



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 9 7 / 1 9 9 9

La Laguna, a 20 de octubre de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la modificación puntual de las normas subsidiarias de Arucas, en la zona de Los Portales (EXP. 53/1999 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, es el Proyecto de Orden Departamental por la que se aprueba definitivamente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Arucas (Gran Canaria), en la zona de Los Portales.

Esta Propuesta de Resolución (PR) del titular de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente se dirige a aprobar una modificación de las Normas Subsidiarias (NN.SS.) mencionadas que afecta a las zonas verdes o espacios libres previstos en el planeamiento que se modifica.

2. La primera cuestión que se debe abordar es la determinación del parámetro formal y material aplicable para apreciar la corrección jurídica de la modificación; ya que, desde el 15 de mayo de 1999, está en vigor la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias (LOT) en virtud de su Disposición Final (DF) 3ª.

La Disposición Transitoria (D.T.) 2ª.2 ordena que los procedimientos relativos a planes de ordenación urbanística en los que, a la fecha de entrada en vigor de la LOT, hubiera producido ya el trámite de información pública, recaído aprobación inicial o se hubiera ultimado la instrucción, respectivamente, podrán proseguir su tramitación

---

\* **PONENTES:** Sres. Yanes Herreros, Cabrera Ramírez, Trujillo Fernández, Reyes Reyes y Millán Hernández.

y concluirse y resolverse definitivamente conforme a la legislación derogada por la LOT, con independencia de que, una vez aprobados, se hayan de adaptar a ella (D.T. 2ª.1) y de la aplicación de las reglas contenidas en la D.T. 1ª.2 para la inmediata eficacia de los Títulos II (Clasificación del Suelo) y III (Ejecución del Planeamiento) que, junto con el Título VI, son de aplicación, según la D.T. 1ª.1, desde la entrada en vigor de la LOT.

El mandato de la D.T. 1ª.2 es repetido por el primer párrafo de la D.T. 4ª la cual, bajo la rúbrica "Planes de ordenación territorial y urbanística e instrumentos de gestión de los Espacios Naturales Protegidos pendientes de aprobación", dice así: "Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística que se hubieran tramitado conforme a la legislación que se modifica o deroga en la presente Ley, y que ya hayan recibido la tramitación inicial, continuarán tramitándose por la legislación que les hubiera sido aplicable".

El origen de esta redundancia se debe a que, en el trámite final de debate y aprobación del texto en el Pleno del Parlamento, el tenor original de este párrafo que, según el Dictamen de la Comisión, disponía que los procedimientos de planeamiento en los cuales, a la entrada en vigor de la Ley, no se hubiera realizado la información pública, recaído la aprobación inicial o completado la instrucción, deberían reformularse, tramitarse y aprobarse conforme a la LOT, fue enmendado de tal forma que su contenido normativo coincide con el de la D.T. 2ª.2.

En definitiva, si el procedimiento en que se formula la Propuesta de Resolución a dictaminar se inició antes de la fecha de entrada en vigor de la LOT y en él se cumplió alguno de los trámites contemplados en la D.T. 2ª.2 LOT, el parámetro de su regularidad procedimental y material está constituida por la legislación anterior. Repárese en que se afirma que ésta proporciona también el canon sustantivo, puesto que la D.T. 2ª.2 ordena que esos procedimientos se tramiten y *resuelvan* por la anterior legislación. La D.T. 4ª simplemente dice que se tramiten, pero como es una mera reiteración del mandato de la D.T. 2ª, no se puede interpretar que, para el mismo objeto (determinación de la legislación aplicable a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la LOT), venga a excluir uno de los mandatos de la norma que reitera pues entonces se estaría ante una contradicción insalvable: la D.T. 2ª.2 dispondría que el canon formal y sustantivo sería el de la legislación anterior y la D.T. 4ª que únicamente el procedimental. Si se aplica una no puede aplicarse la otra. Como del tenor de ambas y del conjunto de la LOT no resulta

a cuál de las dos hay que dar preferencia y como su objeto es el mismo, hay que aplicar las dos simultáneamente: Conforme a ambas el parámetro procedimental es el anterior y conforme a la D.T. 2ª.2 el parámetro material también es el anterior.

Una última precisión respecto a la legislación aplicable: La D.T. 2ª.2 dice que se tramitarán y resolverán "conforme a la legislación *derogada* por esta Ley"; la D.T. 4ª se refiere a los instrumentos de ordenación urbanística que se hubieran tramitado "conforme a la legislación que *se modifica o deroga*".

