

**SECCION SEGUNDA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA CON SEDE EN SEVILLA**

PRADO DE SAN SEBASTIÁN S/N, EDIFICIO AUDIENCIA , PLANTA 6ª, SEVILLA

N.I.G.: 4109133020140002209

Procedimiento: Procedimiento ordinario- Nº 501/2014 Negociado: JA

Proc. Origen:

De: PARQUES VEINTIUNO HOTEL S.L. Y PARQUES VEINTIUNO OFICINAS S.L.

Representante: [REDACTED]

Contra: AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA

Representante: [REDACTED]

Codemandado: IICE PARQUE COMERCIAL JEREZ XXI, S.L

Representante: [REDACTED]



PROVIDENCIA

ILMO. SR. [REDACTED]

En SEVILLA a veintiocho de marzo de dos mil dieciséis.

Dada cuenta; se señala para votación y fallo del presente Recurso el próximo día 31 de marzo de 2016.

Contra la anterior resolución cabe interponer Recurso de **Reposición** en el plazo de **cinco días**, debiendo acompañar al escrito en que se interponga, la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección nº **4067 0000 20 050114** del depósito para recurrir por cuantía de 25 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo acuerda la Sala y firma el Ilmo/a Sr/a [REDACTED] e Presidente/ade esta Sección.

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

SENTENCIA

ILMOS. SRES:



Sevilla a treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis.

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 contencioso administrativo nº. 501/2014, seguido entre las siguientes partes, como demandante la entidad mercantil Parques Veintiuno Hotel S.L. y Parques Veintiuno Oficinas S.L.. representadas por el Procurador [REDACTED] y como demandados el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, representado por la Procuradora [REDACTED] y IICE Parque Comercial Jerez XXI, S.L.U, representada por el Procurador [REDACTED]. De cuantía indeterminada. Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. Sr. [REDACTED] 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.- 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 la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera de 27 de junio de 2014, por la que se aprueba definitivamente el Plan Especial Parque Comercial Luz Shopping.

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

El plan especial es inadecuado para la finalidad pretendida, pues es una figura de planeamiento destinada a determinadas finalidades de ordenación específicas, que aparecen enumeradas en el art. 14 de la LOUA y, es evidente, que el plan especial tramitado no responde a ninguna de dichas finalidades ni a ninguna análoga a ellas. Como también es evidente que no responde a las finalidades previstas en el plan general que se mencionan en la memoria del plan especial. Ni el suelo sobre el que se proyecta el plan especial es un suelo urbano no consolidado ni se pretende redactar un plan especial de reforma interior.

Ejercicio desviado de la función planificadora, falta de motivación . Con la aprobación del plan especial el Ayuntamiento se pliega a los intereses particulares del promotor de un complejo comercial y promotor de la figura de planeamiento, poniendo a su servicio su potestad de planeamiento. Esta potestad no se destina a la finalidad que le es propia (la ordenación de la ciudad de acuerdo con el interés general) sino pura y simplemente a dar seguridad jurídica a una inversión que ya se ha hecho de forma efectiva.

Omisión del preceptivo informe comercial. En este sentido el art. 34 del Real Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo (en la versión vigente en el momento en que se aprobó inicialmente el plan especial) somete la aprobación o modificación de dichos instrumentos a la emisión de un informe comercial emitido por el órgano competente en materia de comercio interior de la Comunidad Autónoma. Este informe que tiene carácter preceptivo (aunque no vinculante según resulta del art. 34.3 de la misma disposición normativa) no ha sido solicitado, incurriendo con ello, en un vicio de procedimiento que determina la nulidad.

Por la dirección jurídica del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, en su escrito de contestación a la demanda, se solicita la desestimación del recurso y se alega que el plan especial ha operado una innovación de la ordenación urbanística establecida en la Modificación Puntual nº. 31 del anterior plan general y más concretamente de la ordenación pormenorizada potestativa. La actuación de la Administración , lejos de constituir una desviación de poder, lo que ha hecho es reconocer y permitir el ejercicio de un derecho, como es el de iniciativa privada reconocido tanto con carácter general en la Constitución (art. 38), como de modo específico en el Texto Refundido de la

Ley del Suelo.

