



Roj: **STS 3669/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:3669**

Id Cendoj: **28079130052013100239**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **26/06/2013**

Nº de Recurso: **2986/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4655/2010,**
STS 3669/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación 2986/2010 interpuesto por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**, asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, y por la Asociación CODA- ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, representada por la Procuradora D^a. Virginia Sánchez de León Herencia y asistida de Letrado, y promovido contra la Sentencia dictada el 26 de marzo de 2010 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Recurso Contencioso-Administrativo 668/2008, sobre Procedimiento para las Modificaciones Puntuales No Sustanciales de Planeamiento Urbanístico.

Ha sido ---también--- partes recurridas la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** representada por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, y la asociación **CODA-COLOGISTAS EN ACCIÓN**, representada por la Procuradora D^a. Virginia Sánchez de León y asistida de Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, se ha seguido el Recurso Contencioso-administrativo 668/2008, promovido por la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** y en el que fue parte demandada la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**, contra el Decreto 92/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan las modificaciones puntuales no sustanciales de planeamiento urbanístico.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia, con fecha de 26 de marzo de 2010, del tenor literal siguiente:

"FALLAMOS: Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA, contra el Decreto 92/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan las modificaciones puntuales no sustanciales de Planeamiento Urbanístico, anulando únicamente el número 2 del artículo 1, por no ser conforme al ordenamiento jurídico, y desestimando el recurso en todo lo demás. Sin costas".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por las representaciones de la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** y de la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** se presentaron sendos escritos preparando recurso de casación, los cuales fueron tenidos por preparados en Providencia de la Sala de instancia de fecha 5 de mayo de 2010, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, juntamente con el expediente, previo emplazamiento de las partes para ante el mismo Tribunal Supremo, por término de treinta días.



CUARTO.- Emplazadas las partes, la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que, en fecha 22 de junio de 2010, formuló el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual, tras exponer los motivos que consideró oportunos, solicitó a la Sala se dictase sentencia dando lugar al recurso de casación, casando y anulando la resolución recurrida con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho.

Por la representación de la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID**, se presentó escrito en fecha 7 de julio de 2010 formulando el escrito de interposición del recurso de casación, y tras exponer los motivos que estimó de aplicación, solicitó a la Sala se declare haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida y dictando una nueva declarando conforme a Derecho el Derecho 92/2008, de 10 de julio del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

QUINTO.- Por Auto de esta Sala de 16 de diciembre de 2010 fueron admitidos a trámite los recursos de casación, acordándose la remisión de las actuaciones a esta Sección Quinta y, por nueva Providencia de 28 de febrero de 2011, se ordenó entregar copia de los escrito de formalización del recurso a la representación de las comparecidas como recurridas, COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID y ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA, para que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, poniéndole de manifiesto las actuaciones en la Secretaría de la Sala; oposición que formalizó la Letrada de la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** mediante escrito presentado el 13 de abril de 2011, en el que solicitó se declare la inadmisión o desestimación del recurso de casación formulado de contrario, confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, con imposición de las costas a la parte recurrente.

Por la Asociación **ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA**, se presentó escrito en fecha 13 de abril de 2011 formalizando el escrito de oposición y solicitando la desestimación del recurso de casación interpuesto, con imposición de condena en costas a la Comunidad Autónoma de Madrid.

SEXTO.- Por providencia de fecha 13 de mayo de 2013 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 11 de junio de 2013, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente Recurso de Casación 2986/2010 la sentencia que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó en fecha de 26 de marzo de 2010, en su Recurso Contencioso-administrativo 668/2008, por medio de la cual se estimó parcialmente el formulado por la Asociación **ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA** contra el Decreto 92/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regulan las modificaciones puntuales no sustanciales de planeamiento urbanístico.

La estimación, parcial, del recurso resolvió únicamente la anulación del número 2 del artículo 1, por no ser conforme al Ordenamiento jurídico, desestimando el recurso en todo lo demás.

SEGUNDO .- Como decimos, la Sala de instancia estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado por la Asociación **ECOLOGISTAS EN ACCIÓN-CODA**, se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, tanto respecto de la estimación expresada como respecto de las restantes argumentaciones de la recurrente que fueron rechazadas:

A) En primer término se planteó la nulidad en su totalidad de la Disposición reglamentaria recurrida, al haberse vulnerado las normas reguladoras de la elaboración de las normas reglamentarias, por razón de que la memoria económica no cumplía con el contenido mínimo exigido a tal fin por el artículo 24.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que exige que al proyecto de reglamento se acompañará una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

La Sala de instancia señaló que *"El motivo no puede ser acogido, puesto que según se expresa en el documento titulado estudio económico obrante al folio 3 de expediente y firmado por el Director General de Urbanismo y Estrategia Territorial, el Reglamento no supone asunción de gasto alguno para la Comunidad de Madrid, ni supone incremento de tareas propias de los técnicos de la Comunidad, y sucede que cuando el art. 24.1.a) de la Ley del Gobierno impone que al proyecto de reglamento se acompañe una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar, ha de entenderse referido al incremento del gasto público o a la disminución de ingresos y no a otra clase de repercusiones. Por ello, que se establezca un procedimiento abreviado para la aprobación de determinadas modificaciones de los planes generales, que ya era un cometido*



de la propia Comunidad, es neutro desde el punto de vista del gasto público y, en estos casos, la memoria económica puede limitarse a señalar, como aquí ocurre, que la disposición no supone incremento del gasto".

B) En relación con la vulneración del principio de seguridad jurídica, que se habría producido por falta de concreción y precisión en la redacción de Decreto, a la hora de determinar la noción de "modificaciones puntuales no sustanciales", que constituye el ámbito de aplicación del artículo 57.f) de la Ley 9/2001, de 17 de julio —modificada por la Ley 7/2007, de 21 de diciembre— (LSM), la sentencia de instancia señala:

"A decir verdad, la práctica totalidad del art. 1 del Decreto se dedica a precisar su ámbito de aplicación, con inclusión de las definiciones y de los requisitos; que el resultado conseguido pueda presentar problemas interpretativos derivados del grado de indeterminación inherente al lenguaje (de las alternativas de los significados lingüísticos) no comporta, por lo general, la vulneración de la seguridad jurídica, sino que las precisiones vendrán de mano de la doctrina o de la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales, constituyendo ésta de la interpretación una tarea habitual de los juristas".

Tras reproducir los tres apartados del artículo 1º del Decreto impugnado, añade: " En opinión de la actora no está claro el sentido de las expresiones "escasa entidad" y "alcance reducido y local", señalando que si se observa la definición resultante de los números 1º, 2º y 3º del art. 1 no se regula con precisión la posibilidad de la afectación de la clasificación a través del procedimiento objeto de regulación. Se trataría, así, de un problema de vaguedad por insuficiencia de información que dificultaría determinar cuándo resulta aplicable el procedimiento especial. Pero sucede que el propio precepto intenta acotar con requisitos y excepciones la propia definición inicial que constituye el punto de arranque (que viene conformada por conceptos jurídicos indeterminados). En orden a los requisitos añadidos a la definición, incluye determinadas magnitudes cuantitativas, y por lo que hace a las excepciones, excluye de su campo aplicativo las modificaciones que tengan incidencia negativa en el medio ambiente, la movilidad o las infraestructuras. Que el resultado sea o no plausible, por la sola razón de que requiera interpretación, es inocuo para combatir la validez de la disposición.

Por lo demás, en la cultura jurídico urbanística se han venido distinguiendo tres clases de alteraciones de los planes: la revisión, la modificación cualificada y la modificación ordinaria y, de acuerdo con ello, la LSM enuncia en el art. 68 los supuestos en que las alteraciones han de llevarse a cabo a través de la revisión, excluyendo, a su vez, en el art. 69, que la modificación de los planes pueda afectar a la clasificación o suponer disminución de zonas verdes y espacios libres. Cuando no se trate de supuestos en que las alteraciones han de ser tramitadas como revisiones, sino de modificaciones, cabe hablar de modificaciones cualificadas o sustanciales (cuando, por ejemplo, se incremente la edificabilidad) y de modificaciones concretas, aisladas o puntuales, que son precisamente las contempladas en el art. 57.f) de la LSM que es objeto de desarrollo.

En el proyecto inicial de reglamento se incluían, a la hora de definir las modificaciones puntuales, los cambios en la clase de suelo en determinados casos (de acuerdo con porcentajes en relación con la población), pero dicha previsión fue suprimida del texto del borrador ya antes de ser remitido para dictamen del Consejo de Estado, no siendo correcto afirmar, por tanto, que la reclasificación del suelo es posible a través del procedimiento simplificado".