La Comunidad Autónoma de Canarias hasta la promulgación de la LOT carecía de una legislación que regulara con carácter general el procedimiento de aprobación y modificación de los instrumentos de planeamiento y estableciera los estándares urbanísticos condicionadores de la potestad de planeamiento. Para ambas cuestiones la parcial y fragmentaria legislación urbanística canaria se remitía a la legislación estatal en esa materia. Véanse al respecto la D.F. 3ª de la Ley 1/1987, de 13 de marzo, reguladora de los Planes Insulares de Ordenación, LPIO; el art. 4 de la Ley 6/1987, de 7 de abril, de Sistemas de Actuación de Urbanización Diferida, LSAUD; arts. 3 y 10 y DF de la Ley 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial, LDU; legislación estatal que, por lo demás, era de aplicación en virtud de la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 de la Constitución y de la D.T. 2ª del Estatuto de Autonomía. Con independencia de que el derecho estatal anterior a la asunción autonómica de potestad normativa sobre la materia fuera supletorio, puesto que en la materia de urbanismo la legislación autonómica y la estatal se relacionan en virtud del principio de competencia; de modo que lo regulado por una no puede ser regulado por la otra, tampoco, por consiguiente, pueden derogarse ni modificarse mutuamente. La nueva legislación urbanística canaria simplemente desplaza la antigua legislación estatal, que sigue vigente como derecho supletorio. Por esta razón la ultractividad que establecen las DD.TT. 2ª.2 y 4ª LOT de la legislación que modifica o deroga ésta, comprende también la de las normas autonómicas que remitían a la legislación urbanística estatal, la cual está constituida por el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, TRLS, aprobado por el Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril, y el Reglamento de Planeamiento, RP, aprobado por el Real Decreto 2.159/1978, de 23 de junio, en virtud, como se ha dicho, de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 de la Constitución y los concordantes preceptos -art. 43, último inciso, y D.T. 2ª- del Estatuto de Autonomía, en relación con el tercer apartado del Fallo de la STC

61/1997, de 20 de marzo, según la interpretación de la repetida cláusula que establece en su Fundamento Jurídico 12, c) y d) y en los Fundamentos 6 y 8 de la STC 118/1996, de 27 de junio.

Todo lo expuesto se trae a colación porque el presente procedimiento de modificación de las NN.SS. se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la LOT. Por ello el parámetro de su corrección jurídica lo conforman las normas estatales que se acaban de citar. De ahí el carácter preceptivo y habilitante del Dictamen del Consejo Consultivo por mor del art. 50 TRLS en relación con el art. 22.19 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, LOCE, y el art. 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo.

## II

1. La aprobación inicial de la modificación se produjo por la Corporación municipal el 30 de marzo de 1995 y su aprobación provisional el 29 de septiembre de 1997. Fue sometida a informe de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias (CUMAC) que acordó, el 3 de febrero de 1998, devolverla al Ayuntamiento a causa de una serie de deficiencias. El Ayuntamiento tornó a aprobar provisionalmente, el 26 de mayo de 1998, la modificación puntual de las Normas Subsidiarias; la cual, el 30 de junio de 1998, fue informada favorablemente por la CUMAC, a condición de que se justificara el cumplimiento de las condiciones expresadas en el art. 4 del Anexo del Reglamento de Planeamiento -el cual, como es sabido, es de aplicación a los Planes Parciales- para poder computar como Áreas de Juego las parcelas propuestas como zona verde. Esto significaba que la propia CUMAC aplicaba los estándares urbanísticos de zonas verdes y espacios libres establecidos para Planes Parciales, no obstante tratarse de una modificación de Normas Subsidiarias en el extremo que regulaba un sector de suelo urbano -y cuyo desarrollo se remitía a un Plan Especial de Reforma Interior, PERI, de los contemplados en el art. 23, TRLS, los cuales, por imperativo del art. 23.2, TRLS, deben respetar las determinaciones que para los Planes Parciales fija el art. 13 TRLS, entre las cuales figuran esos estándares de espacios libres (art. 13.2, b) TRLS).

2. El Ayuntamiento, de conformidad con dicho criterio, remitió el 28 de julio de 1998 a la Administración autonómica un Anexo al Texto Refundido, fechado el 27 de julio de 1998, que, bajo la rúbrica "Modificación Puntual Normas Subsidiarias Planeamiento de Arucas. Sector del Suelo Urbano en Los Portales con desarrollo a

través de P.E.R.I.", comprendía una Memoria intitulada "Justificación del cumplimiento de las condiciones expresadas en el art. 4 del Anexo del Reglamento de Planeamiento". La CUMAC, a su vista, consideró que estaba justificado el cumplimiento de esas condiciones y, en consecuencia, el 30 de agosto de 1998 informó favorablemente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias (en adelante, M.P.NN.SS.).

3. El expediente se remitió al Consejo Consultivo con una propuesta de Orden Departamental que se dirigía a aprobar definitivamente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias que afectaba a los espacios libres previstos porque cumplía con las condiciones expresadas en el art. 4 del Anexo del Reglamento de Planeamiento.

El Consejo Consultivo emitió el Dictamen 92/1998, de 23 de diciembre, de carácter desfavorable por las razones de fondo expuestas en su Fundamento III y que ahora se dan por íntegramente reproducidas.