El informe de la Administración autonómica fue desfavorable por la clasificación del suelo urbanizable, pero resulta obvio que aunque inicialmente los terrenos aparecieron clasificados como suelo urbanizable, con el cumplimiento de las determinaciones establecidas en dichos instrumentos de planeamiento, los terrenos alcanzaron en su día la consideración jurídica de solar, y los solares una vez edificados pasaron a formar parte de la ciudad consolidada, de manera que los terrenos no constituyen ya suelo urbanizable, sino suelo urbano consolidado o urbanizado.

Por lo que se refiere al estudio económico financiero lo primero que hay que reseñar es que dicho instrumento tiene por finalidad, la evaluación y cuantificación de los medios económicos necesarios para poder llevar a efecto la ejecución del plan, si bien, resulta que al tiempo de la incoación del expediente administrativo para la tramitación y aprobación del plan especial impugnado, las obras de urbanización ya habían concluido y los terrenos ya tenían la consideración de suelo urbano consolidado o suelo urbanizado, además el alcance o contenido de la innovación que se contiene en el mismo, no implica la realización de ningún tipo de obra, por lo que resulta obvio que la ejecución de sus determinaciones no requiere la previsión de ninguna inversión, y consecuentemente el estudio económico financiero resulta innecesario. El informe comercial es innecesario, pues la implantación del centro comercial denominado Luz Shopping cuenta con el preceptivo informe comercial previsto en la Ley de Comercio Interior de Andalucía, y se emitió con ocasión de la tramitación y aprobación de la Modificación Puntual nº. 31 del plan general.

La parte codemandada en su contestación a la demanda, solicita igualmente la desestimación del recurso y alega en síntesis que el plan especial se ha limitado, exclusivamente, a redistribuir las edificabilidades entre diversas parcelas, sin afectar ni al aprovechamiento urbanístico, ni a las edificabilidades globales, encontrándose ya, con anterioridad a su tramitación, ejecutadas y recibidas las obras de urbanización, cedidas las zonas verdes y libres y configuradas urbanísticamente las parcelas como solares, dotadas, por lo tanto, de los servicios urbanísticamente exigidos. La aprobación del plan especial, en todo caso, ha tenido por objeto dar cumplimiento a las sentencias, tramitando el instrumento de planeamiento idóneo que éstas exigían para llevar a cabo la redistribución de edificabilidades entre las parcelas del Parque Comercial.

TERCERO.- La potestad de planeamiento de la Administración ha de conectarse con la tendencia y finalidad de satisfacción de intereses públicos, tal y como dispone constitucionalmente el art. 103 de la Carta Magna y recoge como norma positiva el art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. 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 ". Ahora bien, la potestad de planificación que es un diseño urbanístico de futuro, es esencialmente discrecional lo que implica decidir desigualdades entre diferentes alternativas, eso sí, que deben ser igualmente justas. Por ello, la discrecionalidad es susceptible de ser enjuiciada para controlar que la actuación administrativa responde a su finalidad, como reza el art. 106.1 de la Constitución. En el supuesto que se enjuicia la motivación se recoge en el acuerdo de aprobación definitiva aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, en el que de conformidad con la Memoria del Plan Especial, se indica "que se trata de un instrumento de planeamiento que se tramita a instancia de parte interesada y el análisis que procede realizar del documento técnico debe circunscribirse a un control de estricta legalidad, comprobando si se producen o no afecciones al interés público... el Plan Especial, únicamente pretende modificar la volumetría pormenorizada definida en el Plan General, reajustando las edificabilidades asignadas sin provocar su aumento, por tanto únicamente modifica determinaciones pertenecientes a la ordenación pormenorizada potestativa prevista en el Plan General. En definitiva como se señala en los informes elaborados, se trata de que dentro de un mismo parque comercial, sin afectar a suelo público, y operando estrictamente dentro de parcelas privadas de un mismo propietario, y sin afectar a colindantes, el propietario pretende modificar el diseño urbanístico arquitectónico planteado en origen concentrando más edificabilidad en una zona de ese parque comercial y para ello, al estar el parque comercial dividido por viario y no formar una única manzana, insta la tramitación de un instrumento de planeamiento de desarrollo que habilite dicho objetivo. Los intereses públicos en este caso no se ven afectados, ni mejoran ni empeoran, y por lo tanto, en estas circunstancias denegar la aprobación del Plan Especial significaría cercenar la posibilidad legítima del propietario del suelo de modificar el diseño arquitectónico pretendido, innovando la ordenación establecida en el Plan General, tal y como se establece en el art. 36 de la LOUA, donde se reconocen, entre otras, las innovaciones que pueden operar los planes especiales con respecto a la ordenación pormenorizada potestativa. Finalmente y para concluir esta cuestión simplemente resta añadir que para denegar la aprobación del instrumento de planeamiento presentado, debería de haberse constatado la existencia de una contradicción con lo establecido en las leyes o en la normativa urbanística municipal , que de lugar a una actividad irregular o defectuosa, en definitiva a una arbitrariedad, una irracionalidad o una injusta distribución de beneficios y cargas, y ciertamente nada de esto se ha acreditado, por lo que al no concurrir ninguna de las circunstancias referidas, debe considerarse que el propietario tiene libertad para elegir en que puede diseñar la configuración del complejo comercial, y ello, al