C) Sobre la concreta impugnación del número 2 del artículo 1º del Decreto —aspecto respecto del que el recurso fue estimado—, la Sala señala que "llegados a este punto, el problema se (ya) que en opinión del Consejo de Estado, expresada en su dictamen de 3 de julio de 2008, debería ser suprimido, pero no por razones de vaguedad, sino de contradicción con la norma desarrollada. Entendió el Consejo de Estado en su dictamen que el art. 57 de la LSM no habilitaba para deferir al Ayuntamiento correspondiente la decisión de calificar la modificación como no sustancial, con el simple requisito de procedimiento de haberse acordado por mayoría absoluta, que es lo que en puridad se produciría con el apartado. Para el Consejo de Estado, la habilitación legal lo es para fijar con precisión los requisitos sustantivos que permitan determinar qué es una modificación no sustancial de planeamiento y la norma reglamentaria proyectada no lo hace en este caso, porque no constituye un auténtico requisito material calificativo de una modificación como no sustancial la concurrencia de razones de interés social o utilidad pública, exigidas por el apartado reglamentario previsto, por cuanto éstas deben darse siempre en toda modificación de los instrumentos de planeamiento, tanto si es sustancial como si no.

Es verdad que el texto dictaminado por el Consejo de Estado no es igual al finalmente aprobado, al haberse añadido un inciso explicativo final, que dice textualmente: "como en el caso de equipamientos, dotaciones, infraestructuras o servicios"; pero se mantiene idéntica, como excepción a los límites cuantitativos establecidos para denotar la noción de modificación puntual, que así lo acuerde el Ayuntamiento que proponga la modificación por mayoría absoluta.

Este Tribunal comparte la conclusión obtenida por el Consejo de Estado y ello conduce a la anulación del apartado 2 del número 1 del art. primero, porque la aprobación con un quórum cualificado de la corporación no puede proyectarse en la noción sustantiva de modificaciones no sustanciales".



D) A continuación la Sala analiza la vulneración que se planteaba de determinados preceptos medioambientales; en concreto de los artículos 12.2 de la Ley autonómica 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, así como de los artículos 3.3 y 4 de la Ley Estatal 9/2006, 28 de abril, sobre evaluación de determinados planes y programas en el Medio Ambiente.

Ocurre, sin embargo, que tal impugnación se realizaba en relación con el párrafo 2º del art. 2.2 ---que figuraba solo en el borrador del Decreto, que no en el texto definitivo---, según el cual en estos casos, no sería necesario informe de análisis ambiental salvo que lo acordase el órgano ambiental de forma motivada, lo cual se consideraba contrario a los preceptos que se consideran impugnados.

Por ello, sobre tal cuestión señala la sentencia de instancia que *"de inmediato ha de advertirse que la posibilidad de excluir el trámite de análisis ambiental, que se contemplaba en el último párrafo del art. 2.2 del Borrador y que no resultaría ajustado a derecho, ha sido suprimido de texto aprobado, de manera que la infracción se habría producido por omisión, al haberse obviado tanto el informe de análisis ambiental, como la Evaluación Estratégica Ambiental. Ocurre, sin embargo, que la supresión del párrafo criticado por el informe de la Dirección General de los servicios Jurídicos impide -por esa razón de haber sido suprimido- compartir el razonamiento de la recurrente, pues no puede colegirse que la norma aprobada excluya en los casos legalmente previstos los informes ambientales y la Evaluación Estratégica para los casos de las modificaciones reguladas por el Decreto"*.

E) Tema central es el relativo a la regulación que se contiene en el Decreto impugnado acerca del resultado positivo del silencio ante la solicitud de informes sectoriales en la tramitación de la Modificaciones puntuales. En relación con tal cuestión la Asociación recurrente señalaba, según la Sala de instancia que *"el párrafo segundo del art. 2 apartado 1 del Decreto es contrario a derecho porque altera el sentido desfavorable del informe derivado de la legislación sectorial en los casos de que no se emita en el plazo previsto. Su texto es el siguiente:*

Simultáneamente, se solicitarán los informes sectoriales necesarios que deberán emitirse en el mismo plazo de la información pública. Si no se emitieran en dicho plazo, se entenderán favorables a la tramitación de la modificación".

La respuesta de la Sala de instancia, a tal sistema de silencio positivo, es el siguientes: *"A decir verdad, el contenido de ese inciso discutido, sobre el carácter favorable del informe en el caso del transcurso del plazo para su emisión, no es original del Decreto, sino reproducción literal del art. 57 de la LSM, al establecer (refiriéndose a los informes sectoriales) que si no se emitieran en dicho plazo se entenderán favorables a la tramitación de la modificación.*

Además, el apartado seis del art. 10 la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas preveía la prevalencia del art. 57 f) de la LSM sobre las legislaciones sectoriales afectadas en lo referente a la tramitación y al plazo de emisión de los informes necesarios requeridos.

No es correcto, en consecuencia, abordar la cuestión como un problema de infracción del principio de jerarquía, sino que se trataría de un problema de competencia por colisión, pero no del Decreto recurrido, sino del apartado seis del art. 10 la Ley 7/2007, y limitado a la Legislación Estatal sectorial, que eventualmente podría dar lugar al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, porque nuestro sistema está vedado que los Jueces y Tribunales declaren nulas o inaplicables las normas con rango de ley emanadas de los poderes legislativos. Ahora bien, la contradicción denunciada no es efectiva, y ya en el informe emitido por la Dirección General de los Servicios Jurídicos se hacía la observación de que los informes sectoriales y plazos para su emisión habrían de entenderse referidos a los establecidos en la legislación autonómica, no pudiendo alterar los plazos y sentido de silencio establecidos en la legislación sectorial estatal. En armonía con dicho informe, en la contestación a la demanda, el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad insiste en que la norma autonómica no puede alterar la normativa estatal, por lo que no cabe interpretar que la mención de la Ley Autonómica a que nos hemos referido vulnere la legislación del Estado".

E) Como tema derivado y relacionado con el anterior del silencio la Asociación recurrente señaló que *"la regulación del silencio contenida en el Decreto es incompleta respecto al cómputo del plazo en el caso de que se produzcan interrupciones, así como por no concretar que órgano administrativo debe resolver sobre la modificación no sustancial"*.

A ello responde la sentencia de instancia señalando que *"El punto de partida es equivocado. El decreto impugnado se inscribe, como no puede ser de otro modo, como una pieza dentro del sistema jurídico y aunque no se asuman afirmaciones ingenuas, ya superadas, sobre su complitud del ordenamiento, las normas del procedimiento administrativo aplicables se encuentran en el sistema, cuya configuración primaria es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE). Así, el art. 42.5.c de la LPAC se ocupa de la suspensión de los procedimientos, el art. 83.3 de las consecuencias del incumplimiento del plazo para informar y el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de marzo de 2008, ha realizado la interpretación conjunta de ambos preceptos*



tras la reforma operada por la Ley 4/1999; en fin, la propia LSM contiene igualmente reglas específicas del procedimiento de aprobación, entre ellas que el cómputo de los plazos para la aprobación por silencio solo comienza a computarse desde el ingreso del expediente completo en la Consejería (art. 63). Con todo, tuviera o no lagunas el decreto, ello no constituiría ningún vicio de validez.

G) Por último la Sala de instancia rechaza la impugnación que se realiza en relación con la disposición derogatoria del Decreto, que vulnera, según se expresa, el principio de jerarquía normativa, porque resultarían derogados el artículo 12. 2 de la Ley 2/2002, de 18 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid , los artículos 3.3 y 4 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiente, el apartado 4 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, artículo 45 de la Ley 8/1998, de 15 de junio , regula las cañadas reales y demás vías pecuarias en la Comunidad Autónoma de Madrid, y artículo 21.e) en relación con el artículo 20.5 de la Ley 2/2002, de 18 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid .

Pues bien frente a ello, tras reproducir la Disposición Derogatoria del Decreto ---"Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en el presente Decreto"---, la Sala concluye señalando que "*Como no podía ser de otro modo, el decreto es respetuoso con el principio de jerarquía al referir la derogación a las normas de igual o inferior jerarquía y, por consiguiente, extraer de ella que se ha producido la derogación de las normas con rango de ley formal es insostenible*".

TERCERO .- Contra esa sentencia han interpuesto sendos recursos de casación las dos parte personadas ---en su doble condición de recurrentes y recurridas---, en los que esgrimen los siguientes motivos de impugnación:

A) Recurso interpuesto por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** con dos motivos de impugnación:

1º. Al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), por infringir, según expresa al final de su desarrollo, el artículo 24 de la Constitución Española al producir la sentencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En su desarrollo señala que la sentencia de instancia incide en el vicio de la incongruencia omisiva porque la misma no efectúa valoración alguna sobre una cuestión o motivo planteado. Cita de jurisprudencia y doctrina constitucional sobre la incongruencia omisiva (STC 61/2009, de 9 de marzo), expone que la sentencia incurre ---en realidad--- tanto en un motivación arbitraria como en una incongruencia omisiva, y ello, según se expresa porque la sentencia realiza una motivación por remisión, en concreto al dictamen del Consejo de Estado que, por otra parte, conoció de un texto diferente al anulado. Por otra parte, se añade que los motivos de oposición planteados en la contestación a la demanda fueron totalmente ignorados, conteniéndose no obstante una argumentación incoherente de la que se deriva la arbitrariedad, por lo que, en realidad no se conocen con seguridad y certeza las razones por las que la Sala anuló el precepto.

