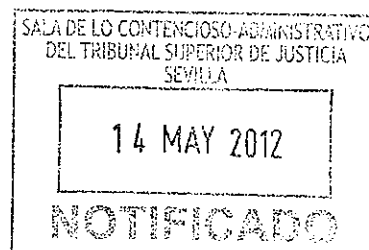


TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SEVILLA

SENTENCIA



ILMOS. SRES:

D. ANTONIO MORENO ANDRADE

D. EDUARDO HERRERO CASANOVA

D. JOSÉ SANTOS GÓMEZ

Sevilla a tres de mayo de dos mil doce.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, formada por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto **EN NOMBRE DEL REY** el recurso n°. 151/2010, seguido entre las siguientes partes, como demandante don Diab Karma Dgreda, don José Ariza Castro, doña María Isabel Franco Ballesteros, don Fernando Puente Bautista, don José Antonio Bustos Ruiz, doña Mónica Valverde Gallardo, don Marcos Antonio Muñoz Torres, don Antonio Acevedo Luque, doña Clara Ruiz Campos, don Juan Chacartegui Martínez, don Manuel Fernández Pérez, don Pablo Canas de Villanueva, doña Nieves Rodríguez Pérez, don Joaquín Benjumea Díaz, don Pedro Díaz Macías, don Juan Mora Vilches, don Ricardo Coronilla Mosteriro, don José Manuel Martínez Asencio, don Manuel Barrial Cazorla, don Joaquín Santamaría Ferrari, don Daniel Rodríguez Fernández y como demandado la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio, representada y asistida por el Sr. Letrado de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Castilleja de Guzmán, representado por el Procurador Sr. García de la Borbolla Vallejo. De cuantía indeterminada. Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. José Santos Gómez, quién expresa el parecer de la Sección Segunda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En su escrito de demanda la parte actora interesa de la Sala una sentencia anulatoria de la resolución impugnada, con los demás pronunciamientos de constancia.

SEGUNDO.- Por las partes demandadas, al contestar, se solicita una sentencia desestimatoria del recurso interpuesto.

TERCERO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba, fueron requeridas las partes para que presentaran el escrito de conclusiones que determina la Ley Jurisdiccional, y evacuado dicho trámite, en su momento, fue señalado día para la votación y fallo, el cual ha tenido lugar en el designado, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra resolución de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de 1 de diciembre de 2009, por la que se dispone la publicación de la Resolución de la Sección de Urbanismo de la Comisión Provincial de Ordenación del territorio y Urbanismo de Sevilla de 23 de octubre de 2009, por la que se aprueba definitivamente la Modificación del Plan General de Ordenación Urbanística de Castilleja de Guzmán, en lo referente a establecer una nueva delimitación y ordenación de las parcelas de Espacios Libres y Equipamientos ubicadas entre las manzanas de las calles Hermanos Álvarez Quintero y Gustavo Adolfo Bécquer.

Son hechos relevantes para el enjuiciamiento de las pretensiones objeto del presente recurso contencioso administrativo, los que a continuación sucintamente se exponen:

En las Normas Subsidiarias y en la normativa de regulación de los usos de la Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Castilleja de Guzmán en el ámbito de los Planes Parciales PP-1 y PP-3 de 2001 se calificaba la parcela de espacios libres y sistema de interés público y social. La parcela tenía un ámbito de 15.420 m2 y estaba destinada a espacios libres, parques y jardines y sólo 238 m2 estaban calificados como Sistemas de Interés Público y Social, con posibilidad de construir únicamente

instalaciones complementarias relacionadas con este tipo de suelo (instalaciones al aire libre, quioscos, bares, equipamientos culturales).

En fecha 17 de septiembre de 2008 por un grupo de vecinos formado por alguno de los hoy demandantes solicitó la investigación a la Consejería de Obras Públicas y Transportes, de la ilegalidad de la construcción de un edificio de 2000 m², destinado a escuela de hostelería. Igualmente en fecha 25 de septiembre de 2008 solicitaron al Ayuntamiento la paralización de las obras, la incoación del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística y demolición.

Por resolución de 2 de junio de 2009 la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, se solicitó al Ayuntamiento la declaración de nulidad del acuerdo de 31 de enero de 2008, de la Junta de Gobierno Local, mediante el que se concedió licencia urbanística de obras a don Daniel Santana Oria, en representación de Construcciones Mego S.A., para la construcción de una Escuela de Hostelería, en la Unidad de Ejecución 3, en el ámbito de los sectores PP-1 y PP-3. Asimismo se solicitó el acuerdo de suspensión de los efectos de la licencia cuya revisión se insta.