amparo de lo previsto en el art. 14.3 de la LOUA, según el cual: “ Los Planes Especiales desarrollan y complementan las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbanística, pudiendo modificar las pertenecientes a su ordenación pormenorizada potestativa”. Y no obsta para ello el hecho de que la ordenación establecida en el Estudio de Detalle aprobado en su día, haya resultado anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, pues tal anulación ha obedecido no a que la ordenación sea en sí misma contraria a derecho, sino que un Estudio de Detalle no es el instrumento de planeamiento adecuado para establecer la modificación de la ordenación pormenorizada que ya estaba establecida con anterioridad”.

CUARTO.- Lo anterior justifica de por sí y sobradamente la tramitación y aprobación definitiva del plan especial. El referido plan especial se inició incluso con anterioridad al dictado de la sentencia de esta Sala de 19 de septiembre de 2013, que procedió a declarar la nulidad del Estudio de Detalle de las parcelas TI-TIA-TIB-TID-TIE, T2A-T2B-T2C-T2D-T2E-T2F-T2G-T2H-T2I-T2J Y T3A-T3B-T3C-T3D de la Modificación Puntual nº. 31 del plan general de Jerez de la Frontera, por lo que es evidente que se pretendía otorgar cobertura jurídica urbanística ante el temor fundado, como el tiempo demostró, de la eventual nulidad del estudio de detalle, pero de ello, en modo alguno puede extraerse la conclusión de que el plan especial no cumpla con las finalidades que le asigna la Ley 7/2002 y, menos aún, que haya sido dictado con la finalidad de eludir el dictado de la sentencia de esta Sala, pues precisamente la aprobación definitiva del plan especial viene a sustituir el vacío jurídico urbanístico producido por la nulidad declarada del estudio de detalle, en consonancia con el dictado de la sentencia. Afirmar como se desprende de la demanda, la imposibilidad de la tramitación y aprobación del plan especial, sería tanto, como negar la potestad de planeamiento.

En la demanda se incide en que el Informe de la Administración autonómica señala que : “El presente plan especial se informa desfavorablemente, por no constituir el instrumento idóneo para la modificación de la ordenación pormenorizada de sectores de suelo urbanizable, pudiendo reconducirse su objeto mediante la formulación de un Plan Parcial de Ordenación”. Sin embargo, debe afirmarse la condición urbana del suelo, pues si bien, en un principio y en virtud de la Modificación Puntual nº. 31 del anterior plan general de 1995, los suelos están clasificados como suelo urbanizable ordenado, no debe olvidarse que las determinaciones urbanísticas de la modificación del plan general , han sido ejecutadas a lo largo del tiempo transcurrido, debido a que se estableció la ordenación pormenorizada, se aprobó el proyecto de reparcelación de equidistribución de beneficios y cargas y se aprobó el proyecto de urbanización. Por tanto, se cumplieron las obligaciones urbanísticas y las debidas cesiones, asumiendo los suelos la condición de solares edificables y dotaciones públicas. Como se indica en la contestación a la demanda , los suelos se encuentran prácticamente edificados y las dotaciones entregadas al uso público, por lo que no

ofrece duda la consolidación del sector. A mayor abundamiento la entidad urbana de los suelos se manifiesta en la anterior actuación urbanística realizada al amparo del estudio de detalle declarado nulo judicialmente. Efectivamente el estudio de detalle, como tal instrumento urbanístico tiene por objeto completar o adaptar algunas determinaciones del planeamiento en áreas de suelos urbanos, así se establece en el art. 15 de la Ley 7/2002, sin que por ello, pueda albergarse duda alguna de la naturaleza urbana de los terrenos, que por otra parte no fue cuestionada ni en el proceso ni en la sentencia de esta Sala, que declaró la nulidad del estudio de detalle.

