



Roj: **STSJ GAL 7212/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:7212**

Id Cendoj: **15030330022016100529**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **06/10/2016**

Nº de Recurso: **4523/2011**

Nº de Resolución: **596/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE MARIA ARROJO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00596/2016

PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 4523/2011

EN NO MBRE DEL REY

La Sección 002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

SENTENCIA

Ilmos. Sres. D.

JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA

JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ

A Coruña, seis de octubre de dos mil dieciséis.

En el recurso contencioso-administrativo que pende de resolución en esta Sala, interpuesto por D. Ildelfonso , D. Oscar , Dña. Montserrat , D. Jose Daniel , Dña. Diana , D. Amador , D. Dionisio , D. Horacio , D. Octavio , Dña. Noemi , Dña. María Rosario , D. Carlos Jesús , Dña. Emma , Dña. Milagrosa , D. Avelino , Dña. Adoracion , Dña. Enriqueta , D. Felipe y D. Lorenzo , representados por D. José María Moreda Allegue y dirigidos por D. Miguel García Iglesias, contra Decreto 187/2011 de 29 de septiembre de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, que acordó suspender parcialmente la vigencia del Plan General de Ordenación Urbana del Concello de Ourense de 1986 y aprobar la Ordenación urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento. Es parte como demandada la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, representada y dirigida por el Letrado de la Xunta de Galicia. Son partes codemandadas Desarrollos Comerciales de Ocios e Inmobiliarios de Ourense, S.A. representada por Dña. María Dolores Neira López y dirigida por D. Fernando González Gómez y el Ayuntamiento de Ourense, representado por D. Javier Bejerano Fernández y dirigido por Dña. Ana Blanco Nespereira. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y se mandó que por la parte recurrente se dedujese demanda, lo que realizó a medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho pertinentes, solicitó se dictase sentencia estimando íntegramente el recurso interpuesto.



SEGUNDO : Conferido traslado de la demanda a la Administración demandada y a las codemandadas se presentaron escritos de oposición con los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron procedentes, y se suplicó que se dictase sentencia desestimando el recurso.

TERCERO : Por providencia de 17 de septiembre de 2015 se dio traslado a las partes sobre el posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, dictándose auto de 3 de noviembre de 2015 acordando su planteamiento y siendo inadmitida la misma por auto del Tribunal Constitucional de 3 de febrero de 2016, declarándose los autos conclusos y dictándose providencia por la que se da traslado a las partes sobre la posible estimación del recurso, señalándose para su deliberación el 29 de septiembre de 2016.

CUARTO : En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : El presente recurso se dirige contra Decreto 187/2011 de 29 de septiembre de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, que acordó suspender parcialmente la vigencia del Plan General de Ordenación Urbana del Concello de Ourense de 1986 y aprobar la Ordenación urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento.

SEGUNDO : En el Suplico de la demanda se insta lo siguiente: "...se dicte sentencia estimatoria del recurso con los siguientes pronunciamientos: 1º.- Se anule la Disposición general recurrida, en lo concerniente a la ordenación urbanística provisional de los ámbitos de iniciativa privada AR-11-E; AR-14-E; AR-20-E; AR-36-E; AR-46-E; AR-06-b-N; AR-13-N; AR-16-N; AR-38-N; AR-40-b-N; AR-43-N; AR-14-b-O; Ar-16-O; AR-40-O; SURBZ08-C, por ser disconforme a derecho su ordenación en razón de los argumentos del recurso. 2ª.- Subsidiariamente, se anule la ordenación provisional del AR-36-E, por resultar disconforme a derecho. 3º.- Se condene en costas a las Administraciones demandadas si a estas justas pretensiones de opusieren"