En fecha 9 de diciembre de 2009 la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, informó a los denunciantes que el Ayuntamiento inició expediente de revisión de oficio de la licencia de obras para la ejecución de la primera fase de la Escuela de Hostelería.

Por resolución de 14 de diciembre de 2009 se publicó la de 1 de diciembre de 2009, por la que a su vez se dispuso la publicación de la resolución de la Sección de Urbanismo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 23 de octubre de 2009, que aprobó definitivamente la Modificación del Plan General de Ordenación Urbanística del municipio de Castilleja de Guzmán y contra la que se interpone el presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora alega en esencia lo siguiente:

La modificación del Plan General viene a legalizar a posteriori una situación ilegal, es decir: se construye un edificio ilegalmente en zona donde no se puede construir por estar calificada como espacios libres y jardines. Cuando esta situación se denuncia por particulares se pretende regularizar la situación jurídica modificando la ley que prohíbe construir después de haber construido. La ejecución de las obras que se están realizando en la actualidad no cumple las medidas necesarias para garantizar el

control de desechos y residuos generados durante la fase de construcción. Solicita que se deje sin efecto la resolución impugnada por ser contraria a derecho y se devuelva a su estado natural la parcela, demoliendo la construcción edificada, que se ejerza la potestad sancionadora y disciplinaria y se indemnice a los demandantes en virtud del art. 139.2 y 141.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

Las representaciones procesales de las Administraciones demandadas solicitan la desestimación del recurso.

TERCERO.- La naturaleza de la jurisdicción contencioso administrativa es esencialmente revisora, lo cual supone la existencia de un acto previo de la Administración, a cuyo enjuiciamiento se procede en el recurso. La indicada naturaleza revisora, supone a su vez que las pretensiones que se ejerciten en el recurso contencioso administrativo, no sólo han de ser coherentes con el acto administrativo, sino que no deben ser distintas de las formuladas en vía administrativa, so pena de incurrir en una posible desviación procesal, atentatoria con el principio de coherencia procesal y con la naturaleza revisora. Así se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de junio de 2002, cuando expresa que la Jurisdicción Contencioso- Administrativa es, por esencia, una jurisdicción revisora, en el sentido de que es necesario que exista un acto previo de la Administración, para que este pueda ser examinado en cuanto a su adecuación o inadecuación al ordenamiento jurídico, o que, sin acto previo se haya dado a la Administración, posibilidad de dictarlo, examinando todas y cada una de las cuestiones planteadas o las que se deriven del expediente administrativo (sentencias del Tribunal Supremo de 9-10-90 y 18-5.93). En definitiva, la función revisora ha de proyectarse sobre la conformidad o disconformidad a Derecho del acto revisado, en consideración al Ordenamiento Jurídico aplicable a la fecha en que este se produjo (Sentencia de 14.4.93). Ha de insistirse en que la pretensión que se postule en vía administrativa, debe ser la misma en vía judicial, es decir no puede revisarse judicialmente la impugnación de un acto distinto ni pretensión diferente, de lo exigido en vía administrativa aunque las alegaciones puedan variar en vía judicial, en este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de septiembre de 1999, que expresa: no pueden solicitarse en esta vía pretensiones ajenas a los actos administrativos respecto de los cuales se interpuso el recurso (SSTS. de 25 de abril y 25 de junio de 1984, entre otras muchas). Por la misma causa no es posible plantear en la vía jurisdiccional cuestiones nuevas, sino únicamente nuevas motivaciones (SSTS. de

20 de enero y 10 de octubre de 1983; de 7 de mayo de 1992 etc.). La doctrina anteriormente expuesta supone la delimitación del objeto impugnado, que no es otro que el recogido en el primer párrafo del fundamento jurídico primero de la presente sentencia. Por tanto, la modificación del plan general, en lo referente a establecer una nueva delimitación y ordenación de las parcelas de Espacios Libres y Equipamientos ubicadas entre las manzanas de las calles Hermanos Álvarez Quintero y Gustavo Adolfo Bécquer. La pretensión ha de anudarse al referido objeto procesal, por lo que sólo debe admitirse la petición de anulación, y demolición por lo que se expondrá después, de ahí, que deban rechazarse las pretensiones de ejercicio de potestad sancionadora y disciplinaria, que no derivan del acto impugnado ni tampoco la petición de indemnización al amparo de los art. 139.2 y 141.1 de la Ley 7/2002, que ni especifica ni desarrolla y que en todo caso la aplicación de lo dispuesto en los mencionados preceptos, que regulan las obras de urbanización correspondientes a dotaciones, sería totalmente contradictoria con la petición de demolición. Otro tanto cabe decir de la petición referente al cumplimiento por parte del Ayuntamiento del control de desechos y residuos generados durante la fase de construcción, tal y como dispone la Ley 7/2007, de 9 de julio, que no puede considerarse relacionada con la resolución objeto del presente recurso.