2º. Al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LRJCA , por infringir los artículos 9 de la Constitución Española , 51 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA) y 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

Tras exponer que el legislador madrileño (en el artículo 57.f de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid) ha querido dar una amplísima libertad al titular de la potestad reglamentaria para configurar los supuestos de modificación del planeamiento que se pueden tramitar por este procedimiento, la recurrente señala que la Sala de instancia vulnera los artículos mencionados que establecen la relación entre la Ley y el Reglamento como una relación de jerarquía sin perjuicio de la potestad de innovar reglamentaria con un cierto grado de discrecionalidad. Y, con cita de jurisprudencia sobre tal principio de jerarquía normativa en relación con los reglamentos ejecutivos (SSTS de 24 y 25 de enero de 2005), concluye señalando que no se acierta a deducir cual fuera la razón por la que las modificaciones del planeamiento en las que se aprecien especiales razones de interés social o utilidad pública ---como son los equipamientos, dotaciones, infraestructuras o servicios--- no puedan tramitarse por el citado procedimiento cuando la Ley que desarrolla el Reglamento no contiene ningún pronunciamiento ni expreso ni tácito al respecto.

B) Recurso interpuesto por la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** con tres motivos de impugnación:

1º. Al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA considerando infringidos los artículos 149.1.18ª y 23ª, 149.3 de la CE , en relación con el art. 42.5.c), 62.2, 82 y 83.3 de la LRJPA , 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y, 3.2.a) y 3.3 y 15.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

La recurrente expone el mecanismo de imbricación de los informes estatales en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico como medio de tutela preventiva de la legalidad y la regularidad en la actuación administrativa y como punto de encuentro entre principios tan destacados como la objetividad, la



participación, la eficiencia y la eficacia, siendo un elemento fundamental para adoptar una decisión acertada y conforme a derecho.

Por ello, algunos informes determinantes como los exigidos en el artículo 42.5 de la Ley de Aguas o 15.3.a) del TRLS08, no pueden modificar a su antojo las bases del procedimiento administrativo común, en el sentido de no suspender el procedimiento, tratándose de informes determinantes, y en el de alterar el sentido desfavorable de un informe como el de la legislación de aguas. La recurrente apela al artículo 149.3 de la Constitución Española, que, como norma estatal, debe prevalecer sobre la de la Comunidad Autónoma en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de esta, citando la jurisprudencia de esta Sala al respecto, que aplica, en esto supuestos, la norma estatal sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad.

2º. Al amparo también del artículo 88.1.d) de la LRJCA por infracción de los artículos 149.1.18ª y 149.3 de la CE (cláusula de prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico), en relación con el 43.1, párr. 2º y 62.2 de la LRJPA, así como 3.2.a) y del 3.3 TRLS08.

El artículo 43.2 de la LRJPA exceptúa la regla del silencio administrativo positivo en los supuestos en que se obtengan facultades relativas al servicio público, lo que ocurre en el caso de la urbanización, según el 3.2.a) del TRLS/08 que la define como un servicio público, de manera que no pueden adquirirse por silencio positivo, lo que impide que cualquier Ley o Reglamento autonómico pueda contradecir lo establecido en una Ley estatal básica como es la LRJPA, promulgada al amparo del artículo 149.18 de la Constitución Española. La ordenación del territorio y el urbanismo son una función pública y por tanto la previsión reglamentaria del silencio positivo ante la falta de aprobación en plazo debe anularse, especialmente al tratarse de normas jurídicas como son los planes, pues repugna al sentido común que una norma de competencia pública pueda ser aprobada por silencio.

El motivo cuenta con una derivación en relación con la necesidad de la publicidad de la aprobación, que, al no contenerse en el Decreto impugnado (artículo 2.3) incumple, por omisión, una norma garantista como es la publicidad de las disposiciones administrativas, insistiendo en que debe prevalecer la norma estatal sobre la autonómica, en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de ésta.

3º. Por último, en el motivo tercero, también al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA se consideran infringidos los artículos 149.1.18ª y 23ª, y 149.3 CE, en relación con el artículo 3.3.a) y 7 Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiente y 15.1 del citado TRLS08.

En síntesis, se señala que las modificaciones no sustanciales también quedan sujetas a la Evaluación Ambiental Estratégica, lo que se omite por la sentencia en relación con el Decreto impugnado, con cita, todo ello, de jurisprudencia relacionada con la cuestión.

CUARTO.- Debemos comenzar rechazando el *primero* de los motivos formulados por la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 88.1.c) de la LRJCA, que imputa a la sentencia de instancia el vicio de la incongruencia, que conecta con la existencia en la sentencia de una motivación arbitraria.

Recordando nuestra doctrina respecto de estos dos vicios formales de las sentencias, debemos señalar que:

1º. Desde una perspectiva jurisdiccional, que es la que aquí nos interesa, la motivación de las sentencias es exigida "siempre" por el artículo 120.3 de la CE. El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto (STC 57/2003, de 24 de marzo) que " *la obligación de motivar las Sentencias, que el artículo 120.3 CE impone a los órganos judiciales, se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), entendida como el derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (artículo 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional reviste la Ley (artículo 117.1 y 3 CE ; SSTC 55/1987, de 13 de mayo, F. 1 ; 24/1990, de 15 de febrero, F. 4 ; 22/1994, de 27 de enero, F. 2). Esta garantía tiene como finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, ya que mediante ella se introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el que compete a este Tribunal a través del recurso de amparo (SSTC 55/1987, de 13 de mayo, F. 1 ; 22/1994, de 27 de enero, F. 2 ; 184/1995, de 12 de diciembre, F. 2 ; 47/1998, de 2 de marzo, F. 5 ; 139/2000, de 29 de mayo, F. 4 ; 221/2001, de 31 de octubre F. 6). De esta garantía deriva, en primer lugar, que la resolución ha de exteriorizar los elementos y razones de juicio que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio, F. 2 ; 5/1995, de 10 de enero, F. 3 ; 58/1997, de 18 de marzo, F. 2), y, en segundo lugar, que el fundamento de la decisión ha de constituir la aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni fruto de un error patente, de la legalidad (entre muchas SSTC 23/1987, de 23 de febrero, F. 3 ; 112/1996, de 24 de junio, F. 2 ; 119/1998, de 4 de junio, F. 2 ; 25/2000, de 31 de enero, F. 3). A ello ha de añadirse que, cuando están en*



juego otros derechos fundamentales, el canon de examen de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva aparece reforzado (por todas SSTC 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000\25], F. 3 ; 64/2001, de 17 de marzo , F. 3). " Como tiene señalado este Tribunal, la exigencia de motivación, proclamada por el artículo 120.3 CE , constituye una garantía esencial del justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (SSTC 116/1986, de 8 de octubre, F. 5 ; 109/1992, de 14 de septiembre, F. 3 ; 139/2000, de 29 de mayo, F. 4 ; 6/2002, de 14 de enero , F. 3). La carencia de fundamentación constituye un defecto capaz de generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si, en atención a las circunstancias concurrentes, la falta de razonamiento de la resolución no puede interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, de 12 de noviembre, F. 2 ; 83/1998, de 20 de abril, F. 3 ; 74/1999, de 26 de abril, F. 2 ; 67/2000, de 13 de marzo, F. 3 ; y 53/2001, de 26 de febrero , F. 3). En definitiva hemos exigido ...que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita... (SSTC 26/1997, de 11 de febrero, F. 4 ; 104/2002, de 6 de mayo, F. 3 ; 236/2002, de 9 de diciembre , F. 5)".

2º. Por otra parte la alegada incongruencia omisiva se produce "cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia" , lo cual requiere la comprobación de que "existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes" , debiendo, no obstante, tenerse en cuenta "que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva" pues resulta "preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno ... y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el art. 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva" . En consecuencia, se insiste en que "debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones" , sin que las primeras requieran "una respuesta explícita y pormenorizada" , mientras que, por el contrario, las pretensiones si exigen "de respuesta congruente ... sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse" . Y, a todo lo anterior, habremos de añadir que "la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del art. 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables" (extractado de la STC 8/2004, de 9 de febrero).

Partiendo de la doctrina jurisprudencial citada y, vistas las concretas —exiguas pero ciertas— respuestas de la Sala de instancia en relación con el inciso anulado del Decreto impugnado (92/2008, de 10 de julio), tal y como hemos anticipado, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en tal argumentación. Lo cierto es que la Sala de instancia da cumplida respuesta a las concretas pretensiones de la parte recurrente en relación con tal inciso concreto del Decreto, argumentando la *ratio decidendi* de tal anulación. El contenido y sentido de las respuestas podrá ser aceptado y tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a la pretensiones anulatorias formuladas.