TERCERO : Aspecto esencial para la decisión del tema litigioso es el relativo a la planteada omisión de información pública en el procedimiento de elaboración de la impugnada normativa de ordenación provisional. En sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de cinco de febrero de 2014, estimatoria del recurso de casación interpuesto contra sentencia de esta Sala, de 20 de enero de 2011, resolutoria del PO 4175/2007, se indicó en sus Fundamentos de Derecho SEGUNDO y TERCERO lo siguiente: "SEGUNDO: Distinta suerte ha de correr al segundo motivo de casación esgrimido, en el que se reprocha a la Sala de instancia haber infringido lo establecido en los artículos 9.2 y 105 a) de la Constitución, 62.2 y 86.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril de Régimen del Suelo y Valoraciones, por haber declarado ajustado a Derecho el Decreto autonómico 15/2007, de 1 de enero, impugnado, a pesar de que se omitió en el procedimiento para su aprobación el trámite de información pública, privando así a los ciudadanos de su participación en la elaboración de las disposiciones de carácter general, que les reconocen los preceptos invocados como infringidos en este segundo motivo de casación. Tanto el Tribunal a quo en la sentencia recurrida como la Administración autonómica demandada consideran que, dado el carácter cautelar y urgente del instrumento de ordenación impugnado, cuya finalidad es establecer el régimen urbanístico provisional del suelo en el municipio hasta que se aprueba la ordenación definitiva, no se precisa cumplir un trámite de información pública, que, dado el plazo de tres meses fijado por el artículo 96.3 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, resultaría de imposible cumplimiento. Antes de entrar al examen de los preceptos que requieren y exigen un trámite de información pública para garantizar la participación de los ciudadanos en la elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, es significativo resaltar el diferente modo de operar la propia Administración autonómica demandada, y ahora recurrida en casación, al tiempo de elaborar y aprobar el Decreto de suspensión del planeamiento y el establecimiento de normas urbanísticas provisionales para el municipio de O Grove, en que se cumplió el trámite de información pública, que tuvimos ocasión de enjuiciar en nuestra Sentencia de fecha 16 de noviembre de 2010 (recurso de casación 1457/2006). Igualmente es destacable que tal ordenamiento urbanístico puede llegar a tener vigencia, como en el caso enjuiciado (más de cuatro años), durante un prolongado periodo, lo que pone en entredicho su carácter provisional. En contra del parecer de la Sala de instancia, ninguna trascendencia tiene para enjuiciar el defecto o carencia del trámite de información pública la Sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 1992 (recurso de apelación 5081/1990), que para nada aborda, aunque se trate de unas Normas Subsidiarias aprobadas como consecuencia de la suspensión de la vigencia de un Plan General, la cuestión relativa al trámite de información pública. Por lo contrario, guardan relación con la cuestión ahora examinada las Sentencias de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de fechas 16 de diciembre de 1999 (recurso de



casación 1402/1994) y 7 de febrero de 2000 (recurso de casación 1423/1994), en las que expresamos que el artículo 70.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 exige en la declaración de urgencia de la tramitación establecida en el artículo 41 del mismo texto legal , para insistir en que, según aquel precepto, en casos de urgencia no es necesaria la audiencia prevista en este artículo. De ese criterio jurisprudencial cabría deducir que en casos de urgencia, cual es la suspensión de la vigencia del planeamiento vigente para aprobar en un plazo perentorio (en este caso tres meses según el ordenamiento autonómico) unas normas provisionales hasta tanto se aprueba la ordenación urbanística definitiva, no es necesario respetar el trámite de información pública. De tal tesis nos separamos ahora abiertamente, porque el trámite de información pública, como medio para la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas, es inexcusable por imperativo de lo establecido en los artículos 9.2 y 105 a) de la Constitución , 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones , que en la actualidad, reitera el artículo 11 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo , y el artículo 11 de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio , cualquiera que sea la naturaleza, provisional o definitiva, de las disposiciones urbanísticas y el plazo en que hayan de ser aprobadas, al que deberá ajustarse la información pública. Ese carácter ineludible del trámite de información pública en la aprobación de las disposiciones administrativas ha sido remarcado por la doctrina jurisprudencial más reciente, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 4 de mayo de 2007 (recurso de casación 7450/2003 , 10 de diciembre de 2009 (recurso de casación 4384/2005), 28 de junio de 2012 (recurso de casación 3013/2010), 13 de mayo de 2013 (recurso de casación 3400/2009) y 25 de septiembre de 2013 (recurso de casación 6557/2011), habiendo declarado en las dos primeras que el que una Ley, en este caso la Ley autonómica gallega 9/2002, de 30 de diciembre, no establezca expresamente el trámite de información pública, no es razón para no exigirlo inexcusablemente al venir impuesto por otras disposiciones con rango de Ley, que lo hacen obligatorio para una mejor protección de los intereses generales, constitucionalmente amparados en los artículos 9.2 y 105 a) de la Constitución , 3.5 y 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 24.1 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno . En conclusión, el segundo motivo de casación invocado debe ser estimado por las razones que acabamos de exponer. Tercero.- la estimación del segundo motivo de casación comporta la declaración de haber lugar al recurso interpuesto, con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, y nuestro deber de resolver lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate , según dispone el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa , que se ciñen a resolver si el Decreto autonómico impugnado 15/2007, de 1 de febrero, por el que se suspende la vigencia de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Barreiros y se aprueba la Ordenación Urbanística Provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento, es ajustado o no a Derecho. Por las razones expuestas al estimar el segundo motivo de casación invocado, debemos declarar que el indicado Decreto autonómico 15/2007, de 1 de febrero, es nulo de pleno derecho, ya que, como acabamos de declarar en nuestra Sentencia de 7 de enero de 2014 (recurso de casación 3345/2010), y constituye doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencia de 28 de octubre de 2009 -recurso de casación 3793/2005 - entre otras), los defectos procedimentales cometidos en la aprobación de las disposiciones de carácter general, cual es el Decreto autonómico impugnado, tienen trascendencia sustancial, y, en consecuencia, conforme a lo dispuesto en los artículos 62.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre , acarrear su nulidad radical o de pleno derecho, de manera que el recurso contencioso-administrativo deducido en la instancia debe ser estimado, según lo establecido concordadamente en los artículos 68.1 b) , 70.2 , 71.1 a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ."

