o relacionadas con esta materia.

Y, precisamente, la CAC ha realizado esta actuación respetando la normativa estatal plena o básica que incide, en virtud de los correspondientes títulos competenciales del Estado, sobre aquélla y desplazando, que no por supuesto sustituyendo como se dice en el Dictamen, la que no lo es a su condición de puramente supletoria y, por tanto, únicamente aplicable en defecto de norma regional ordenadora del asunto concreto del que se trate, en uno y otro sentido. Pero no del Derecho autonómico en la materia en general, al que tan solo "sustituye" cuando, al igual que cualquier otra norma estatal cuya tipología, naturaleza o calificación a este fin y en esta circunstancia es intrascendente, resulta total y necesariamente de aplicación en la materia o asunto el Derecho del Estado por no haber sido establecida, pudiéndolo ser constitucional y estatutaria o legalmente, ordenación regional al respecto.

II

1. Por demás, conviene advertir en relación con lo mantenido en el último párrafo del Fundamento I del Dictamen que, como se ha indicado, el Derecho estatal urbanístico de carácter supletorio no puede establecer garantía alguna para los ciudadanos, aunque sea un derecho de éstos el mantenimiento de un medio ambiente adecuado (cfr. artículo 45 de la Constitución), puesto que esa no es su función, ni tampoco es éste el mecanismo constitucional para establecer una tal garantía.

Desde luego, aparte de que conviene recordar una vez más que el Derecho estatal no puede establecer normas organizatorias de una Comunidad Autónoma, o disponer qué órganos regionales y de qué manera han de intervenir y actuar en cierta materia, que encima es de competencia regional, es lo cierto que la supuesta garantía en cuestión no puede estar fundada en la intervención de un órgano u otro del Ejecutivo al respecto y no puede ser establecida, para efectivamente serlo y, en definitiva, ser respetada por los aplicadores y órganos normativos autonómicos, más que por normas estatales no supletorias, para lo cual, en efecto, el Estado ha de tener título competencial necesario y suficiente.

Por consiguiente, de existir fundamento constitucional para establecerla o respetarla, esa garantía tendría que ser prevista por una norma al menos básica o, de lo contrario, no será tal o carecerá de sentido porque su mantenimiento o respeto es discrecional e inseguro al depender de la voluntad normativa autonómica hacerlo o no. Así, admitiendo la aplicabilidad como norma supletoria, en virtud de lo decidido por el legislador estatal, del artículo 129, TRLSOU, es lo cierto que la denominada "garantía procedimental" en su precepto determinada es tan supletoria como la normativa que la contempla, no cabiendo sostener que una regulación supletoria puede ordenar garantías permanentes o que éstas son regulables por aquélla, de manera que es tan provisional como la aplicación del precepto.

Cabe concluir en definitiva que, siendo actuable en la actualidad la citada norma, con su efecto correspondiente aunque con la matización organizativa determinada por el Derecho autonómico y sin posible imposición estatal sobre este punto, ahora o nunca, resulta que en el futuro puede ser modificada en sus términos o desplazada en su aplicación por el legislador autonómico, bastando para ello con que éste establezca una diferente regulación de la modificación "cualificada"

interesada, asimilándola a cualquier otra o determinando un procedimiento común para las modificaciones urbanísticas.

2. A lo que ha de conectarse el hecho de que las normas reglamentarias autonómicas con incidencia en esta materia, siendo efectivamente organizativas, no por ello dejan de tener aquélla y permiten deducir, en el ámbito que le es propio y en relación con la aprobación del establecimiento o reforma de Planes y otros instrumentos urbanísticos, que aquí lo es el Consejero de Política Territorial, aunque en efecto no evitan la aplicación, en los términos antedichos, del artículo 129, TRLSOU.

Pero, además del efecto competencial-orgánico indicado, no cabe decir que un Reglamento organizativo no puede producir efectos formales ad extra, puesto que efectivamente los produce, éste o cualquier otro, pese a que el de referencia no elimina la supuesta garantía contemplada en la citada norma supletoria estatal, aunque la CAC podría hacerlo. Y, naturalmente, al dictarlos el Gobierno puede determinar que órgano puede actuar en un asunto u otro, incluido él mismo, no estando esta actuación atribuida a uno concreto por norma primaria de obligado cumplimiento, autonómico o, en su caso, estatal, cosa que aquí no acontece.

En todo caso, siendo cronológicamente anterior al TRLSOU con mayor motivo por cierto, el Reglamento autonómico puede disponer la determinación del órgano regional que ha de intervenir en la materia y tal determinación no puede ser alterada por una norma estatal posterior que, encima, es únicamente supletoria. Ha de insistirse que en absoluto el Derecho estatal puede hacer tal cosa y menos no siendo de obligado respeto o cumplimiento por la CAC, aunque, como ya debiera saberse, en realidad la regulación estatal que trae causa no fue establecida "ex novo" en el Texto Refundido en cuestión, pues, como no podía ser de otro modo, existía desde mucho antes, incluso precedentemente al establecimiento de los Reglamentos autonómicos comentados. Los cuales, justamente, desplazaron en este tema el entonces vigente, y también ha de entenderse que supletorio, Derecho estatal del momento, que no recaba su aplicabilidad inmediata por modificarse la normativa autonómica o por ser dictado después de ésta.

Por último, no puede dejarse de traer a colación que es la Consejería, a través de su titular, el órgano competente para aprobar los Planes o Normas que nos interesan, de manera que esta circunstancia, unida al hecho de que las modificaciones de aquéllos no pueden vulnerar las determinaciones contenidas en instrumentos de superior rango o los mandatos urbanísticos establecidos en las normas correspondientes, necesario respeto controlable mediante la intervención de un Organismo como el Consejo Consultivo y, claro está, jurisdiccionalmente, o al de que no puede prosperar la reforma a implementar sin el consentimiento del Consejero, permite deducir que, al menos en el orden constitucional vigente, la referenciada garantía es evidente que no descansa fundamentalmente en la decisión de un órgano político como es el Consejo de Gobierno, si es que su existencia fuere necesaria o incluso conveniente.