



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 8 / 1 9 9 8

La Laguna, a 2 de diciembre de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con las *Modificaciones puntuales del Plan General de Ordenación Urbana de Telde (Gran Canaria) en la zona de La Herradura y en Callejón Castillo (EXP. 23/1998 OU)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, lo constituye la "Propuesta de Orden Departamental por la que se aprueban las modificaciones puntuales del Plan General de Ordenación Urbana de Telde referentes a la alineación de la parcela propiedad del Instituto Nacional de Viviendas de las Fuerzas Armadas en La Herradura y la variación del acceso a espacio libre interior en el barrio de Callejón Castillo".

2. Esta propuesta de resolución de la titular de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente se dirige a aprobar unas modificaciones del planeamiento urbanístico general de Telde que implican una variación de las zonas verdes o espacios libres previstos en el planeamiento que se modifica.

3. Que el órgano administrativo es el competente para dictar la resolución que se propone, resulta del art. 15.5 y 6 del Reglamento Orgánico, ROCPT, de dicha Consejería -aprobado por el Decreto 107/1995, de 26 de abril- en relación con la

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

habilitación del art. 28.1,a) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, LRJAPCan; y en la forma debida, Orden Departamental, según resulta del art. 42 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, LGA, en relación con el art. 34 de la misma.

4. El contenido de la propuesta de resolución determina el carácter preceptivo y habilitante del Dictamen del Consejo (art. 50 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, TRLS, aprobado por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, en relación con el art. 22.19 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, LOCE; el art. 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, LCC; y el art. 15.6 ROCPT).

5. La aplicación de preceptos del TRLS de 1976 para fundamentar el carácter del Dictamen procede en virtud de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 de la Constitución, CE, y los concordantes preceptos -art. 42, último inciso y Disposición Transitoria Tercera- del Estatuto de Autonomía, EA, en relación con el tercer apartado de la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/1997, de 20 de marzo, según la interpretación que sobre dicha cláusula se expone en el Fundamento Jurídico 12, c) y d) de la citada STC, así como en los Fundamentos 6 y 8 de la STC 118/1996, de 27 de junio.

6. El carácter preceptivo del Dictamen determina que su solicitud tenga la cobertura del art. 11.1 LCC.

II

1. En el procedimiento dirigido a las modificaciones puntuales referidas del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Telde se ha cumplido con las formalidades exigidas por la legislación vigente al tiempo de su tramitación, las cuales se reseñan haciendo abstracción de que varios de los preceptos que se citan han sido declarados posteriormente inconstitucionales por la STC 61/1997, de 20 de marzo; o modificados por la Ley 7/1997, de 14 de abril. Ello es así por lo siguiente:

A) La declaración de inconstitucionalidad tiene eficacia general a partir de la publicación de la Sentencia en el Boletín Oficial del Estado (art. 164.1 CE, 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, LOTC). Pero la "vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento" (STC 45/1989, de 20 de febrero).

Al decir el Tribunal Constitucional que la nulidad no tiene el mismo contenido en todas las ramas del Derecho, está señalando que la teoría general de la nulidad se ha construido sobre las regulaciones del Derecho Civil y, en consecuencia, contemplando la nulidad de actos jurídicos de particulares, no de normas; por esto en ese ámbito no presentaba dificultad alguna la eliminación del acto nulo restableciendo *ex tunc* la situación existente con anterioridad a su producción, puesto que esos actos jurídicos privados conciernen, en vía de principio, a un número muy limitado de sujetos y a sus intereses particulares, en relaciones jurídicas concretas con reciprocidad generalmente las partes, de forma que los efectos de esa restauración retroactiva del orden jurídico pueden determinarse e inciden en intereses privados.

La categoría de la nulidad construida sobre cánones iusprivatistas no puede trasladarse, en general y de manera automática, a los actos de Derecho Público, porque éstos se dirigen a satisfacer intereses públicos; suelen afectar a una pluralidad de situaciones jurídicas y, además, de manera desigual, por lo que en numerosos supuestos no se puede determinar con precisión los efectos retroactivos de la declaración de nulidad. Por esta razón, aunque la regla general sea la eficacia *ex tunc* de la declaración de nulidad de los actos jurídico-públicos, esta regla puede excepcionarse cuando esos actos han creado una situación que el ordenamiento considera merecedora de protección, como sucede cuando el reconocimiento de efectos *ex tunc* cause un daño superior al interés público que el que podría ocasionar su conservación. Ejemplo de ello son las regulaciones de los arts. 66 y 55.1, a) LOTC: La declaración de nulos por inconstitucionales de actos de los poderes públicos no determina automáticamente efectos *ex tunc*, sino que el Tribunal puede modular el

alcance retroactivo de esa declaración de nulidad y disponer el mantenimiento de los efectos de esos actos.