Debemos señalar cual ha sido el ámbito anulatorio de la sentencia de instancia así como su razón de ser, pues, si bien se observa, y se lee exclusivamente la parte dispositiva de la misma, el Fallo se concreta únicamente al "número 2 del artículo 1", que, en su integridad, señala:

"No obstante lo dispuesto en el número anterior, se podrán tramitar modificaciones puntuales no sustanciales que superen los límites mencionados cuando el Ayuntamiento que proponga la modificación lo haya acordado por mayoría absoluta de la Corporación y se aprecien, tanto por el Ayuntamiento como por la Comunidad de Madrid, especiales razones de interés social o utilidad pública, como en el caso de equipamientos, dotaciones, infraestructuras o servicios".

Los límites a los que se refiere el apartado transcrito son la superficie de 10.000 metros cuadrados y la superficie de 1% del suelo urbano del municipio, salvo en los municipios de menos de 3.000 (en los que el límite será del 3%). Pues bien, en el apartado impugnado (1º.2) se señala que dichos límites podrán ser superados cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Que la propuesta municipal de modificación "se haya acordado por mayoría absoluta de la Corporación".
- b) Que concurren "especiales razones de interés social o utilidad pública, como en el caso de equipamientos, dotaciones, infraestructuras o servicios". Y,
- c) Que tales razones especiales "se aprecien, tanto por el Ayuntamiento como por la Comunidad de Madrid".



Pues bien, si leemos el último párrafo del Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de instancia podremos comprobar la motivación, la razón de ser de la anulación, y el ámbito de la misma, que es la integridad del apartado 2 del artículo 1º; tal párrafo dice:

"Este Tribunal comparte la conclusión obtenida por el Consejo de Estado y ello conduce a la anulación del apartado 2 del número 1 del art. primero, porque la aprobación con un quórum cualificado de la corporación no puede proyectarse en la noción sustantiva de modificaciones no sustanciales".

Efectivamente, desde el punto de vista de la motivación la sentencia de instancia realiza una remisión *in aliunde* en relación con el Dictamen emitido por el Consejo de Estado en relación con el borrador o proyecto del Decreto madrileño, y en tal Dictamen se encuentra la motivación de la anulación, cuya razón es, única y exclusivamente la conexión que en el apartado se establece entre un quórum cualificado —en concreto, la mayoría absoluta de la Corporación— con la posibilidad de superar, mediante el mismo, los límites territoriales establecidos en el apartado anterior, delimitadores de las modificaciones puntuales no sustanciales; esto es, lo que dice la sentencia, que es lo que decía el Dictamen del Consejo de Estado, es que un quórum cualificado no puede ser un instrumento para alterar o superar los datos objetivos y materiales de una modificación no substancial. Dicho de otro modo, que la modificación será no substancial en función de los parámetros cuantitativos objetivos que se establezcan, mas, no, en modo alguno, en función del quórum municipal mediante el que se aprueben. Esto es, que no se puede hacer depender o alterar unos criterios o parámetros objetivos, como son la superación de los límites territoriales del ámbito de las modificaciones no sustanciales, de la circunstancia —política o participativa— de que las mismas se aprueben por mayoría absoluta.

Es cierto que el Dictamen del Consejo de Estado fue emitido en relación con un texto diferente del que devino definitivo, pero lo cierto es también que este concreto punto —relativo a la mayoría cualificada— permaneció inalterable en ambos textos, y él y solo él, ha sido el determinante de la nulidad del apartado 1º.2 en su integridad.

QUINTO .- Por lo que se refiere al *segundo motivo* de la Comunidad Autónoma de Madrid, el resultado ha de ser igualmente desestimatorio.

La Comunidad Autónoma de Madrid sitúa la fundamentación del motivo, en el que considera que se infringe el principio de habilitación legal para el ejercicio de la potestad reglamentaria — artículos 9 de la CE , 51 LRJPA y 23 de la Ley del Gobierno —, en la concreta habilitación establecida por el legislador madrileño en el artículo 57.f de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid , considerando que el mismo ha querido dar una amplísima libertad al titular de la potestad reglamentaria para configurar los supuestos de modificación del planeamiento que se pueden tramitar por este procedimiento, lo cual no ha sido aceptado por la sentencia de instancia.

Es cierto que el precepto autonómico habilita al Reglamento para "*definir las modificaciones no sustanciales*"; y, efectivamente, como hemos señalado en el Fundamento Jurídico anterior, nada hay que reprochar a la norma reglamentaria enjuiciada por el Tribunal Superior de Madrid (1) ni en relación con los límites objetivos y territoriales que se imponen a las modificaciones no sustanciales, (2) ni respecto de la posibilidad de superación de los mismos cuando concurren razones de interés social o utilidad pública, (3) ni, en fin, respecto de los supuestos concretos que ejemplifica "*in fine*" el citado apartado 2 del artículo 1º del Decreto impugnado.

Nuestro reproche, como el de la Sala de instancia, tal y como hemos explicado en el Fundamento Jurídico anterior se ha centrado, exclusivamente, en la circunstancia de hacer depender la naturaleza objetiva de las modificaciones no sustanciales, no de parámetros cuantitativos sino de la concurrencia de un quórum municipal especial.

Obviamente tal exigencia de cuantificación política o participativa en la adopción del Acuerdo, con alteración de las normas básicas contenidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, no encuentra cobertura en el citado artículo 57.f) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid , que solo habilita para "*definir las modificaciones no sustanciales*", mas no para introducir en tal definición, objetiva y material, un quórum cualificado.

El motivo, pues, decae.

SEXTO .- Si bien se observa, los *tres motivos* formulados en su Recurso de Casación por la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** cuentan con un hilo conductor común.

En el fondo, lo que en los mismos se plantea es la contradicción de aspectos concretos del Decreto autonómico con las normas básicas o sectoriales estatales, bien por contenerse en el Decreto una norma contradictoria con estas, bien por no hacer referencia a las mismas:

a) En el *primero de los motivos* se impugnaba que la Sala de instancia no hubiera anulado el inciso final del artículo 2.1, párrafo 2º, que, en síntesis, venía a establecer un régimen de carácter favorable en relación con los



informes sectoriales no emitidos en la tramitación de las modificaciones no substanciales que se regulaban. En concreto, se decía en el desarrollo del motivo que algunos informes determinantes como los exigidos en el artículo 42.5 de la Ley de Aguas o 15.3.a) del TRLS08, no pueden modificar a su antojo las bases del procedimiento administrativo común, en el sentido de no suspender el procedimiento, tratándose de informes determinantes, y en el de alterar el sentido desfavorable de un informe como el de la legislación de aguas.

La respuesta de la Sala fue, reconociendo que un texto idéntico ya estaba en el texto de la Ley habilitante del Decreto (artículo 57.f de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid : "*Si no se emitieran en dicho plazo se entenderán favorables a la tramitación de la modificación*"), que, sin embargo, no se trataba de un supuesto de infracción del principio de jerarquía normativa, sino ante un problema de colisión competencial entre la normativa estatal sectorial y la autonómica, y resolvía la misma con base en una peculiar argumentación cual era el carácter no efectivo de tal contradicción pues en informe emitido por la Dirección General de los Servicios Jurídicos ya se hacía la observación de que, las referencias que se contenían en relación con los informes sectoriales y los plazos para su emisión del Decreto impugnado, habrían de entenderse referidos a los previstos en la legislación autonómica.

b) En el *segundo motivo* se centra en el régimen de silencio positivo contenido que se establece en el artículo 2º.3 del Decreto impugnado si transcurriese el plazo de dos meses desde la remisión de la propuesta municipal, que se expresaba en los siguientes términos: "*... transcurrido el cual sin que la Administración se hubiera pronunciado, se entenderá aprobada la modificación*".

Se quejaba la Asociación recurrente del establecimiento de tal régimen, lo cual fue rechazado por la sentencia de instancia, con base en la prevalencia del derecho procedimental básico estatal; rechazo que se extendía, en concreto, a la falta de referencia al sistema de suspensión procedimental que se contenía en los artículos 42.5.c) y 83.3 de la LRJPA y a la necesidad de la publicidad de la aprobación, que, al no contenerse en el Decreto impugnado (artículo 2º.3) incumplía, por omisión, la norma relacionada con la publicidad de las disposiciones administrativas, insistiendo en que debe prevalecer la norma estatal sobre la autonómica, en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de ésta.

c) En el *motivo tercero* la cuestión se centraba en que las modificaciones no sustanciales también quedaban sujetas a la Evaluación Ambiental Estratégica (con vulneración del artículo 3.3.a) y 7 Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiente), y sin embargo el borrador del Decreto contenía la posibilidad de excluir el trámite de análisis ambiental; La Sala de instancia rechaza la cuestión al haber sido suprimida tal excepción del texto definitivo, lo cual no es considerado por la recurrente como una respuesta adecuada.