CUARTO.- Entre los fines específicos de la actividad urbanística dispone la **Ley 7/2002, de 17 de diciembre**, en su **art. 3.2**. La ordenación urbanística establecida en los instrumentos de planeamiento, en el marco de la ordenación del territorio, que tiene por objeto, en todo caso: **b)** la determinación, reserva, afectación y protección del suelo dotacional, entendiendo por éste el que debe servir de soporte a los servicios públicos y usos colectivos; es decir, las infraestructuras, parques, jardines, espacios públicos, dotaciones y equipamiento públicos, cualesquiera que sea su uso. Con más detalle el **art. 10.1** regula el contenido de los Planes Generales de Ordenación Urbanística que establecen la ordenación estructural del término municipal, constituida a su vez por la estructura general y por las directrices que resulten del modelo asumido de evolución urbana y de ocupación del territorio. La **ordenación estructural** se establece mediante las siguientes determinaciones: **A)** en todos los municipios: **c) Sistemas generales** constituidos por la red básica de reservas de terrenos y construcciones de destino dotacional público que aseguren la racionalidad y coherencia del desarrollo urbanístico y garanticen la calidad y funcionalidad de los principales

espacios de uso colectivo. Como mínimo deberán comprender las reservas precisas para: **c.1)** Parques, jardines y espacios libres públicos en proporción adecuada a las necesidades sociales actuales y previsibles, que deben respetar un estándar mínimo entre 5 y 10 metros cuadrados por habitante, a determinar reglamentariamente según las características del municipio. La conclusión a la que ha de llegarse en relación inversa a la seguida por el precepto, es que el parque precisa de reserva por ser un sistema general, y que por ser un concepto integrante del sistema general participa de la racionalidad y coherencia del desarrollo urbanístico, así como que por ser una obligada determinación de la ordenación estructural, debe ser regulado por el planeamiento general y forma parte de los fines de la actividad urbanística.

QUINTO.- La modificación del plan en lo referente a la parcela objeto de las presentes actuaciones, se intenta justificar en regularizar el trazado de las parcelas de espacios libres del Ámbito I ajustándolo a la realidad ejecutada, posibilitando el aprovechamiento de los suelos intersticiales antes dedicados a viario y que han perdido funcionalidad; así como en ampliar la dotación de equipamientos en el Ámbito I, definiendo una parcela cuyas dimensiones permitan la inserción de usos aprovechables por el conjunto de los ciudadanos, para dotación social de escuela de hostelería y centro multifuncional. En el Ámbito I se definen dos nuevas parcelas: EELL-a destinado a espacios libres, con el mismo uso principal y como complementarios o compatibles los correspondientes a instalaciones relacionadas con este tipo de suelo: instalaciones deportivas al aire libre, quiscos, bares, equipamientos culturales, siempre y cuando estos usos complementarios que enriquecen la actividad de los espacios libres tengan una mínima edificabilidad sobre rasante y no ocupen más del 50% del suelo asignado al uso principal de espacios libres; SIPS destinada a equipamientos de carácter social, con el mismo uso principal que engloba todos los usos pormenorizados de equipamiento distintos al deportivo y educativo, es decir: asistencial, sanitario, cultural, religioso, administrativo, comercial, servicios urbanos y resto de usos de carácter público y social y como usos compatibles se autorizan el equipamiento deportivo y el educativo. Entre los objetivos específicos de la modificación se indica que la nueva delimitación permitirá la inserción de dotaciones específicas en el municipio que en la actualidad carece: centro de salud -dotación de carácter asistencial sanitario- escuela de hostelería y centro multifuncional -equipamiento de carácter social- así como la ampliación de la dotación actual de espacios libres. La anterior normativa regulada por las Normas

Subsidiarias únicamente contemplaba como SIPS, 238 m2, por tanto, sólo en esa superficie se podía realizar obras destinadas a los usos principales y complementarios y compatibles que se han mencionado con anterioridad pues el resto de 13.664 m2 estaban destinado a espacios libres y 1.518 m2 destinados a viario, sin que se pudiese construir la escuela de hostelería de 2000 m2, en zona destinada a espacios libres - parques y jardines- pues como se ha dicho sólo se permitían 238 m2 de destino a equipamientos o sistema de interés público y social.