No siendo deseable la traslación desde el Derecho privado al público de la teoría de la nulidad cuando se trata de actos jurídicos regidos por este último, más dificultades surgen cuando se trata de la declaración de nulidad de normas, porque la atribución ilimitada de efectos *ex tunc*, con la consiguiente calificación como nulos de los actos de aplicación de esas normas, puede lesionar otros principios constitucionales como el de seguridad jurídica.

A esto se debe el que los citados preceptos de la LOTC sienten la regla de que la declaración de inconstitucionalidad de normas sin fuerza de ley no arrastra forzosamente la desaparición de sus actos de aplicación; regla que ha sido extendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la declaración de inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley. Así, la STC 60/1986, de 20 de mayo, por la que se declaró la inconstitucionalidad de preceptos de un Decreto-Ley, afirmó que esa anulación "no ha de comportar, sin embargo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de entrada en vigor de la misma". De las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, 179/1994, de 16 de junio, y 185/1995, de 14 de diciembre, se deriva que el límite de la cosa juzgada (art. 161.1, a) CE, art. 40.1 LOTC) no es el único límite a la eficacia *ex tunc*, sino que del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se deriva que son intangibles las actuaciones administrativas firmes o los actos de aplicación de las normas realizados por sus destinatarios y, en general, todas las situaciones firmes y consolidadas; resultado que se fundamenta en la consideración de que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad respecto al pasado no están definidos en la LOTC, por lo que le corresponde al Tribunal Constitucional "la tarea de precisar su alcance en cada caso" (STC 45/1989, de 29 de febrero).

La STC 61/1997, de 20 de marzo, no precisa la repercusión de su declaración de inconstitucionalidad respecto a los actos de aplicación de los preceptos anulados. Este silencio cabe interpretarlo en dos sentidos:

1º) Que, conforme a la doctrina de las sentencias constitucionales citadas, los actos de aplicación no combatidos conservan su eficacia.

2º) Que, de acuerdo con la regla general implícita en los arts. 161.1 a) CE y 40.1 LOTC, los efectos *ex tunc* de esa declaración de nulidad no tiene más límite que la cosa juzgada.

Si se opta por esta segunda interpretación, hay que afirmar que la declaración de inconstitucionalidad del Fallo de la STC 61/1997 tiene efectos retroactivos, de los preceptos del TRLS de 1976 -que no hayan sido derogados por los del de 1992 no afectados por el Fallo-, de modo que constituyen el parámetro de esta modificación del planeamiento. Sin embargo, ello no tendría consecuencias prácticas porque: a) los preceptos de carácter procedimental del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, TRLS de 1992 (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio) que se han aplicado, los apartados 1 y 2 de su art. 114 en relación con su art. 128.1, son reproducción del contenido de los arts. 40 y 41 del TRLS de 1976 en relación con su art. 49.1 y de su desarrollo reglamentario efectuado por el art. 128 del Reglamento de Planeamiento, RP, aprobado por el RD 2159/1978, de 23 de junio, o de los preceptos de la legislación de régimen local que imponen la aprobación de los instrumentos de planeamiento por mayoría cualificada del Pleno de la Corporación.

B) Por último, la imposibilidad de examinar la regularidad formal de la presente modificación con el parámetro de la Ley 7/1997 resulta de su Disposición Transitoria Única, ya que el procedimiento de esta modificación se inició antes de la entrada en vigor de esta Ley.

2. Si la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997, de 20 de marzo y las innovaciones de la Ley 7/1997, de 14 de abril, carecen de trascendencia en cuanto al contenido del parámetro con el que debe valorarse la corrección formal del procedimiento, no se puede afirmar lo mismo respecto al canon normativo sustancial, porque el parámetro con el cual debe ser valorada en este momento la corrección material de esta modificación es obvio que no está ya integrado por los preceptos del TRLS de 1992 declarados inconstitucionales, sino por los preceptos del TRLS de 1976

que han recobrado su vigencia por obra del tercer apartado del Fallo de la STC 61/1997, de 20 de marzo, en relación con su Fundamento Jurídico 12, d).