En síntesis, pues, las dos cuestiones que se suscitan son (1) la relativa a la coordinación de las normas estatales básicas de carácter procedimental, frente a normas autonómicas contradictorias con las mismas, y (2) la relacionada con la posibilidad de aprobación del planeamiento por la vía del silencio administrativo positivo.

La respuesta no puede ser otra que la reiteración de la doctrina establecida por la Sala sobre estos aspectos, con las consecuencias que de ella deduciremos.

SÉPTIMO .- En relación con la primera cuestión, la doctrina de aplicación fue establecida por este Tribunal Supremo en la STS de 9 de diciembre de 2008 (Recurso de Casación 7459/2004), que es, a su vez, seguida por las dos SSTS de 11 de mayo de 2009 (Recursos de Casación 4814/2006 y 6341/2006) y, por las SSTS de 28 de junio de 2012 (RC 3013/2010), 24 de abril de 2013 (RC 5988/2005) y ATS de 30 de abril de 2013 (RC 3013/2010). De la STS de 28 de junio de 2012 , destacamos

"Hemos de precisar, en primer lugar, que la competencia que con carácter exclusivo tiene la Comunidad Autónoma Valenciana --al igual que las demás CCAA-- en materia, por lo que aquí importa, de "urbanismo", en virtud de su Estatuto de Autonomía, no supone un desapoderamiento del Estado para el ejercicio de competencias que la propia Constitución le atribuye, también con carácter exclusivo, en el artículo 149.1 de la Constitución Española , que inciden en el urbanismo, y así resulta de lo señalado por el Tribunal Constitucional en la STC 61/1997, de 20 de marzo , que anuló los preceptos del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRLRS92), que se mencionan en el fallo de la misma.

De esa STC no resulta --frente a lo que se alega por la Generalidad recurrente-- que el procedimiento para la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico sea una competencia "exclusiva" de esa Comunidad Autónoma, pues en ella se señala --FJ B).6.b)-- que "El orden constitucional de distribución de competencias ha diseccionado ciertamente la concepción amplia del urbanismo que descansaba en la legislación anterior a la Constitución de 1978, pues no es posible desconocer, como se ha dicho, que junto a



la atribución de la competencia urbanística a las Comunidades Autónomas, el art. 149.1 CE reconoce al Estado la competencia, también exclusiva, sobre las condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales o la legislación sobre expropiación forzosa, o el sistema de responsabilidad **o el procedimiento administrativo común**, por citar algunos de los instrumentos de los que el urbanismo, con esa u otra nomenclatura, suele hacer uso".

Por ello, se añade en la misma STC ---y en el mismo Fundamento Jurídico--- "(...) que la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa)..."

En este sentido, en la STC 164/2001, de 11 de julio ---que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV)---, se señala (FJ 11), en relación con el artículo 6.1 impugnado, que "(...) tanto el mandato de participación pública como los derechos informativos (de acceso y prestacional) son reconducibles a la competencia estatal **sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE)**, sin simultánea invasión de las competencias urbanísticas autonómicas. Tres argumentos llevan a esta conclusión. En primer lugar, el carácter eminentemente sectorial del art. 6 LRSV no sirve, por sí, para cuestionar la competencia estatal. En segundo lugar, los dos párrafos del art. 6 LRSV regulan las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones públicas, ámbito de regulación donde la competencia básica del Estado es incuestionable (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3). Y por último, el carácter eminentemente abstracto del art. 6 LRSV ni impone técnica urbanística alguna a las Comunidades Autónomas ni predetermina un único modelo de participación e información ciudadanas".

No se vulnera, por tanto, por la sentencia de instancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se cita por la parte recurrente en este motivo de impugnación, y tampoco la legislación estatal que se menciona, pues la necesidad de un nuevo trámite de información pública cuando, después del anterior, se han introducido "modificaciones sustanciales ... en el planeamiento urbanístico, deriva, precisamente, del derecho a la participación pública en los procesos de planeamiento urbanístico que se establece, con carácter de legislación básica, en ejercicio de la competencia exclusiva que tiene el Estado en virtud del artículo 149.1.18ª CE, en el citado artículo 6.1 de la Ley estatal 6/1998, entonces vigente, y así lo ha señalado esta Sala en la sentencia de 9 de diciembre de 2008 (casación 7459/2004), de amplia cita en la de instancia.

Decíamos en esa STS de 9 de diciembre de 2008 ---y hemos de reiterar ahora--- que: "QUINTO.- Precisamente porque el derecho recogido en el artículo 105.a/ de la Constitución es un derecho de configuración legal ---en esto compartimos el criterio de la Sala de instancia---, hemos de acudir a la regulación que del mismo hayan hecho el legislador estatal y autonómico en el ejercicio de sus respectivas competencias. Y en el ámbito al que se refiere la presente controversia, referido al procedimiento de elaboración de un Plan General de Ordenación Urbana, es referencia normativa obligada el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, por ser este precepto ---según determina la disposición final primera de la propia Ley 6/1998--- una norma básica dictada en el ejercicio de competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1ª, 13ª, 18ª y 23ª de la Constitución .

Por tanto, es de observancia ineludible la determinación contenida en esa norma básica en la que se dispone que la legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión. Este precepto tiene sus raíces en la regulación contenida en los artículos 40 y 41 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y en los artículos 128, 130, 131 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, que, en lo que aquí interesa, establecen que el documento aprobado inicialmente debe ser sometido a información pública, y que ese trámite de información pública debe reiterarse después de la aprobación provisional cuando en ésta se introduzcan modificaciones sustanciales con relación al documento inicialmente aprobado (artículo 130 del Reglamento de Planeamiento citado). Con esos antecedentes, aun admitiendo que la formulación del artículo 6.1 de la Ley 6/1998 deja margen para que la participación pública se garantice por diversas vías, parece claro que no se observa la letra ni el espíritu de esa norma básica, y, en definitiva, que no se garantiza la participación pública en el proceso de planeamiento, cuando la legislación urbanística establece una regulación del procedimiento a seguir que excluye la segunda información pública aun cuando el documento aprobado inicialmente haya sufrido modificaciones sustanciales, y, además, sólo requiere la comunicación de tales modificaciones a los interesados personados en las actuaciones, lo que deja sin conocer las modificaciones acogidas durante la tramitación a todos los afectados que no estuviesen personados en el procedimiento (que quizá no se personaron, ni formularon alegaciones, porque estaban conformes con el documento aprobado inicialmente).



Ya hemos señalado que, dada la formulación abierta del artículo 6.1 de la Ley 6/1998, la legislación urbanística cuenta con un cierto margen para determinar la forma concreta de garantizar la participación pública en el proceso de planeamiento; pero cuando, como aquí sucede, el ordenamiento autonómico no ofrece ningún cauce para que aquel mandato de la norma básica encuentre efectiva realización, resulta procedente aplicar aquella fórmula en la que ese mandato ha encontrado su tradicional plasmación en nuestro ordenamiento y que consiste en la realización de una nueva información pública cuando durante la tramitación del planeamiento se han introducido modificaciones sustanciales".

(...) En definitiva, el respeto al plural y complejo sistema de fuentes de producción normativa característico de la ordenación territorial del Estado establecida en el Título VIII de la Constitución no puede hacer olvidar aquellos principios y postulados, igualmente recogidos en el texto constitucional, tendentes a propiciar una interpretación vertebradora e integrada del ordenamiento jurídico. Y entre esos postulados destaca el recogido en el artículo 149.3 de la Constitución que se invoca en las sentencias antes citadas, del que se deriva la conclusión de que cuando no es posible una interpretación de la norma autonómica que la haga conciliable con la legislación básica, la resolución de la controversia debe basarse en la aplicación de esta última en tanto que norma básica dictada por el legislador estatal en ejercicio de competencias exclusivas.

Que no se establezca en el citado artículo 6.1 de la LRSV un único modelo de participación, en palabras de la citada STC 164/2001, no comporta que la participación pública en el planeamiento urbanístico pueda ser excluida. La información pública en ese tipo de planeamiento no es un mero trámite en el procedimiento de su elaboración, **sino un trámite esencial por la especial incidencia que tienen los planes urbanísticos en la vida de los ciudadanos, máxime cuando se produce, como aquí sucede, la aprobación de un nuevo Plan General de Ordenación Urbana en el municipio de Albaida**. Se vulnera, por ello, el derecho a la participación pública en el planeamiento urbanístico, que resulta del mencionado artículo 6.1 LRSV —y que, obviamente ha de ser efectiva—, si se aprueba el instrumento de planeamiento sin el correspondiente trámite de información pública, y también cuando se han introducido, sin ese trámite, modificaciones sustanciales en el planeamiento aprobado.