4. El 23 de febrero de 1999 el Alcalde del Ayuntamiento dirige un escrito a la titular de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente en el cual se formulan al Dictamen 92/1998 las siguientes consideraciones:

1ª) La modificación de las NN.SS. cumple con el art. 49.2 TRLS pues prevé mayores espacios libres en función del aumento de densidad de la población; por las siguientes razones:

Superficie incrementada: 7.200 m<sup>2</sup>.

Edificabilidad del sector según el P.E.R.I.: 0,50 m<sup>2</sup>./m<sup>2</sup>.

Superficie construida que se incorpora: 3.600 m<sup>2</sup>.

Estimación del número de viviendas: 30

Se precisan 20 m<sup>2</sup>. de espacio libre por vivienda (5 m<sup>2</sup>/habitante).

Previsión de aumento de espacios libres en 600 m<sup>2</sup>.

2ª) Si bien la legislación urbanística al establecer las determinaciones de un Plan Especial de Reforma Interior remite a las previstas para un Plan Parcial, lo que es objeto de la Modificación es un planeamiento general, unas NN.SS., y no un planeamiento sectorial como es el P.E.R.I. que será la figura de planeamiento que

ordene detalladamente el sector y, en ese momento, se podrá discutir si la cuantificación de las reservas dotacionales se equiparan a las de un plan parcial.

3ª) Frente a lo que expresaba el Dictamen 23/1998 ["(...) el sector de suelo urbano residencial afectado por la modificación, según su correspondiente plano de ordenación, presenta, si no la mayor parte, al menos la mitad de su superficie libre de edificación. La realidad física del sector de suelo urbano ofrece, pues, suficiente margen material a la potestad de planeamiento para establecer las reservas locales de espacios libres destinados a zonas verdes y equipamiento comunitario (...)], se alega que "la cartografía disponible en aquel momento (que es la que consta en el documento técnico y que es la examinada por el Consejo) no refleja la realidad de la consolidación actual del barrio, lo cual se acredita acompañando copia de fotografía aérea en vuelo reciente. En consecuencia, el planificador no puede actuar libremente sobre una realidad construida y urbanizada".

-En el expediente remitido no obra la fotografía aludida-.

4ª) Por la anterior razón los estándares urbanísticos sobre espacios libres locales no son aplicables porque lo impide la realidad física existente en el sector urbano de Los Portales.

5ª) El art. 49.2 RP se refiere a los espacios libres locales de los Planes Parciales por lo que no es aplicable a los espacios libres locales establecidos por unas Normas Subsidiarias. "No obstante, en la presente modificación puntual el fraccionamiento y dimensiones de las áreas no invalidan su finalidad, cumplen con el art. 4 del Anexo al RP y constituyen un sistema coherente ya que siempre están relacionadas con la red viaria tanto peatonal como rodada, cosiendo y enlazando la trama urbana garantizando su accesibilidad".

6ª) Los arts. 3.1 y 2 de la Ley del Consejo Consultivo establecen que sus Dictámenes no son vinculantes, fundamentándose en el ordenamiento jurídico sin que puedan contener valoraciones de oportunidad o conveniencia.

Con base en esta argumentación, el escrito concluía solicitando que por la titular de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente se aprobara definitivamente la M.P.NN.SS. en el sector de suelo urbano de Los Portales.

5. Con fecha de 8 de abril de 1999 se dictó la Orden Departamental nº 378 por la que se suspendía la aprobación definitiva de la M.P.NN.SS. en tanto no se subsanasen y justificasen las deficiencias puestas de manifiesto en el Dictamen del Consejo Consultivo.

6. El 22 de junio de 1999 se remitió al Consejo Consultivo por el Excmo. Sr. Presidente un oficio de solicitud de Dictamen que expresaba que, a la vista del Dictamen 92/1998, el Departamento competente había introducido las modificaciones oportunas y formulado una nueva Propuesta de Resolución que se remitía.

A ese oficio le acompañaba un expediente que constaba de los siguientes documentos:

a) El escrito del Alcalde de 22 de febrero de 1999, cuyo contenido se resume en el anterior apartado 6.

b) Una propuesta al Pleno, fechada el 19 de febrero de 1999, del Secretario del Ayuntamiento para que apruebe inicialmente la modificación de las NN.SS. que ya fue aprobada inicialmente por el Pleno cuatro años antes, el 30 de marzo de 1995.

c) Dos certificaciones, de 19 de febrero de 1999, que hacían constar, respectivamente, la aprobación inicial, el 30 de marzo de 1995, y la provisional, el 26 de mayo de 1998, por el Pleno de la modificación de las NN.SS.

d) Un informe con firma ilegible, fechado el 29 de mayo de 1999, que no expresa quién lo emite ni a quién se dirige, donde se describe la modificación, se resume el Dictamen 92/1998 y se señala que ha sido contestado por el Ayuntamiento de Arucas.

