

### **Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso, Sección 5.<sup>a</sup>), n.º 4378/2015, de 27 de octubre [ROJ: STS 4378/2015], n.º 4379/2015, de 27 de octubre [ROJ: STS 4379/2015] y n.º 4380/2015, de 28 de octubre [ROJ: STS 4380/2015]**

#### **LA REVISIÓN DEL PGOU DE MARBELLA O DE CÓMO VOLVER A EMPEZAR PERO SIGUIENDO HACIENDO LO MISMO**

Dentro de la disciplina urbanística si hay un municipio que ha dado que hablar, para mal, es sin duda alguna el de Marbella. Pasado el tiempo pudiera entenderse que, tras las numerosas iniciativas y reformas legales habidas, más si cabe tras el tiempo transcurrido, se habrían corregido todas las irregularidades y nos encontraríamos con un ejemplo de cómo subsanar y corregir errores del pasado. Sin embargo, lejos de ello, hemos visto cómo en tres sentencias de 27 y 28 de octubre de 2015 la Sala III del Tribunal Supremo ha declarado nula de pleno derecho la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella del año 2010, aprobada en sendas órdenes de la Consejería de Vivienda de la Junta de Andalucía de 25 de febrero y 7 de mayo de dicho año. Son las primeras sentencias, que no las últimas, dictadas en ese sentido por el Tribunal Supremo que estima así los recursos de una comunidad de propietarios y dos sociedades contra otras tantas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que rechazaron sus impugnaciones contra dicha revisión.

Después de lo llovido no puede llamar la atención que el alto tribunal comience señalando que es consciente de

la situación de generalizada ilegalidad urbanística existente en el municipio de Marbella, como consecuencia de las numerosas actuaciones llevadas a cabo al margen –o contra– lo previsto en el anterior PGOU del municipio de 1986», incluso que haga especial referencia a la excepcionalidad de la situación creada, con repercusiones en el ámbito de la gestión política de la ciudad –llegando la misma a ser intervenida en virtud del Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, que dispuso la disolución del Ayuntamiento de Marbella–.

Tampoco niega los esfuerzos para la regularización del modelo urbanístico de la ciudad, plasmado en la Revisión del PGOU, pero, a pesar de la expresada situación de excepcionalidad urbanística, y reconociendo el loable intento normalizador, destaca que su obligación es el control de la legalidad de la revisión de 2010, y lo anula por las siguientes razones:

- No resulta jurídicamente posible proceder a la alteración por el planificador de los mecanismos legales de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes urbanísticos, considerando como principio esencial la atribución de la

misma a los promotores de las construcciones en contra de lo previsto en el artículo 19 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

- Igualmente carece de apoyo la exigencia de nuevas prestaciones que alteran el equilibrio del derecho de propiedad y que además dependen de la modulación del nivel de legalización realizado por el propio planificador.
- No se cumple con las exigencias de la directiva europea sobre evaluación medioambiental, ya que el estudio que consta no analiza las posibles alternativas a la finalmente propuesta, ni siquiera las identifica.
- No existe el preceptivo informe de sostenibilidad económica.

Entrando a examinar el caso concreto, realiza el TS las siguientes consideraciones:

... dicha cuestión no es otra que las viviendas unifamiliares, construidas en los referidos solares, se localizan en un ámbito amparado por licencias otorgadas en contra del PGOU de 1.986 pues se otorga en un suelo clasificado en dicho PGOU como suelo urbanizable no programado, es decir, se urbanizó una zona sin que estuvieran redactados ni el plan de sectorización necesario y sin existencia de plan parcial por lo que se ha producido un desarrollo irregular, siendo una zona donde aún es posible la implantación de otras edificaciones por lo que habrá de integrarse en una nueva ordenación para programar unos niveles de urbanización y dotación completos. Así consta en la ficha urbanística correspondiente, en la Memoria de Ordenación y en la Memoria de Información del PGOU. Y ante esa irregularidad constatada el PGOU arbitra como solución para posibilitar su normalización, la definición de un ámbito de ordenación integrado, resolviendo la irregular edificación con la obtención para uso y dominio público de espacios libres.

En resumidas cuentas planteaba el planificador legalizar lo construido ilegalmente a través de la potestad de planeamiento, hecho que como resulta lógico entender no puede ser compartido por el Alto Tribunal, ya que como es sabido no corresponde al planificador alterar o desfigurar el concepto de Suelo Urbano Consolidado. Se reconoce así que *las nuevas dotaciones no pueden tener su apoyo en el pasado, esto es, es su declarada ilegalidad, sino en el futuro, esto es, en la discrecional decisión técnica del planificador –en ejercicio del ius variandi del que está investido– completando la ciudad con lo que realmente la misma necesita y no tratando de aprovechar lo ilegalmente construido. Obviamente el planificador conserva íntegramente la discrecionalidad inherente a la potestad planificadora, pero la misma no llega, ni puede abarcar, a modular los efectos de las ilegalidades y a fundamentar el nuevo planeamiento en función del carácter aprovechable o no de lo anterior.*

La siguiente cuestión sobre la que se centra el objetivo es la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental. Reconoce el Tribunal que efectivamente existe ese EIA, y que el mismo puede considerarse respetuoso de las exigencias del Decreto regional 292/95, de 12 de diciembre –y, por ende, de la Ley andaluza 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental–. Pero que se cumplan tales requisitos deja sin juzgar la cuestión nuclear en cuanto a la observancia de la Ley 9/2006 y, en particular, de sus

artículos 8.1 y Anexo I, en relación con los artículos 5.1, 9.1.b) y Anexo I, letra h) de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001.