Así resulta de lo señalado por esta Sala en la sentencia de 11 de mayo de 2009 (casación 6341/2006) en la que se indica: "(...) la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada no contradice la jurisprudencia de esta Sala interpretativa del artículo 130 RPU —de contenido análogo al artículo 52.5 Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León—. Así, hemos señalado, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 9 de febrero de 2009 (casación 6714/2004), 9 de diciembre de 2008 (casación 7459/2004), 15 de diciembre de 2005 (casación 7376/2002) y 19 de abril de 2005 (casación 7293/2001), que, conforme a lo dispuesto en dicho precepto, en la tramitación de los planes urbanísticos debe reiterarse la fase de información pública siempre que tras su aprobación inicial se modifique su ordenación de una manera sustancial, entendiéndose por tal la alteración global del Plan, en sus aspectos esenciales, afectándose a sus elementos estructurales y, como consecuencia de ello, al propio modelo de planeamiento elegido.

(...) Se constata por tanto que la Orden impugnada ha infringido lo dispuesto en el citado artículo 130 RPU, aplicable al caso conforme a lo establecido en la disposición final primera de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León y en el Decreto 223/1999, de 5 de agosto, aprobatorio de la "tabla de preceptos de los reglamentos urbanísticos que resulten aplicables" en relación con dicha Ley. Más aún si se considera que, como señalamos en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2008 (casación 7459/2004), la obligación de garantizar la participación de los ciudadanos en la tramitación de los planes urbanísticos, reiterando la fase de información pública si fuera necesario, se deriva no sólo de lo dispuesto al efecto en dicho precepto reglamentario, y en la normativa urbanística autonómica aplicable, sino también en otras normas de Derecho estatal como son el artículo 105.a) de la Constitución y el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, en los que se consagra, respectivamente, el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos en general y en los procedimientos de planeamiento y gestión urbanística en particular. Dicho principio se reproduce actualmente en los artículos 11.1 y 4.e) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el último de los cuales se insiste en que todos los ciudadanos tiene derecho a: "Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada (...)".

El motivo, pues, partiendo de la anterior doctrina jurisprudencial, ha de ser acogido.

Hemos de rechazar la argumentación de la sentencia de instancia con base en la interpretación que del precepto impugnado se realizó en el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Madrid, debiendo señalarse, por el contrario, que el inciso final párrafo segundo del artículo 2 apartado 1 del Decreto es contrario a derecho porque altera el sentido de los informes establecidos de la legislación sectorial para el supuesto de que los mismos no se emitieran en el plazo previsto.



Lo que en relación con los informes sectoriales se establece en el inciso de referencia es que "Si no se emitieran en dicho plazo, se entenderán favorables a la tramitación de la modificación". Por muy voluntarista que sea la tesis de la sentencia de instancia —considerando que los Servicios Jurídicos realizan un interpretación auténtica y limitadora del precepto—, lo cierto es que, en los términos en que el apartado se expresa (sin referirse exclusivamente a los informes establecidos por la legislación autonómica), tal redacción implica y supone una vulneración de la normativa estatal citada (Ley de Aguas y TRLS08), sin que pueda servir de argumentación el que el precepto legal autonómico que desarrolla (57.f de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid) contaba con una redacción idéntica. El texto legal, como cualquier norma material que surja de un Parlamento autonómico, obviamente, se limita y circunscribe al citado ámbito territorial autonómico en el ámbito exclusivo de sus competencias, pero la norma reglamentaria —que tiene un carácter procedimental— debió determinar ese ámbito de forma expresa, al ser en ese marco procedimental para la aprobación de las Modificaciones no substanciales en el que tienen incidencia los informes procedentes de otras Administraciones, cuyo sentido, suspensivo o negativo —en ausencia de emisión— debió ser expresamente respetado por la norma reglamentaria autonómica que en el inciso de referencia nos vemos obligados a anular, de conformidad con la doctrina jurisprudencial de precedente cita.

OCTAVO .- En lo referente a la posibilidad de aprobación, mediante silencio administrativo, de los instrumentos de planeamiento, hemos de reiterar lo que, siguiendo una jurisprudencia consolidada, hemos señalado en la STS de esta misma fecha, 26 de junio de 2006 (RC 1741/2011), que sintetiza la doctrina la de Sala de instancia en los siguientes términos:

*"En concreto en la reciente Sentencia de 15 de noviembre de 2012, RC 3162/2010 , hemos resuelto el recurso de casación interpuesto por **COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID** , contra la Sentencia de 19 marzo de 2010 de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en la de 28 de noviembre de 2012 resolvimos el recurso de casación 3449/2010 también interpuesto por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** contra la sentencia de 14 de abril de 2010 que anuló el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 7 de febrero de 2008 que aprobó condicionadamente la revisión del Plan General de Brunete.*

En ambas sentencias en que se discutía, en lo que ahora interesa, la inoperatividad del silencio contra legem en la aprobación de planes, alegada por la Administración autonómica que entendía no ser posible la aprobación cuando el Plan contiene determinaciones contrarias al ordenamiento jurídico, de manera análoga a su inaplicación en materia de licencias de urbanismo, desestimamos los recursos de casación porque tratándose de planes de urbanismo , existe una consolidada jurisprudencia que declara la operatividad del silencio positivo sólo cuando se trata de aprobación del planeamiento general, o sus modificaciones o revisiones, o se trate de procedimientos iniciados a instancia de la Administración municipal con aprobación definitiva a cargo de la Administración autonómica.

Por ello, en aras del principio de seguridad jurídica y unidad de doctrina, procede reiterar ahora tales razones.

1º. En ese sentido, viene al caso recoger aquí las consideraciones que se contienen en la **STS de 27 de abril de 2009** (recurso de casación 11342/2004), en cuyo Fundamento de Derecho Quinto, dijimos:

"[...] Nuestro ordenamiento jurídico no contempla, por principio, que las disposiciones de carácter general puedan resultar aprobadas por silencio positivo. En realidad, la propia naturaleza normativa de tales disposiciones, además de la concreta regulación de los procedimientos para su elaboración y aprobación, vienen a excluir esa posibilidad de aprobación por silencio. Pero, como excepción a esa regla, la legislación urbanística ha venido admitiendo que los instrumentos de planeamiento urbanístico -cuyo carácter de disposiciones de carácter general queda reconocido en una jurisprudencia consolidada y unánime- puedan ser aprobados por silencio. Claro exponente de ello lo tenemos en los artículos 40.1 y 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 , de los que esta Sala ha hecho aplicación en ocasiones anteriores, no sólo a propósito de instrumentos de desarrollo sino también con relación a la aprobación por silencio de planes generales de ordenación -sirvan de muestra las sentencias de 27 de diciembre de 1995 (apelación 5436/91) y 25 de junio de 2008 (casación 4334/04). Pero la figura del silencio positivo en la aprobación de instrumentos de planeamiento se contempla también en otras normas mucho más recientes, y por ello mismo no aplicables al caso que nos ocupa, como son el artículo 11, apartados 4 y 5, de Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo , y el artículo 11, apartados 5 y 6, del texto refundido de la ley del suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio .

Vemos así que la aprobación de toda clase de instrumentos de ordenación urbanística por silencio administrativo es una constante en nuestro ordenamiento; y es una previsión a la que, además, se atribuye de forma expresa el carácter de norma básica (disposición final primera de la Ley 8/2007 y disposición final primera del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

La aprobación por silencio de los planes urbanísticos también aparecía contemplada en el artículo 114.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, norma que se complementaba con la contenida en el artículo 120 de ese mismo texto refundido, cuyo apartado 2 excluía sin embargo el silencio positivo, entre otros supuestos, cuando el plan contuviere determinaciones contrarias a la Ley o a planes de superior jerarquía. Pero, como hemos tenido ocasión de señalar en sentencia de 25 de junio de 2008 (casación 4334/04), la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 114 y 120 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, por sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional, tuvo como consecuencia la renacida vigencia de lo que disponía el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, entre cuyos preceptos está su artículo 40.1, que, por remisión al artículo 41.3 del propio Texto, contempla el silencio positivo cuando no se resuelve en el plazo legalmente previsto, sin que en dicha norma se contenga prevención ni salvedad alguna acerca del silencio contra legem.

Esa regulación contenida en los artículos 40 y 41 del texto refundido de la ley del suelo de 1976 -con el complemento de lo que dispone el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, al que luego nos referiremos- es la aplicable al caso; y ha continuado en vigor, al menos en lo que se refiere a planes generales, hasta que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (artículo 11.5 y 6) y el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 (artículo 11.4 y 5) han abordado una nueva regulación del sistema de aprobación por silencio de los instrumentos de ordenación urbanística, nueva regulación ésta a la que se atribuye expresamente el carácter de normativa básica y en la que, por cierto, tampoco se contiene limitación ni excepción alguna a la aprobación por silencio en caso de que el instrumento de ordenación contenga determinaciones contrarias a la ley a un plan de superior jerarquía.