III

De acuerdo con lo expuesto acerca del canon de regularidad formal, está acreditado en el expediente:

a) La emisión de los informes del Secretario de la Corporación previo a las aprobaciones inicial y provisional (art. 54.1,b)) del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, TRRL, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, precepto que tiene carácter básico según la Disposición Final VIIª.1 TRRL; y art. 3, b) del Real Decreto 1.174/1987, de 18 de septiembre, en relación con los arts. 22.2, c) y 47.3, i) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, y con el art. 72.2 LRJAPC).

b) La aprobación inicial por el Pleno de la Corporación Local (art. 22.2 c) LRBRL en relación con el art. 72.2 LRJAPCan) con la mayoría exigida por el tenor originario del art. 47.3, i) LRBRL.

c) El sometimiento a información pública durante un mes mediante anuncios publicados en el Boletín Oficial de Canarias, en el Boletín Oficial de la Provincia y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia (art. 114.1 del TRLS de 1992, art. 41.1 TRLS de 1976, art. 128 RP de 1978).

d) La comunicación de la aprobación inicial al Cabildo Insular de Gran Canaria (art. 10.1 de la Ley regional 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial, LDU).

e) La aprobación provisional por el Pleno de la Corporación con la debida mayoría cualificada (arts. 22.2, c) y 47.3, i) LRBRL, art. 72.2 LRJAPC, art. 114.2 TRLS 92).

f) La comunicación de la aprobación provisional al Cabildo Insular de Gran Canaria (art. 10.1 LDU).

g) El informe favorable de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias (arts. 15.5 y 6 y 17, B), 4º ROCPT, art. 114.2 TRLS 92).

Por consiguiente, no existen defectos procedimentales que impidan la emisión de un Dictamen de fondo.

IV

1. No presenta ninguna complejidad determinar la corrección material de la primera modificación puesto que consiste únicamente en variar la delimitación de un espacio libre destinado a plaza pública sin reducir su superficie, cuya cabida, por ende, sigue comprendiendo los 3.040 metros cuadrados que le asignaba el planeamiento originario. Por consiguiente, desde el punto de vista cuantitativo no se puede reparar la modificación.

En cuanto al aspecto cualitativo la nueva delimitación no degrada ni impide el uso de plaza pública a que está destinado el espacio libre ni empeora su accesibilidad. Por el contrario, mejora tanto una como otra porque de la primitiva forma trapezoidal encajonada entre parcelas edificables se pasa a una forma más abierta y dilatada que permite más edificaciones y facilita su accesibilidad.

También se cumple con el requisito de la concurrencia de un interés público que justifica el ejercicio de la *potestas variandi*, porque el cambio de delimitación obedece a lo siguiente: La Administración Local, con el fin de crear otra plaza pública, distinta de la que se está hablando, en una manzana situada entre las calles de Hurtado de Mendoza y de Valsendero y cuya propiedad pertenecía al Instituto Nacional de Viviendas de las Fuerzas Armadas, permutó con éste otra parcela municipal con la misma cabida de 6.000 metros cuadrados y lindante con la parcela destinada a plaza pública cuya delimitación se pretende variar.

Al delimitar la parcela, que en virtud de la permuta adquiriría el INV FAS, se cometió el error material de incluir una parcela de 432 metros cuadrados de propiedad privada. Con ello se alteró el equilibrio de la permuta puesto que el Ayuntamiento adquiriría una parcela de 6.000 metros cuadrados y en cambio el INV FAS una de 5.568 metros cuadrados, recayendo además sobre él la obligación de abonar, en virtud del ejercicio de la *potestas expropiandi*, el justo precio al propietario de

esa parcela de 432 metros cuadrados con ocasión de destinar el uso de esa parcela a la realización de los fines públicos que tiene encomendados.

Puesto que la permuta se realizó entre entes públicos en aras a la realización de fines de interés público, merece la misma calificación la pretensión de que el equilibrio entre las prestaciones de las partes se mantenga, lo cual se consigue variando la delimitación de la parcela del INVFA para que su superficie sea la debida y no comprenda la parcela de propiedad privada, que pasa a estar afectada a la implantación de esa plaza pública, y cuya titularidad corresponderá obtener al Ayuntamiento mediante los sistemas previstos en la legislación urbanística.

2. La segunda modificación afecta a una parcela destinada a plaza pública que está enclavada entre parcelas privadas y para cuyo uso se preveía un acceso a través de una de estas últimas. La modificación pretende que este acceso, en vez de afectar a esa parcela privada, discurra por una serventía o acceso común de que disponen parcelas privadas que rodean a esa parcela destinada a plaza pública.

Este cambio no supone reducción de la superficie de ésta, ni degradación del uso al que está destinada ni empeoramiento de su accesibilidad, simplemente supone realizar el fin urbanístico de abrir acceso a esa plaza con menos sacrificio de los intereses de los particulares.

Conviene y caracteriza al interés público que sus fines se alcancen sin ablaciones innecesarias o desproporcionadas de los derechos e intereses privados. Por ello aquí se aprecia la concurrencia de un interés público que legitima el ejercicio del *ius variandi*.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.