También es de significar que el Tribunal Constitucional, en Auto de fecha 3 de febrero de 2016 , por el que se inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada en este proceso, vino a apuntar en su Fundamento Jurídico 3 sobre el artículo 96 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre , de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia lo siguiente: "...El auto de planteamiento señala que el art. 96 LOUGA contradice el art. 11.1 TRLS, por lo que vulnera los números 1,13,18 y 23 del art. 149.1 CE . Examinar esta cuestión requiere partir de que el art. 11.1 TRLS, al prever que "todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas deben ser sometidos al trámite de información pública", es una norma que encuentra amparo en una o varias de las competencias estatales invocadas por el órgano judicial (SSTC 141/2014 y 227/1988). Asentada esta premisa, procede examinar si hay contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa entre ambos preceptos. Lo primero que interesa a este efecto es si el art. 96 LOUGA regula una medida cautelar o una disposición normativa. Solo en este segundo caso podría haber contradicción. De su lectura se desprende que en él se disciplinan dos figuras. De un lado, la suspensión de la ordenación urbanística cuando ésta se pretende cambiar, y de otro, una ordenación urbanística provisional en tanto que la nueva ordenación se aprueba y entra en vigor. La primera de ellas -la suspensión de la ordenación vigente- no persigue ordenar el término municipal sino evitar los efectos perniciosos del planeamiento vigente mientras se elabora el nuevo, por lo que tendría la naturaleza de medida cautelar. Por el contrario, y en este sentido se manifiesta la citada Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 5



de febrero de 2014 , la ordenación urbanística provisional sí es una verdadera disposición normativa, pues establece una reglamentación urbanística de determinadas áreas territoriales. No se puede negar su conexión con el proceso de cambio de ordenación urbanística, pero tampoco su eficacia normativa durante todo ese periodo intermedio, que incluso no tiene límite temporal en la redacción del art. 96 LOUGA, prolongándose en la práctica durante años. Siguiendo con esta distinción, se aprecia que el art. 96 LOUGA, en sus tres apartados, regula el procedimiento del acuerdo de suspensión, pero no el de la ordenación provisional, respecto de la que se limita a decir que "Con el acuerdo de suspensión... se aprobará la ordenación provisional, que se publicará en el Diario Oficial de Galicia y estará vigente con carácter transitorio hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento". Silencia, por tanto, toda previsión sobre su procedimiento. Por ello, pareciera que el art. 96 LOUGA no regula un procedimiento especial de elaboración de esta disposición normativa, de donde se deriva que, como resalta la referida sentencia de 5 de febrero de 2014 , "el que una Ley, en este caso la Ley autonómica gallega 9/2002, de 30 de diciembre, no establezca expresamente el trámite de información pública, no es razón para no exigirlo inexcusablemente al venir impuesto por otras disposiciones con rango de Ley que lo hacen obligatorio para una mejor protección de los intereses generales, constitucionalmente amparados en los arts. 9.2 y 105 a) CE , 3.5 y 86 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , y 24.1 c) de la Ley 50/1997, del Gobierno ". Conforme a este planteamiento, queda claro que no hay contradicción efectiva e insalvable por vía interpretativa entre los preceptos estatal y autonómico indicados, lo que determina que la presente cuestión deba considerarse notoriamente infundada, según ha configurado este concepto la doctrina constitucional (ATC 121/2015, de 7 de julio , FJ 2), y expresamente indicamos en el ATC 23/2016 , FJ3. Llegados a la conclusión de que el art. 96 LOUGA no impide que, en aplicación de la disposición estatal básica reseñada, se confiera a los afectados por la ordenación provisional, durante la elaboración de ésta, un trámite de información pública, este precepto no resulta en absoluto contrario a los art. 9.2 y 105 a) CE , por lo que esta segunda duda de constitucionalidad debe seguir la misma suerte que la anterior."