En el expediente no figuraba la Propuesta de Resolución sobre la que se pedía Dictamen; por consiguiente, en aplicación del art. 17 de la Ley del Consejo Consultivo en relación con el art. 15 de la misma y del art. 49 de su Reglamento, se solicitó la remisión de la propuesta de resolución con interrupción del plazo para emitir Dictamen.

7. Recibida la propuesta de resolución ésta expone "Que, con fecha de 8 de abril de 1999, se dictó Orden Departamental nº 378, por la que se suspendía la aprobación definitiva de la referida modificación puntual en tanto se subsanasen y justificasen las deficiencias puestas de manifiesto en el Dictamen del Consejo Consultivo" (resultando décimo); "Que recibida la documentación requerida del Ayuntamiento de Arucas, ésta fue remitida nuevamente al Consejo Consultivo para que emitiese Dictamen" (resultando undécimo); "Que la modificación pretende actuar en un ámbito de suelo urbano con un importante grado de consolidación que impide afrontar libremente la ordenación debiéndose ajustar la misma a la realidad física

existente" (considerando cuarto); "Que no obstante la ordenación propuesta recalifica el ámbito ordenado al integrar dentro del área consolidada nuevos espacios libres y zonas verdes públicas" (considerando quinto); en consecuencia dispone: "Aprobar definitivamente, al amparo de lo preceptuado en el art. 132.3, a) del Reglamento de Planeamiento, la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Arucas (Gran Canaria), en la zona de Los Portales, promovida de oficio por la Corporación Municipal, consistente en variar la delimitación del sector sujeto a Plan Especial de Reforma Interior, con aumento de su superficie a costa de los Sectores de Suelo Apto para Urbanizar números 28 y 30, variándose la localización del espacio libre previsto, que aumenta su superficie y mantiene igual valor cualitativo, habiéndose justificado el cumplimiento de las condiciones expresadas en el art. 4 del Anexo al Reglamento de Planeamiento".

### III

Según la legislación aplicable (art. 50 TRLS, art. 162 RP, art. 10.6 LCC, art. 15.6 ROCPTMA), al presente procedimiento de modificación de Normas Subsidiarias, su fase resolutoria, debido a que afecta a zonas verdes, se caracteriza porque al acto final, consistente en la aprobación definitiva de la modificación o su denegación, le precede un dictamen del Consejo Consultivo. Este Dictamen debe pronunciarse exclusivamente, sin entrar en cuestiones de oportunidad o conveniencia, sobre si la modificación en lo que afecta a las zonas verdes se ajusta o no a Derecho.

Si dictamina que la modificación es correcta jurídicamente, entonces puede producirse la aprobación definitiva por el órgano autonómico que en el ordenamiento canario es el Consejero de Política Territorial y Medio Ambiente. Y decimos puede porque el Dictamen no se la impone. El Consejero puede denegar la aprobación por motivos de legalidad que no son objeto del Dictamen o porque la modificación incide en intereses supralocales. Si el Dictamen es desfavorable, entonces el Consejero no puede aprobar la modificación en lo que afecte a las zonas verdes, aunque sí puede aprobar parcialmente (STS de 6 de febrero de 1988, Ar. 783) la modificación en lo que no atañe a las zonas verdes o espacios libres, siempre que el instrumento aprobado tenga coherencia, cualquiera que sea la solución que se dé a los extremos que no se aprueban.

En los procedimientos de elaboración y modificación de los instrumentos de planeamiento los actos de aprobación inicial y provisional operan como fases de

iniciación y de instrucción respecto del acto de aprobación definitiva, que es el acto final de dichos procedimientos (STS de 26 de enero de 1988, Ar. 428).

Dado el carácter de órgano consultivo supremo de la Comunidad Autónoma (art. 44.1 del Estatuto de Autonomía, art. 18.2 LCC) su Dictamen es el penúltimo acto en los procedimientos cualificados de modificación de los instrumentos de planeamiento, y su objeto es la propuesta del acto definitivo o final.

En el presente procedimiento, después del Dictamen del Consejo y antes de dictarse el acto final contenido en la Orden Departamental de 8 de abril de 1999 número 378, se incorporó al expediente el 23 de febrero de 1999 el escrito del Alcalde referido en el apartado seis del anterior Fundamento.

Después se dictó la mencionada Orden Departamental de 8 de abril de 1999, que suspendía la aprobación definitiva, haciéndola depender de esta condición: Que se subsanaran y justificaran las deficiencias puestas de manifiesto en el Dictamen del Consejo.

Puesto que son admisibles, como se dijo, las aprobaciones parciales definitivas, siempre que el instrumento aprobado tenga coherencia cualquiera que sea la solución que se le dé a los extremos que no se aprueban, solución que se justifica en el principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución, art. 6.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, LRBRL); por la misma razón es admisible que se suspenda la conclusión del procedimiento hasta que se subsanen las deficiencias que impiden su aprobación definitiva.