Es cierto que entre la regulación del texto refundido de 1976 (artículos 40 y 41) y los preceptos de la ley del suelo de 2007 y del texto refundido de 2008 a los que acabamos de referirnos hubo otras aportaciones legislativas, como las introducidas por el Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre (artículos 6.3 y 7, párrafo segundo), o por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, que modificó el artículo 16 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, introduciendo en ese artículo un apartado relativo al silencio (artículo 16.3). Pero tales preceptos no son relevantes para el caso que nos ocupa pues únicamente se refieren a la aprobación por silencio de los instrumentos de desarrollo, siendo así que aquí nos encontramos ante la modificación de un Plan General".

En el Fundamento de Derecho Sexto de esa misma Sentencia, declaramos:

"[...] Pues bien, en lo que se refiere a la aprobación de instrumentos de planeamiento lo que establecen los artículos 40.1 y 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 obliga a afirmar que la regla general es la del silencio positivo, coincidente, por tanto, con la que resulta del artículo 43.2 de la Ley 30/1992, según redacción dada por la Ley 4/1999. Pero, a diferencia de lo que sucede en materia de licencias, con relación a los instrumentos de planeamiento no existe la norma con rango de ley que impida su aprobación por silencio contra legem. No pueden invocarse a tal efecto los ya citados artículos 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 242.6 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 -ni, en el caso específico de Navarra, disposición adicional cuarta de la Ley Foral 10/1994 - pues tales disposiciones se refieren a la adquisición por silencio de licencias, derechos o facultades, pero no a la aprobación de instrumentos de planeamiento por esta vía. Como hemos visto, en el mismo Texto Refundido de 1992 había un precepto, el artículo 120, que, en claro paralelismo con lo establecido para las licencias en el mencionado artículo 242.6, estaba específicamente encaminado a impedir que pudiese resultar aprobado por silencio un instrumento de planeamiento que fuese contrario a la Ley o a planes de superior jerarquía. Pero sabemos que ese artículo 120 del Texto Refundido de 1992, lo mismo que el artículo 114 con el que guarda estrecha relación, fue declarado inconstitucional y nulo por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

Así las cosas, a efectos de enervar la regla general de silencio positivo tampoco puede invocarse el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio. En primer lugar, porque se trata de una norma reglamentaria y, por tanto, insuficiente para fundamentar en ella una excepción a lo establecido en normas de rango legal en favor del silencio positivo, que, como determina el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, es el que opera "... salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario". En segundo lugar porque, a diferencia de lo que quiso establecer el fallido artículo 120 del texto refundido de 1992 -que declaraba "inaplicable" el silencio tanto si el expediente no contenía los documentos requeridos como en el caso de que el Plan contuviese determinaciones contrarias a la Ley o a un plan de superior jerarquía- el citado artículo 133 del Reglamento de Planeamiento establece un régimen diferente para cada uno de esos supuestos: si el Plan no contiene los documentos y determinaciones requeridos "no habrá lugar a la aplicación del silencio administrativo" (artículo 133.2); si el Plan contiene determinaciones contrarias a la Ley o a un plan de superior jerarquía "la aprobación definitiva obtenida por silencio será nula" (artículo 133.3). Fácilmente se advierte que la respuesta es bien distinta: en el primer caso, el silencio administrativo positivo, sencillamente, no opera; en el segundo, se produce la aprobación por silencio, si bien la norma señala que la

aprobación así obtenida estará viciada de nulidad, con las consecuencias que ello comporta de cara a su posible impugnación".

Razones similares se indican en la posterior sentencia de **30 de septiembre de 2009** (recurso de casación 2978/2005).

En el caso concreto de la regulación contenida en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el artículo 63 , al regular los plazos máximos para las aprobaciones de los Planes y sentido del silencio administrativo, establece respecto del planeamiento general:

"1. La aprobación definitiva de los Planes Generales y de los Planes de Sectorización, así como de sus modificaciones y revisiones, deberá resolverse en el plazo de cuatro meses a contar desde que el Municipio interesado presente el expediente completo, comprensivo del proyecto de Plan y las actuaciones practicadas en el procedimiento de aprobación municipal, en el registro de la Consejería competente en materia de ordenación urbanística.

2. El mero transcurso del plazo fijado en el número anterior sin notificación de acuerdo expreso alguno determinará la aprobación definitiva, por silencio administrativo positivo, del correspondiente Plan General o Plan de Sectorización de iniciativa pública, en los mismos términos de la provisional municipal. La eficacia de la aprobación definitiva por silencio administrativo, que sólo podrá hacerse valer por el Municipio interesado, quedará condicionada a su publicación por éste en la forma determinada por esta Ley..."

2º. Distinto es, en cambio, el sentido del silencio cuando se trata de instrumentos de planeamiento promovidos por particulares, pues existe también una consolidada jurisprudencia de que en tales supuestos el silencio tiene carácter negativo.

Es el caso de la **STS de 23 de diciembre de 2009** (Recurso de casación 5088/2005) en la que se declara que no cabe considerar aprobado por silencio positivo un Estudio de Detalle (último peldaño de los instrumentos de ordenación urbanística) presentado ante el Ayuntamiento por una entidad mercantil.

3º. Más en concreto, es el supuesto a que se refiere la **STS de 17 de noviembre de 2010** (Recurso de casación 1473/2006) en la que explicamos la diferencia de régimen del silencio en la aprobación de planes según sean promovidos por la Administración o particulares en los siguientes términos:

"Este conflicto ha sido resuelto por esta Sala y Sección en dos recientes sentencias en las que aparentemente se llega a resultados dispares. Son las Sentencias de 27 de abril de 2009 (recurso de casación 11342/2004), seguida fielmente por la de 30 de septiembre del mismo año (recurso de casación 2978/2005), y la de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005).

En las dos primeras, dictadas al conocer de sendos recursos de casación frente a sentencias pronunciadas por la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que, sin embargo, habían adoptado soluciones discrepantes, se declaró que procedía entender aprobado por silencio el Plan General de Ordenación Urbana de un municipio de Navarra, presentado para su aprobación por el respectivo Ayuntamiento ante el Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda del Gobierno de Navarra, sin que éste hubiese dictado resolución expresa dentro del plazo legalmente establecido para ello por la legislación foral.

En la última de las Sentencias citadas, es decir la de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005) se declara, por el contrario, que no cabe considerar aprobado por silencio positivo un Estudio de Detalle (último peldaño de los instrumentos de ordenación urbanística) presentado ante el Ayuntamiento por un particular, concretamente una entidad mercantil.

La contradicción entre una y otra tesis respecto a la posibilidad de considerar aprobados por silencio positivo los instrumentos de ordenación urbanística no es tal si atendemos a un dato o hecho diferenciador y decisivo, cual es que en las dos primeras sentencias el Plan General, declarado aprobado por silencio, había sido promovido y presentado para su aprobación por un Ayuntamiento ante la Administración autonómica que tenía la competencia para aprobarlo definitivamente, mientras que en el segundo, relativo a un instrumento de desarrollo, su promotor fue un particular, circunstancias que, como después explicaremos, son determinantes de la distinta solución.

(...) No es necesario repetir los argumentos expresados en las indicadas sentencias, sino sólo recordar que las tres se hacen eco, para marcar las diferencias, de la respuesta que dimos en nuestra Sentencia de fecha 28 de enero de 2009 a un recurso de casación en interés de la Ley (45/2007), en relación con las licencias urbanísticas contrarias a la ley o al planeamiento, de las que hemos declarado que no cabe obtenerlas por silencio positivo, doctrina esta no aplicable a los instrumentos de ordenación.



Tanto las dos primeras sentencias como la última encuentran la base de su decisión en lo establecido por el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, precepto acorde, según aquéllas, con lo establecido en la legislación urbanística, contenida singularmente en los artículos 40.1 y 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y su desarrollo en el artículo 133 del Reglamento de Planeamiento, aprobado por Real Decreto 2159/1978, así como en el artículo 7, párrafo segundo, del Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre.

(...) En resumen, en esas nuestras dos primeras sentencias hemos declarado que, conforme al ordenamiento jurídico vigente al momento del pronunciamiento de la resolución impugnada, denegatoria de la aprobación definitiva de la Modificación del Plan General planteada ante el órgano competente de la Administración autonómica por el Ayuntamiento, debe entenderse aprobada dicha Modificación de Plan General por silencio positivo al haber transcurrido el plazo para resolver expresamente sin haberlo hecho, y ello con independencia de si las determinaciones urbanísticas así aprobadas por silencio son no conformes a derecho, pues los artículos 114.3 y 120.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que lo impidían, fueron declarados inconstitucionales y nulos por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo.