Reconocen las tres sentencias que el EIA llevado a cabo no tuvo en cuenta, para su elaboración, ni la Directiva ni la Ley, puesto que ni siquiera menciona entre las disposiciones que debieron ser cumplidas la Ley 9/2006 o la Directiva 2001/42/CE que dicha Ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico. Por mucho que la Administración Autonómica y la local centran sus esfuerzos dialécticos en tratar de demostrar –infructuosamente, a juicio del Tribunal– *que los diferentes epígrafes en que se divide el informe emitido se corresponden, aunque con otras denominaciones, con los aspectos de la EAE exigidos por la legislación estatal y de la Unión Europea, identificación sustantiva que le hace concluir que, al margen de la distinta terminología empleada, la ley estatal –que en el recurso de casación se reputa conculcada– y la autonómica en que se inspira el trámite ambiental evacuado son coincidentes, tanto en los hitos procedimentales como en sus contenidos, de suerte que bastaría con verificar que las normas autonómicas han sido respetadas para extraer la conclusión necesaria de que también lo habría sido la Ley 9/2006.*

Termina por señalar el Tribunal Supremo que la completa falta de estudio comparativo de las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, así como de exposición de la denominada alternativa cero, hacen incurrir al PGOU de Marbella en la nulidad pretendida, al haberse prescindido de la preceptiva EAE, así como de la Memoria ambiental consecuente, efectuadas conforme a las prescripciones de la Ley 9/2006 y de la Directiva 2001/42/CE en que se inspiran.

Razona el juzgador que se desvirtúa la verdadera naturaleza y sentido útil que representan estos trámites esenciales como es la EAE cuando se proyectan sobre un plan urbanístico que, en realidad, mira más al pasado que al futuro, desnaturalizando así las ideas capitales de cautela, previsión, prevención y planificación –económica o ambiental, según el caso– que justifican su obligatoriedad.

En otras palabras, la EAE que la Ley 9/2006 preceptúa no sólo no existe porque no se haya emitido en el curso de la elaboración del PGOU de Marbella, sino que, atendida la vocación de legalización, normalización o, en palabras de la memoria, «... comprensión urbanística... en un contexto con múltiples particularidades de naturaleza política, social, económica, institucional, fruto de una gestión anómala y de un desentendimiento en las décadas pasadas...», diagnóstico que concluye con el compromiso asumido de que «... el Plan General que ahora se presenta tiene como objetivo y reto devolver el crédito perdido a la disciplina urbanística en general...», el documento ambiental que se hubiera podido emitir no podría, dada la situación preexistente, alcanzar la finalidad que le es propia.

Sigue teniendo presente el TS que la evaluación ambiental estratégica pierde buena parte de su finalidad institucional justificadora, la de anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que pueda comprometer negativamente el medio ambiente, aspiración que queda despojada de su razón de ser, y por ello frustrada, cuando

la evaluación de las posibles alternativas razonables a que se refiere el Anexo I de la Ley 9/2006 se ve impedida o gravemente debilitada al venir determinada forzosamente por situaciones de hecho anteriores sobre las que la evaluación estratégica no podría intervenir preventivamente ni tampoco conjurar sus eventuales riesgos para el medio ambiente.

Con independencia de que las infracciones ya advertidas determinan, por sí solas, la nulidad de pleno derecho del PGOU de Marbella impugnado, con efectos *erga omnes* –lo que haría superfluo el análisis de los restantes motivos de casación–, no se detiene ahí la revisión de las irregularidades cometidas, a las que añadir que no está en manos del planificador alterar o desfigurar el concepto de Suelo Urbano Consolidado –SUC–.

El recurso a la categoría del Suelo Urbano No Consolidado –SUNC–, como fórmula empleada de manera indiscriminada y como modo de tratar de solventar todas las patologías en que ha podido incurrirse con anterioridad a la Revisión del PGOU, no hace sino hacer pública la voluntad del planificador, en tanto que clasifica muchos ámbitos como SUNC, por el mero motivo, que se considera que han existido irregularidades en los mismos. Reproduce el TS su ya asentado parecer sobre la cuestión al aseverar que

como tenemos dicho diversas ocasiones, por ejemplo, en nuestra STS de 2 de octubre de 2013 (RC 3970/2010) quizá resulte aconsejable recordar también que, aun en el caso de existencia de los servicios urbanísticos que denotan la pertenencia al urbano, cuando éstos proceden de ejecuciones irregulares, esto es, al margen del planeamiento, no se impone su clasificación como urbanos, ya que se llegaría al resultado, jurídicamente inadmisibles, de que las ilegalidades urbanísticas se impondrían por la fuerza de los hechos.