QUINTO.- Lo expuesto determina la posibilidad jurídica y, por ende, la legalidad de la aprobación definitiva del plan especial, por la naturaleza urbana de los terrenos y, ello, deriva a considerar a su vez, dentro de los parámetros de legalidad, si el plan especial cumple las finalidades que se le son asignadas en el art. 14 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre. Pese a que la demanda afirma que no se cumplen las finalidades del art. 14.1 de la normativa referida, debe de recordarse que el art. 14.3 establece que los planes especiales desarrollan y complementan las determinaciones del Plan General de Ordenación, pudiendo modificar las pertenecientes a su ordenación pormenorizada potestativa y, a ello, puede anudarse como finalidad del apartado h) en relación con la finalidad del apartado b) del art. 14.1, en cuanto a la conservación, protección y mejora del medio urbano, precisamente el objeto que ha tenido el plan especial, concretamente, la innovación de la ordenación urbanística establecida en la Modificación Puntual nº. 31 del anterior plan general y, en especial, de la ordenación pormenorizada potestativa, en la medida en que se ha procedido a la redistribución de las edificabilidades de las parcelas integrantes del Parque Comercial propiedad de la parte codemandada, previamente ordenadas pormenorizadamente por la Modificación del plan general, dando lugar al incremento de la edificabilidad de la parcela T2, que pasó de tener 12.002 m²t a 16.056 m²t, por tanto, 4.054 m²t adicionales, que fueron detraídos de otras parcelas propiedad de la parte codemandada.

En lo referente a la falta de estudio económico financiero, debe indicarse que el referido estudio tiene por finalidad la evaluación y cuantificación de los medios económicos necesarios para poder llevar a cabo la ejecución del plan, así se dispone en el art. 42 del Reglamento de Planeamiento y 19 de la Ley 7/2002, pero como con acierto se indica en la contestación a la demanda por la dirección jurídica del Ayuntamiento, con anterioridad a la aprobación del plan especial, las obras de urbanización estaban concluidas y, por ende, los terrenos tenían la consideración de urbanos, al tiempo que la innovación no requería de obra alguna que requiriera inversión, por lo que ha de concluirse la innecesariedad del mentado documento.

La alegación de la falta de informe comercial del plan especial y la consecuencia de anulabilidad del mismo que se pretende en la demanda no puede prosperar, debido a que el informe

comercial previsto en el art. 34 del Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, se emitió respecto de la tramitación y aprobación de la Modificación Puntual n°. 31 del plan general. Como se expuso con anterioridad el plan especial supuso una modificación de la ordenación pormenorizada potestativa, que en modo alguno constituye un aumento de la superficie comercial preestablecida, permaneciendo invariable la edificabilidad total prevista en la Modificación Puntual n°. 31, sin aumentar la posibilidad edificatoria. En definitiva, no se trata de implantar un nuevo centro comercial, ni una nueva ordenación de usos, pues el centro comercial y los usos ya están establecidos desde la Modificación Puntual, por lo que el precepto referido no es de aplicación en relación con el plan especial, sino que lo fue respecto a la Modificación Puntual, tal y como se acredita con la documentación que sobre el mismo se aporta con la contestación a la demanda.

En base a lo anteriormente expuesto procede la desestimación del recurso.

SEXTO.- Procede la condena en costas de la parte actora, al haber sido desestimada su pretensión, sin que pueda reclamarse por las partes demandadas conjuntamente y por todos los conceptos mayor cantidad de [REDACTED] dada la índole y complejidad del pleito.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución que se recoge en el fundamento primero de la presente sentencia, la que confirmamos por ser acorde con el Orden Jurídico. Condena en costas en los términos expresados. 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.