Pero es evidente:

1º) Que el acto que, con sujeción a condición, suspende la finalización del procedimiento no es su acto final.

2º) Que la continuación del procedimiento exige que se desarrolle una nueva actividad instructora, una serie de actos dirigidos a dar cumplimiento a las condiciones impuestas por el acto que suspende su conclusión. Sólo una vez realizados éstos podrá formularse la correspondiente propuesta de aprobación definitiva por constatar que se han cumplido las condiciones del acto de suspensión.

3º) Esa nueva propuesta de aprobación definitiva debe ser dictaminada por el Consejo Consultivo, porque su Dictamen es siempre el penúltimo acto en los procedimientos de modificaciones cualificadas del procedimiento, debe preceder inmediatamente a la aprobación definitiva.

No sólo por esta razón esa segunda propuesta de aprobación definitiva debe ser dictaminada nuevamente, sino también porque si se admitiera que tras un Dictamen desfavorable y una suspensión momentánea de la aprobación definitiva, se puede proceder a ella más adelante no obstante el dictamen desfavorable, entonces se burlaría la finalidad garantista de las zonas verdes y espacios libres que el ordenamiento persigue al establecer que el Dictamen debe ser favorable a la modificación para que se pueda aprobar. Sin dictamen favorable no puede haber aprobación definitiva.

Aquí se está ante lo siguiente:

Después del Dictamen del Consejo se incorpora un escrito del Alcalde donde tras exponer sus consideraciones al Dictamen solicita un imposible jurídico: Que se apruebe definitivamente la modificación pese al carácter desfavorable de aquél.

A continuación se dicta una Orden Departamental que suspende la aprobación definitiva en tanto no se subsanen y justifiquen las deficiencias puestas de manifiesto por el Dictamen. Por último, sin realizarse ninguna actividad dirigida a dar cumplimiento a las condiciones impuestas por esa Orden Departamental, se formula este Proyecto de Orden Departamental por el que se propone la aprobación definitiva.

El relato de la actuación administrativa posterior a la emisión del Dictamen 92/1998, pone de relieve:

1º) Que la propuesta de Orden Departamental se ha formulado sin seguir ningún procedimiento: La Orden Departamental que suspendió el procedimiento de aprobación condicionó su continuación a la realización de los actos necesarios para eliminar y justificar los reparos del Dictamen 92/1998. Sin esa actividad dirigida a adecuar la modificación propuesta a la legalidad no se puede formular una nueva Propuesta de Resolución ni se puede aprobar definitivamente la modificación.

No se puede considerar que esa actuación para dar cumplimiento a la Orden Departamental de 8 de abril de 1999 lo constituye el escrito del Alcalde de 22 de febrero de 1999, primero, porque es anterior a aquélla; y segundo, porque ese escrito no constituye ninguna corrección de la modificación urbanística, no tiene

virtualidad para efectuarla, ni para integrarse en su contenido normativo. Tampoco lo pretende: Meramente expresa que son erróneos los criterios del Dictamen 92/1998 y solicita la aprobación definitiva.

2º) Que la solicitud de Dictamen sobre esa nueva Propuesta de Resolución, formulada sin ninguna actividad procedimental, constituye: a) La reiteración de un trámite esencial ya cumplido y que ya ha desplegado sus efectos jurídicos, que son obstativos.

b) Una solicitud al Consejo para que modifique el sentido y los efectos de su Dictamen 92/1998.

La reiteración de la solicitud de Dictamen sobre una propuesta ya dictaminada por el Consejo y cuyo sentido y efectos que pretende permanecen idénticos es un trámite que no está permitido por las normas que regulan el procedimiento de modificación del planeamiento ni por las que regulan la función consultiva del Consejo.

Ello conduce derechamente a la conclusión de que si esa Propuesta de Resolución deviniere en aprobación definitiva, adolecería del vicio de nulidad de pleno derecho tipificado en el primer inciso del art. 62.1,e) LPAC. Por esto el Consejo nunca podría dictaminarla favorablemente.

## IV

La propuesta de resolución afirma:

a) "Que la modificación pretende actuar en un ámbito de suelo urbano con un importante grado de consolidación que impide afrontar libremente la ordenación, debiéndose ajustar la misma a la realidad física existente" (Considerando IVº).

b) "Que no obstante la ordenación propuesta cualifica el ámbito ordenado al integrar dentro del área consolidada nuevos espacios libres y zonas verdes públicas" (Considerando Vº).

En consecuencia con tales afirmaciones, el primer apartado de su parte dispositiva aprueba definitivamente la modificación afirmando que se varía la localización del espacio libre previsto "que aumenta su superficie y mantiene igual valor cualitativo, habiéndose justificado el cumplimiento de las condiciones expresadas en el artículo 4 del Anexo del Reglamento de Planeamiento".