Así, partiendo de lo anteriormente expresado en las mencionadas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, es obligado destacar que en el caso aquí examinado, ha sido omitido el trámite exigible de información pública en relación al procedimiento de aprobación de la normativa provisional de ordenación, sin que pueda ser confundida con aquel trámite la mera publicación del acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias e incoación de procedimiento, ya que si conforme a lo antes apuntado es exigible una verdadera información pública la misma ha de comprender precisamente los diversos elementos de la ordenación o planeamiento urbanístico de cuya aprobación se trata y con indicación de plazo de alegaciones y adopción de condiciones adecuadas para la participación, debiéndose recordar que en la ordenación provisional finalmente aprobada se incorporan no sólo determinaciones del PXOM de 2003 sino también modificaciones y desarrollos posteriores. En consecuencia y siguiendo el criterio expresado en la referida sentencia del Tribunal Supremo de cinco de febrero de 2014 , el defecto procedimental advertido en la aprobación de la disposición general como es el Decreto autonómico impugnado, tiene trascendencia sustancial y acarrea su nulidad radical o de pleno derecho conforme a lo previsto en el artículo 62.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre , lo que así ha de ser declarado como motivo estimatorio, cuya naturaleza y alcance excluye ya el examen de las restantes cuestiones planteadas. Es de apuntar que el pronunciamiento anulador afecta, según lo expuesto, a la ordenación provisional, pero también y como consecuencia, al acuerdo de suspensión alcanzado, dada la obligada interconexión entre la ordenación provisional y el acuerdo de suspensión, sin que este último pueda subsistir sin la coetánea existencia de tal ordenación provisional, cuando el propio sentido, significado y alcance de la suspensión, conecta, según se reconoce expresamente en la propia disposición impugnada, con el contenido de la ordenación provisional, por lo que desaparecida esta última, el acuerdo de suspensión, adoptado finalmente en procedimiento afectado por el apuntado defecto determinante de nulidad, queda desprovisto de base y por tanto deviene nulo. En consecuencia, procede la estimación del presente recurso contencioso administrativo y la correspondiente declaración de nulidad de pleno derecho del impugnado Decreto, si bien por motivo de congruencia el alcance anulador, ha de hacerse coincidir en este concreto recurso con la pretensión formulada por la actora relativa a la anulación de dicho Decreto en lo concerniente a la ordenación urbanística provisional de los ámbitos de iniciativa privada AR-11-E; AR-14-E; AR-20-E; AR-36-E; AR-46-E; AR-06-b-N; AR-13-N; AR-16-N; AR-38-N; AR-40-b-N; AR-43-N; AR-14-b-O; AR-16-O; AR-40-O y SURBZ08-C, anulándose, en su integridad dicho Decreto, en otras sentencias de esta Sala dictadas en esta misma fecha, como la resolutoria del PO 4395/12 .

CUARTO : En atención a la redacción del artículo 139. 1 L.J . 98, vigente en la fecha de interposición del presente recurso contencioso-administrativo, no se efectúa imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:



Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Ildelfonso , D. Oscar , Dña. Montserrat , D. Jose Daniel , Dña. Diana , D. Amador , D. Dionisio , D. Horacio , D. Octavio , Dña. Noemi , Dña. María Rosario , D. Carlos Jesús , Dña. Emma , Dña. Milagrosa , D. Avelino , Dña. Adoracion , Dña. Enriqueta , D. Felipe y D. Lorenzo , contra Decreto 187/2011 de 29 de septiembre de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, que acordó suspender parcialmente la vigencia del Plan General de Ordenación Urbana del Concello de Ourense y aprobar la Ordenación urbanística provisional hasta la entrada en vigor del nuevo planeamiento y conforme a lo instado anular el referido Decreto 187/2011, en lo concerniente a la ordenación urbanística provisional de los ámbitos de iniciativa privada AR-11-E; AR-14-E; AR-20-E; AR-36-E; AR-46-E; AR-06-b-N; AR-13-N; AR-16-N; AR-38-N; AR-40-b-N; AR-43-N; AR-14-b-O; AR- 16-O; AR-40-O y SURBZ08-C; sin hacer especial condena en costas.

Contra esta Sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la Ley jurisdiccional , que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha Ley .

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.