También entra el Tribunal a resolver la cuestión de la infracción del artículo 15.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, debido a la ausencia del preceptivo informe o memoria de sostenibilidad económica, llegándose, como consecuencia de tal omisión, al mismo resultado estimatorio del recurso de casación y, por ende, anulatorio del PGOU de Marbella.

Señala el TS que

el referido Informe responde a un mandato con la finalidad de lograr un equilibrio entre las necesidades de implantación de infraestructuras y servicios y la suficiencia de recursos públicos y privados para su efectiva implantación y puesta en uso, funcionamiento y conservación. Se trata, en definitiva, de asegurar en la medida de lo posible y mediante una planificación adecuada, la suficiencia de recursos para hacer frente a los costes que la actuación ha de conllevar en orden a proporcionar un adecuado nivel de prestación de servicios a los ciudadanos.

Para continuar diciendo que

acreditada la ausencia del informe, procede analizar, si el mismo, a la vista de las determinaciones concretas del instrumento de ordenación litigioso resulta exigible. Ya hemos señalado, que su necesidad se conecta con las operaciones que el artículo 14.1 6 en sus dos apartados y el 14.2 del texto refundido de 2008, denomina actuaciones

de transformación urbanística, incluyendo las actuaciones de dotación y especificando el contenido de las actuaciones de urbanización.

Deduca el TS que no es necesario un estudio más exhaustivo del documento que pretende sustituir al informe y en el que el Ayuntamiento basa la defensa del cumplimiento del requisito legal,

para comprobar que no se cumplen en el mismo las finalidades perseguidas por el informe de sostenibilidad económica, ni se ajusta a su obligatorio contenido, ni contiene una sola referencia a la capacidad económica del municipio de hacer frente al coste económico que habrá de derivarse de la nueva ordenación incorporada en cada una de las nuevas determinaciones que el plan incorpora, determinaciones que, como hemos señalado comportan la puesta en marcha de servicios y dotaciones, infraestructuras y sistemas, cuya incidencia desde el punto de vista económico, no se afronta mínimamente, limitándose a su cuantificación sin ningún tipo de justificación y en forma global para el conjunto de la ejecución del planeamiento en su conjunto...

Hemos dejado para el final, de entre las cuestiones en que se basan las sentencias referidas para determinar la nulidad de la Revisión del PGOU de Marbella, aquella por la que *no resulta jurídicamente posible proceder a la alteración por el planificador de los mecanismos legales de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes urbanísticos, considerando como principio esencial la atribución de la misma a los promotores de las construcciones en contra de lo previsto en el artículo 19 del TRLS08.*

No puede ser más desafortunada la redacción del artículo 3.1.1.4.2.º de las Normas, en el que se señala que «De igual forma, no se sustraerán al cumplimiento de las obligaciones y deberes establecidos por la legislación urbanística, aún no siendo propietarios actuales, los promotores de aquellas actuaciones irregulares que el presente Plan asume mediante su adecuada normalización», añadiéndose en el 10.3.12.4 que «En ningún caso se entenderá que el promotor de la actuación irregular objeto de normalización ha quedado sustraído de las obligaciones y deberes establecidos por la obligación urbanística aplicable o exigibles para los actos de ejecución de las mismas, subsistiendo éstas hasta su total satisfacción».

Como no podía ser de otra manera, el TS entiende lo erróneo de ese planteamiento haciendo referencia a su *reiterada jurisprudencia, que hoy tiene su apoyo en el citado artículo 19 del TRLS08, según el cual* «la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario», por lo que «el nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones asumidas por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral».

Obvio es que las cargas cuya imposición se pretende, con independencia de su viabilidad jurídica, sólo corresponden a quienes, en la actualidad, figuran como propietarios o titulares de los inmuebles respecto de los que se haya producido un

pronunciamiento de ilegalidad, pues la imposición a quien no es propietario no tiene fundamento en el carácter estatutario de la propiedad urbana, y, menos aún, cuando la imposición se pretende por vía reglamentaria, como es la del planeamiento.

Esta atribución de cargas a los no propietarios rompe con el estatuto de la propiedad inmobiliaria, pues, sencillamente, se imponen obligaciones conectadas con la propiedad a quien ya no es propietario: el principio de la equidistribución de beneficios y cargas no puede convertirse en la finalidad del plan, antes bien, constituye su consecuencia necesaria.

Dicho todo lo anterior queda clara la nulidad de la Revisión del PGOU de Marbella llevada a cabo en el año 2010, es más, el Tribunal Supremo a lo largo de lo que llevamos de 2016 ha seguido dictando sentencias que reproducen punto por punto los argumentos de las que acabamos de comentar. Se ahonda más en la herida, que por otra parte sigue abierta, de un tema que debiendo servir de ejemplo de cómo superar y corregir los defectos y errores cometidos en el pasado, muy al contrario, ha servido para mantener prácticas y costumbres que hubieran de estar desterradas tras todo lo acontecido con el urbanismo en España y con el municipio de Marbella como bandera de lo urbanísticamente reprobable.

Daniel TERRÓN SANTOS  
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[datersa@usal.es](mailto:datersa@usal.es)