En el suelo urbano ordenado por el planeamiento general o su equivalente, las normas subsidiarias deben fijar las zonas verdes y espacios libres locales destinados a parques y jardines públicos en proporción adecuada a las necesidades colectivas y a las características socio-económicas de la población y de acuerdo, en todo caso, con la legislación específica sobre la materia (art. 12.2.1 *in fine* TRLS y art. 29.1,d) RP).

El precepto legal configura así una potestad discrecional de la Administración para el establecimiento de esos espacios libres y zonas verdes locales en suelo urbano sin imponer unos estándares cuantitativos, a diferencia de cuando se trata del sistema general de zonas verdes y espacios libre (art. 12.1,b) TRLS). Esa diferencia se explica "porque el suelo urbano es el que dispone ya de infraestructura urbana básicas o está consolidado por la edificación (art. 81 TRLS, art. 21 RP), por lo que en él pueden ser inaplicables estándares urbanísticos locales rígidos determinados cuantitativamente porque su aplicación puede exigir transformaciones profundas del tejido urbano que física, social o financieramente serían inabordables" (Dictámenes 51/1994, 13/1997 y 92/1998).

Pero en esos Dictámenes se fundamentaba jurídicamente por qué, cuando la realidad física permite la aplicación de esos estándares, éstos vinculan al planeamiento, fundamentación jurídica que se reproduce en el apartado 5 del Fundamento I de este Dictamen.

La Propuesta de Resolución afirma que precisamente aquí se está ante el primer supuesto: "Que la modificación pretende actuar en un ámbito de suelo urbano con un importante grado de consolidación que impide afrontar libremente la ordenación debiéndose ajustar la misma a la realidad física existente" (Considerando IVº).

Antes que nada se ha de señalar que esta afirmación no encuentra respaldo en lo actuado en el expediente, ni se fundamenta en la documentación que legalmente debe aportarse en este tipo de procedimientos.

Según el art. 71.5 TRLS, las Normas Subsidiarias que suplan a un Plan General se compondrán de los documentos necesarios para cumplir la función de dichos Planes y esos documentos deberán redactarse con la precisión que corresponde a los de esos planes que suplen.

En coherencia con el precepto legal, el art. 97 RP dispone que las Normas Subsidiarias de ámbito municipal contendrán planos de información y ordenación.

Según el art. 39.1 RP los planos de información deben reflejar la situación del territorio e indicar el suelo ocupado por la edificación, y en suelo urbano deben expresar pormenorizadamente su estado actual en cuanto a las edificaciones existentes. Según el art. 97 RP en relación con el art. 93 RP, los planos de ordenación deben expresar, entre otros extremos, la asignación de usos pormenorizados en suelo urbano y la red viaria.

En el expediente no figura el plano de información del sector de suelo urbano de Los Portales.

Los únicos planos que figuran son:

A) Los siguientes planos originarios:

1) Plano de ordenación nº 20-E, clasificación de suelo, escala 1:2000. Fecha: julio de 1982.

2) Plano de ordenación nº 24-E, clasificación de suelo, escala 1:2000. Fecha: julio de 1982.

B) Los siguientes planos de la modificación:

1) Plano de ordenación nº 20-E bis, que sustituye al 20-E, clasificación de suelo, escala 1:2000. Fecha: enero de 1998.

2) Plano de ordenación nº 24-E bis, que sustituye al 24-E, clasificación de suelo, escala 1:2000. Fecha: enero de 1998.

En estos planos se reproducen las edificaciones existentes y la red viaria. A la vista de ellos, se constata, como expresó el Dictamen 92/1998, que "el sector presenta, si no la mayor parte, al menos la mitad de su superficie libre de edificación. La realidad física del sector del suelo urbano ofrece, pues, suficiente margen de planeamiento para establecer las reservas locales de espacios libres destinados a zonas verdes y equipamiento comunitario".

El TRLS y el RP exigen que los planes urbanísticos estén compuestos por un conjunto de documentos que tienen como finalidad justificar sus determinaciones, la posibilidad financiera de realizarlas, las etapas para su ejecución y establecer dichas determinaciones. Todo ese conjunto de documentos constituyen el plan.

Su procedimiento de elaboración es la aportación de esos documentos. El acto final de aprobación definitiva reposa sobre las justificaciones y hechos que recogen

esos documentos y no puede fundarse sobre datos fácticos que no estén recogidos en ellos, menos aún en meras alegaciones de hecho realizadas "extra muros" del procedimiento.

Por esto el Considerando IVº de la Propuesta de Resolución no es congruente con la documentación urbanística integrante de la modificación que pretende aprobar con base en la afirmación contenida en ese considerando.