SEXTO.- Los actos anteriormente referidos de construcción, autorizados mediante el acuerdo de 31 de enero de 2008, de la Junta de Gobierno Local que concedió licencia urbanística de obras, motivaron la resolución de la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de 2 de junio de 2009, en la que se consideró que la licencia concedida habilitaba de manera manifiesta, la ejecución de actuaciones constitutivas de una infracción urbanística muy grave, al permitir una construcción contraria a la ordenación urbanística en un espacio libre, bastando para su apreciación la simple comprobación entre las previsiones contenidas en la normativa urbanística y la realidad de las obras autorizadas por la licencia, lo que atribuye a la referida infracción el carácter de manifiesta, por ser patente, notoria y apreciable. En la indicada resolución como se dijo se solicitaba al Ayuntamiento la declaración de nulidad del acuerdo de 31 de enero de 2008 y la incoación, instrucción y resolución de expediente de revisión de oficio. Los referidos antecedentes son determinantes de que la modificación del plan general, como potestad urbanística del Ayuntamiento no obedeció a la búsqueda y satisfacción de intereses generales, sino a intentar enmendar una actuación de ilegalidad provocada por el propio Ayuntamiento. La denuncia vecinal supuso la reacción de la Administración autonómica a través de la inspección urbanística ante la evidente ilegalidad, sin que pueda considerarse ajustada al orden urbanístico la tramitación de la modificación del plan general y la calificación de la parcela donde está construida la escuela de hostelería, como terreno destinado a equipamientos o sistemas de interés público y social y menos aún la aprobación definitiva por el órgano autonómico, tras su acertada actuación de inspección urbanística. En este sentido cabe recordar la sentencia del **Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009** (EDJ 2009/32259) que recoge la doctrina de la sentencia de 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y la de 26 de julio de 2006 (casación 2393 / 2003) en las que se expresaba: " las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen

por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal "

SÉPTIMO.- Al igual que la potestad de planeamiento y como manifestación de la misma, el “ ius variandi” requiere también de armonizada potestad discrecional, y apoyada en datos objetivos exentos de error para alterar, modificar, revisar, o formular “ ex novo” un planeamiento urbanístico, dirigido primordialmente a la satisfacción del interés público. En sentencia de **25 de julio de 2006** (EDJ 2006/257072), el **Tribunal Supremo** remite a su doctrina sobre el ius variandi e indica: “ reiteradamente ha declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias de 17 de septiembre de 1982 EDJ1982/5187 , 28 de marzo de 1983, 9 de abril de 1984 EDJ1984/2264 , 7 de febrero de 1985 EDJ1985/803 , 24 de febrero de 1987 EDJ1987/1514 , 20 de junio de 1989 EDJ1989/6311 y 20 de marzo de 1991 EDJ1991/3065 , entre otras) que el límite al ius variandi de la Administración en la revisión del planeamiento viene determinado por la congruencia de las soluciones concretas elegidas con las líneas directrices que diseñan el planeamiento, su respeto a los estándares legales acogidas en el mismo y su adecuación a los datos objetivos en que se apoyan. En consecuencia. el ius variandi no puede amparar la norma impugnada, dada la manifiesta contradicción de ésta con los estándares determinados por la calificación del suelo como residencial”. En la sentencia de **26 de julio de 2006** (EDJ 2006/257070), el Tribunal Supremo expresa: “la discrecionalidad administrativa en el ámbito urbanístico, como se indica en la STS 21.1.97 EDJ1997/10396 entre muchas otras, opera a través de la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos.” En sentencia de **19 de diciembre de 2008** (EDJ 2008/257070), el Alto Tribunal recuerda: “ no conviene olvidar que el control jurisdiccional de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de planeamiento ha de construirse, de un lado, sobre la comprobación y cotejo con la realidad de los hechos, pues la presencia de este elemento fáctico se sustrae a las alternativas inmanentes a la discrecionalidad y, de otro, sobre la apreciación de la decisión planificadora discrecional que debe tener la debida racionalidad, congruencia o coherencia lógica con aquéllos hechos determinantes”.