En aquellas dos sentencias de 27 de abril y de 30 de septiembre de 2009 nos cuidamos de precisar también que, al momento de resolver en vía previa la Administración autonómica, no era aplicable aun lo establecido en el artículo 16.3 de la Ley 6/1998, introducido por Ley 10/2003, ya que este precepto limitaba los efectos del silencio positivo, tanto respecto de los planes promovidos por las Administraciones públicas como por los particulares, a los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo y, por consiguiente, no rige para los Planes Generales, regulados por lo dispuesto en los citados artículos 40.1 y 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

(...) En la tercera Sentencia, dictada con fecha 23 de diciembre de 2009 en el recurso de casación 5088/2005, nos limitamos a desestimar el motivo de casación que combatía la negativa de la Sala de instancia a tener por aprobado un Estudio de Detalle en virtud de silencio positivo, quien había declarado ajustado a derecho el acuerdo municipal que, con fecha 30 de agosto de 2001, denegó la aprobación definitiva de dicho Estudio de Detalle promovido por la entidad mercantil recurrente, al mismo tiempo que reiterábamos la doctrina recogida en nuestra propia Sentencia, ya citada, de fecha 28 de enero de 2009, resolutoria de un recurso de casación en interés de ley, si bien partiendo de la diferencia sustancial entre un instrumento de planeamiento derivado o de desarrollo, cual es el Estudio de Detalle, y una facultad o derecho del propietario de suelo, como es la edificación o construcción.

Desde esa clara diferencia entre la ordenación urbanística, como servicio público, y la edificación, como derecho del propietario, negamos en esta Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005) la posibilidad de considerar aprobado por silencio positivo un Estudio de Detalle promovido por un particular, porque el repetido artículo 43.2 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, exceptúa de la regla general del silencio administrativo positivo los procedimientos cuya estimación conlleve la transferencia al solicitante de facultades relativas al servicio público, cual es la de urbanizar derivada de la aprobación de un instrumento de ordenación, mientras que en los supuestos resueltos por las otras dos Sentencias anteriores se trataba de una Administración urbanística, precisamente un Ayuntamiento, que presentó la Modificación de un Plan General ante la Administración autonómica competente para aprobarlo definitivamente, sin que ésta hubiese resuelto en plazo, por lo que declaramos aprobada por silencio positivo la referida modificación del Plan General, ya que tal aprobación por silencio no viene exceptuada de la regla general contenida en el artículo 43, inciso primero, de la Ley 30/1992, pues el Ayuntamiento es una Administración pública territorial que ostenta originariamente la potestad de urbanizar, de manera que no hay que transferirle facultades relativas a ese servicio público.

Al igual que en las dos Sentencias anteriores, no resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, por haber sido éste redactado por Ley 10/2003, de 20 de mayo, es decir con posterioridad al acuerdo municipal impugnado.

(...) La tesis mantenida por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo es la que el legislador había incorporado, antes de ser pronunciadas las tres sentencias, al ordenamiento estatal del suelo en los apartados 4 y 5 del artículo 11 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, recogida en el artículo 11.5 y 6 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y, aunque estos textos legales no fuesen aplicables por razones temporales a los casos resueltos por las tres comentadas Sentencias, resultan claramente orientadores respecto del diferente tratamiento legal a las Administraciones públicas y a los particulares en relación con la aprobación por silencio positivo de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

(...) Los artículos 11.4 y 5 de la nueva Ley 8/2007 y 11.5 y 6 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, distinguen primero cuando la iniciativa está abierta a los particulares o cuando se inicia de oficio por una Administración diferente de la que debe aprobarlo, y contemplan después en aquel caso tanto los



instrumentos de ordenación como los de ejecución y en el otro cualquier instrumento de ordenación y no sólo el planeamiento urbanístico de desarrollo.

Si es una Administración pública competente para instruir y elaborar un instrumento de ordenación urbanística quien lo presenta para su aprobación ante la Administración que ha de aprobarlo definitivamente, el planeamiento se entiende aprobado por silencio positivo en el plazo que, al efecto, señale la legislación urbanística.

Por consiguiente, cabe afirmar que la regla es el silencio positivo cuando es una Administración la que inicia de oficio la tramitación o elaboración de cualquier instrumento de ordenación y a otra le corresponde aprobarlo definitivamente.

El plazo para entender definitivamente aprobado el planeamiento al efecto presentado será el fijado en la legislación urbanística autonómica. El conflicto pudiera suscitarse cuando esta legislación no hubiese señalado un plazo a tal fin, en que deberá considerarse aplicable el de tres meses establecido con carácter general y subsidiario por el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues el precepto contenido en el apartado 5 del artículo 11 de la nueva Ley de suelo, promulgado con carácter básico, no puede quedar sin efecto porque el legislador autonómico no haya señalado un plazo.

Respecto de los particulares, el incumplimiento del deber de resolver, dentro del plazo máximo, tanto los instrumentos de ordenación como los de ejecución sólo da derecho a una indemnización por los gastos en que hayan incurrido al presentar sus solicitudes.

Esta regla general tiene una salvedad en el último inciso del apartado 4 del artículo 11 de la Ley 8/2007 y correlativo inciso último del apartado 6 del artículo 11 del Texto Refundido de 2008, al expresarse literalmente «salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable».

Esta remisión a la legislación aplicable parece que no tiene más alcance que el de una cláusula de estilo, usada en otros párrafos de los mismos textos legales, que obligará a examinar cada supuesto concreto por si constituyen una excepción a la regla general de inoperancia del silencio positivo respecto de los instrumentos de ordenación y ejecución de iniciativa particular.

Hemos de concluir, por tanto, que el tratamiento del silencio administrativo en nuestras dos sentencias de 27 de abril y 30 de septiembre de 2009 y en la tercera de 23 de diciembre de 2009 obedece a una interpretación de lo establecido en la regla general contenida en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en su redacción por Ley 4/1999, acorde con la voluntad expresada por el legislador en la Ley de Suelo 8/2007 respecto de la aprobación por silencio del planeamiento urbanístico, diferenciando entre las Administraciones públicas, que originariamente ostentan potestades urbanísticas, para las que rige el silencio positivo, respecto de los particulares, que no pueden adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la ordenación y ejecución urbanísticas.

En el párrafo tercero del capítulo III de la exposición de motivos de la Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo, se afirma categóricamente que la urbanización es un servicio público y en su artículo 3.1 se establece, de forma inequívoca, el carácter de función pública que tiene la ordenación territorial y urbanística, la que, como tal, no es susceptible de transacción.

Esta potestad pública de ordenación del territorio y del suelo es insustituible, de manera que no cabe atribuirla, de forma directa o indirecta, a los sujetos privados en el ejercicio del derecho de propiedad o de libertad de empresa.

El monopolio de las Administraciones Públicas en la ordenación territorial y urbanística y su protagonismo en las tareas de gestión obedece a que, como recordó el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/1997 y repitió en la posterior 164/2001, el artículo 47 de la Constitución impone a los poderes públicos la regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general. El principal cometido de la Administración Pública es servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución).

Este carácter de servicio público, que la actividad urbanística ostenta, viene recogido también en los ordenamientos urbanísticos autonómicos y tiene evidentes consecuencias para el procedimiento y la interpretación que ha de hacerse de su regulación".

Debe, pues desestimarse el último motivo, por cuanto la eficacia del silencio dependerá, como hemos expuesto, del tipo de planeamiento y de modalidad de inicio de su tramitación.



NOVENO . - Hemos de rechazar, pues, el recurso de casación formulado por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** y acoger el formulado por la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** en el particular expresado, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por la misma, y anulando, además de lo que había anulado la sentencia de instancia, el inciso final del párrafo segundo del artículo 2 apartado 1 del Decreto 92/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid .

DECIMO .- Al declararse no haber lugar al recurso de casación formulado por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** procede condenar a esta parte recurrente en las costas del mismo (artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98). Esta condena en costas sólo alcanza, por todos los conceptos que las integran, y a la vista de las actuaciones procesales, a la cantidad máxima de 3.000 euros.

Por el contrario, al declararse haber lugar al recurso de casación formulado por la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN**, no procede realizar condena en costas ni en la instancia ni en el presente recurso de casación.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, así como los de pertinente aplicación.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución

FALLAMOS

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el Recurso de Casación **2986/2010** , interpuesto por la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Primera, de fecha 26 de marzo de 2010, en su Recurso Contencioso-administrativo 668/2008 .

2º. Haber lugar al Recurso de Casación **2986/2010** , interpuesto por la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** contra la misma sentencia, que anulamos en el particular relativo al inciso final del párrafo segundo del artículo 2 apartado 1 del Decreto 92/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid .

3º. Estimar parcialmente el Recurso Contencioso-administrativo 668/2008 formulado por la Asociación **CODA-ECOLOGISTAS EN ACCIÓN** contra el Decreto 92/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, el cual anulamos, además de en el inciso en el que lo había hecho la sentencia de instancia, en el inciso final del párrafo segundo del artículo 2 apartado 1 , por ser contrario al Ordenamiento jurídico.

4º. Condenar a la **COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID** en las costas de su recurso de casación, en los términos expresados, y no hacer condena en costas respecto del recurso de casación formulado por la Asociación CODA- ECOLOGISTAS EN ACCIÓN.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.