## V

Más atrás se expresó que los arts. 12 TRLS y 29.1, d) RP, cuando dice que el planeamiento general en suelo urbano establecerá los espacios libres y zonas verdes destinados a parques y jardines públicos en proporción adecuada a las necesidades colectivas y en función de las características socio-económicas de la población, configuran una potestad discrecional de la Administración para el establecimiento de zonas verdes en suelo urbano.

Pero está claro que discrecionalidad no equivale a arbitrariedad. Su interdicción constitucional, el sometimiento pleno de la actividad de la Administración a la Ley y al Derecho (arts. 9.3, 103.1 y 106.1 de la Constitución) imponen un control de los elementos reglados de toda potestad discrecional tales como los hechos que determinan el ejercicio de esa potestad y su adecuación al fin para el que ha sido conferida.

La Propuesta de Resolución justifica el hecho de la reducción del espacio libre local destinado a plaza pública junto a la iglesia y la distribución de la superficie que se reduce en pequeñas parcelas por el ámbito del sector en que la consolidación de la edificación no permite actuar libremente al planificador. Sin embargo, el hecho que se alega, la consolidación de la edificación, no impone esa fragmentación del espacio libre. Al contrario, la consolidación de la edificación impone que se conserve la plaza en las dimensiones en que el planeamiento originario la concibió en previsión de la realización de esa circunstancia. No existe coherencia entre el hecho determinante que se alega y la modificación que se pretende. Como tampoco existe coherencia entre esa justificación de la Propuesta de Resolución y la Memoria de la modificación que justifica la reducción del espacio libre y su fragmentación en la necesidad de dar cumplimiento a un Convenio urbanístico. Este es el verdadero hecho determinante de la modificación que se pretende, y al mismo tiempo constituye su motivación o justificación, y no obstante ese Convenio no figura en el

expediente sino que la Memoria se limita a hacer una mención de su existencia, hurtándose así la posibilidad de un control de la motivación de la modificación y de sus hechos determinantes.

El Plan, o las Normas Subsidiarias que lo suplen, exigen como elemento integral esencial la Memoria que es su motivación, porque expresa las razones que justifican las determinaciones del planeamiento; y ello porque, a pesar de su discrecionalidad y de su carácter de normas reglamentarias, el Plan regula el contenido del derecho constitucional de propiedad. De ahí la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad (SSTS de 9 de julio de 1991, Ar. 5737; de 20 de diciembre de 1991, Ar. 314/1992; y de 13 de febrero de 1992, Ar. 2828). Si la Memoria de una modificación remite sin más a la necesidad de dar cumplimiento a un Convenio sin exponer su contenido, ello equivale a una carencia de motivación que es lo que caracteriza a la arbitrariedad frente a la discrecionalidad.

Por otro lado, es a la Administración a la que corresponde elaborar, con la participación ciudadana, el planeamiento "atendiendo a las exigencias del interés público: la ciudad es de todos y por tanto es el interés de la comunidad y no el de unos pocos, los propietarios del suelo, el que ha de determinar su configuración. Por ello, las exigencias del interés público que justifican la potestad de planeamiento implican que su actuación no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados. Así esta Sala viene declarando que no resulta admisible una 'disposición' de la potestad de planeamiento contractual: Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores" (STS de 13 de febrero de 1992, Ar. 2828, con cita de las de 30 de abril de 1990, Ar. 3627; de 13 de julio de 1990, Ar. 6034; 21 de septiembre de 1991, Ar. 6818 y de 20 de diciembre de 1991, Ar. 9156).

Por tanto, no basta para modificar una zona verde la necesidad de dar cumplimiento a un convenio urbanístico; sino que es necesario justificar que la nueva ordenación de la zona verde la mejora o como mínimo mantiene cuantitativa y cualitativamente su funcionalidad, además de justificar adecuadamente que la

modificación de la zona verde era el único medio para alcanzar el fin público que se perseguía con la suscripción del convenio urbanístico.

En definitiva, la modificación de la zona verde no está justificada en la propuesta de aprobación definitiva ni en la Memoria de la modificación.

Es más, los arts. 12.2 TRLS y 29.1 RP, al configurar como discrecional la potestad para establecer por el planeamiento general los espacios libres en suelo urbano, la sujeta a un límite: Esa determinación se debe realizar en proporción adecuada a las necesidades colectivas y a las características socio-económicas de la población.

La Memoria debe aportar una serie de datos empíricos y técnicos sobre la población del sector, su evolución, sus necesidades y características socio-económicas cuya valoración estarán en la base de la decisión de por qué se fijan esos espacios libres, sus características y extensión. Esa decisión es una concreción del interés público y por tanto discrecional, pero realizada sobre la base de datos e informaciones y de criterios para valorarlos; por ello esa decisión debe guardar una relación de coherencia lógica con los mismos.