NOVENO.- No puede encontrar amparo jurídico la modificación del plan general, en la anterior doctrina, pues ya se ha dicho que no perseguía una finalidad racional de satisfacción de intereses públicos, a tenor de lo dispuesto en el art. 3.2 y 10.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, sino intentar legalizar una actuación urbanística. El anterior planeamiento evidenciaba coherencia y racionalidad, pues la parcela en cuestión fue obtenida mediante cesión obligatoria para respetar el estándar mínimo exigido en la Ley 7/2002, entre 5 y 10 m2 de parque, jardines y espacios libres públicos por habitante y la construcción de la escuela de hostelería en su mayor parte de los 2000 m2, fue en espacio libre de parques y jardines, pues sólo se permitían 238 m2 con destino a equipamientos o sistema de interés público y social, supuso una clara y patente infracción del orden jurídico urbanístico. Tampoco puede encontrar justificación la modificación del plan general en la alegación de la dirección jurídica de la Administración autonómica, de que la modificación mejora el sistema dotacional público del municipio, reordenado las parcelas equipamentales y de espacios libres, por una parte, transformando suelo lucrativos en dotacionales, por otra, y reclasificando, finalmente, suelo no urbanizable para integrarlo dentro del entramado de espacios libres. El expresado alegato no puede oscurecer que en la parcela objeto del presente recurso se infringió el orden jurídico urbanístico con la construcción realizada antes de la modificación del plan general, ni que con la modificación del plan general tampoco puede encontrar cobijo la actuación pues la finalidad de la modificación ha sido espuria y por ende la alegación autonómica con independencia de que haya resultado una mejora de dotaciones y espacios libres, no deja de ser un sofisma en cuanto a la finalidad y justificación de la modificación del plan en lo referente al terreno objeto del presente recurso. A mayor abundamiento incluso en el supuesto hipotético de que la finalidad de la modificación no hubiese sido la de legalizar la construcción, la modificación carecería de motivación debido a que en el ius variandi en una zona verde necesita de una motivación excepcional y debe acreditarse y justificarse que la elección de la construcción en una zona verde no admitía alternativa laguna, lo que evidentemente no se ha demostrado en el supuesto que se enjuicia. En este sentido se pronunció el **Tribunal Supremo** en sentencia de **13 de junio de 2011** (recurso de casación nº. 4045/2009), en la que se afirmó: *la libertad del planificador se reduce considerablemente en los supuestos en que se trata de hacer desaparecer en todo, o en parte, una zona verde, no basta con explicar por qué se ubicará tal edificación en los*

jardines de El Prado, es decir, para promover, o extender, un campus universitario, sino que han de expresarse las razones por las que no puede ser construida en otros terrenos para cumplir sustancialmente esa misma finalidad de permitir el uso cualificado por el entorno universitario. Debió explicarse, en definitiva, por qué dicha finalidad no podía ser razonablemente alcanzada mediante la elección de otro emplazamiento que no recortara una zona verde. El cambio de la calificación de unos terrenos para poder edificar sobre lo que era una zona verde, aunque se mantenga el uso público de la misma porque la construcción sea una biblioteca, sólo puede hacerse exponiendo las razones por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible.

DÉCIMO.- Por lo que se refiere a la petición de demolición de la construcción edificada ilegalmente, igualmente es procedente pues como indica el **Tribunal Supremo** en sentencia de **28 de marzo de 2006** (EDJ2006/83949) *se ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal.* Por su parte la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del **Tribunal Supremo** de **7 junio 2005** (EDJ 2005/83497) , señala que: “ ni la sentencia que acuerda la demolición, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución, pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la sentencia -así sentencias de 3 julio 2000 EDJ 2000/22246 , 19 noviembre 2001 EDJ 2001/52461 y 26 julio 2002 EDJ 2002/31437 -; sin que, por último, pueda decirse, como precisa la sentencia de 29 noviembre 1995 EDJ 1995/7825 , que "al pedir esto último (la demolición) estaban ejercitando (los actores) una pretensión de plena jurisdicción"”. En el supuesto que se enjuicia es claro que la petición se formuló en el suplico de la demanda en la que se ejercitó una pretensión de anulación, por lo que ha de reiterarse la procedencia de la misma.

En base a lo anteriormente expuesto procede la estimación parcial del recurso.

UNDÉCIMO.- No concurre temeridad ni mala fe para hacer una expresa condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución que se recoge en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la que declaramos nula de pleno derecho y se ordena la demolición de lo ilegalmente construido. Sin costas. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, preparándose ante esta Sala en el plazo de 10 días desde que se notifique la presente sentencia.

Con certificación de esta sentencia, devuélvase el expediente al lugar de procedencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.