A lo largo del procedimiento de modificación no se ha incorporado ningún dato relativo a las necesidades colectivas de la población, ni de sus características que justifiquen que se reduzca el parque público previsto junto a la iglesia y se distribuya la superficie aminorada en pequeñas parcelas afectas al uso escolar que se distribuyen irregularmente por la superficie del sector.

Por otro lado, la Propuesta de Resolución en su parte dispositiva afirma "variándose la localización del espacio libre previsto, (...) aumenta su superficie y mantiene igual valor cualitativo, habiéndose justificado el cumplimiento de las condiciones expresadas en el art. 4 del Anexo del Reglamento de Planeamiento".

Es obligado disentir de estas dos afirmaciones:

No se mantiene la calidad del espacio libre porque se pasa de un parque público de 7.500 m<sup>2</sup> a uno de 4.205 m<sup>2</sup> y la superficie detrída se distribuye entre parcelas destinadas a uso escolar de 495 y 257 m<sup>2</sup> con irregular forma alargada y estrecha. Estas parcelas se sitúan, según los planos de ordenación, o bien ocupando viales o bien al otro lado de la carretera general GC-230 que atraviesa el sector. Esta operación en sí misma constituye una degradación cualitativa del espacio libre.

Un parque público, además, está al servicio de toda la población, es de uso general y disfrute colectivo y susceptible de servir para celebraciones, actos y eventos públicos.

Es obvio que se producirá una degradación cualitativa si a ese parque público que forma un área compacta situada junto a la iglesia y al terreno reservado para equipamiento escolar, se le detrae superficie que se fragmenta y redistribuye en pequeñas parcelas aisladas destinadas a un uso más restringido como es el escolar

Además, los espacios libres destinados a áreas de juego y recreo para niños no deben cumplir sólo la condición que el art. 4 del Anexo del RP les impone, a saber, que no tengan una superficie inferior a 200 m<sup>2</sup> y en la que se pueda inscribir una circunferencia de 12 metros de diámetro mínimo, sino todas las condiciones que para los espacios libres fija el Reglamento de Planeamiento, entre ellas señaladamente las de su art. 49.2 que exige que en la composición de las áreas de los espacios libres se evite el fraccionamiento que invalide su finalidad esencial debiendo justificarse que constituye un sistema coherente.

La modificación no justifica, ni resulta de la nueva ordenación que pretende, que ese fraccionamiento y dimensiones de las áreas preservan su finalidad. En efecto, de un parque público de 7.500 m<sup>2</sup> situado junto al espacio reservado a equipamiento escolar se pasa ahora a un parque público de 4.205 m<sup>2</sup> separado por viales del equipamiento escolar y se crean seis pequeñas parcelas de espacios libres de uso escolar que se encuentran distantes de esos terrenos destinados al equipamiento escolar, e incluso tres de ellas separadas de éste por una carretera general. Ese fraccionamiento y ubicación invalida la finalidad a la que se pretende afectar esas parcelas e impide calificarlas de un sistema coherente.

Por último, como se indicó en el Fundamento III.7 del Dictamen 92/1998 y allí nos remitimos, la modificación incrementa el suelo urbano y no justifica que incremente en la misma proporción los espacios libres.

## VI

Una última observación: los Planes Generales de Ordenación y las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal son normas reglamentarias, no actos administrativos (STC 61/1997, de 20 de marzo, Fj 25, d)). El acto final de su

procedimiento de elaboración, la aprobación definitiva es pues un acto normativo porque crea esas normas reglamentarias e igualmente será un acto normativo si rechaza crear esas normas. Tampoco en este caso se tratará de un acto administrativo porque no es una aplicación singular del Derecho a un supuesto de hecho concreto.

En uno u otro caso, como no es un acto administrativo, no cabe contra él recurso en vía administrativa (art. 107.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC).

El recurso de reposición sólo cabe según el art. 116 LPAC contra actos administrativos.

Los arts. 107.3 y 116 LPAC son normas básicas que no pueden ser contradichas por la legislación autonómica. De ahí que el art. 234 LOT deba ser interpretado de conformidad con ellas.

El art. 234 LOT no menciona en ningún momento a los instrumentos de planeamiento y demás normas urbanísticas reglamentarias como susceptibles de recurso de reposición. Meramente se refiere a resoluciones y actos administrativos unas veces (art. 234.1), otras veces a acto administrativo sin más (art. 234.2, primer inciso; art. 234.3) y otras veces a resolución sin más (art. 234.4).

El art. 234 LOT no pretende distinguir entre resolución y acto administrativo, ambas expresiones son en él equivalentes. El art. 234.3 LOT se remite además para la regulación del recurso de reposición a la legislación del procedimiento administrativo común.

Por esto no se considera conforme a los preceptos citados que la Propuesta de Resolución contemple que contra ella cabe recurso de reposición.

## C O N C L U S I Ó N

Por las infracciones procedimentales y sustantivas que se señalan en los Fundamentos del presente Dictamen, la modificación urbanística propuesta no puede informarse favorablemente.