



Roj: **STSJ AND 5153/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:5153**

Id Cendoj: **18087330042017100183**

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

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **11/05/2017**

Nº de Recurso: **2255/2011**

Nº de Resolución: **1084/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **BEATRIZ GALINDO SACRISTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

RECURSO 2255/2011

SENTENCIA NUM. 1084 DE 2017

Ilma. Sra. Presidenta:

Doña María Luisa Martín Morales

Ilmas. Sras. Magistradas:

Doña Beatriz Galindo Sacristán

Doña Cristina Pérez Piaya Moreno

En Granada, a once de mayo de dos mil diecisiete.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en esta ciudad, se ha tramitado el recurso 2255/2011 seguido a instancias de **D. Cayetano , D. Clemente , D. Demetrio , D. Elías , D. Eulogio , D. Federico Y D^a Cristina** , que comparecen representados por la Procuradora D^a Irene Ollero Robles y asistidos por Letrado, siendo parte demandada el **AYUNTAMIENTO DE GADOR** que comparece representado por el Procurador D. José Gabriel García Lirola y asistido de letrado.

La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo, se admitió a trámite el mismo y se acordó reclamar el expediente administrativo, que ha sido aportado.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda la parte actora expuso los hechos y los fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó por suplicar a la Sala que dictase sentencia por la que, estimando el recurso se declare la nulidad de la **adaptación parcial a la LOUA de las normas subsidiarias de Gádor** por ser contraria al ordenamiento jurídico o subsidiariamente se declare la nulidad de la posibilidad de urbanizar contemplada en la Adaptación en los terrenos catalogados como "suelo no urbanizable de especial protección" con especial referencia al llamado sector 7 y predios adyacentes, inmersos en su totalidad en el LIC "Ramblas de Gérgal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla".



TERCERO.- En su escrito de contestación a la demanda la Administración demandada se opuso a las pretensiones del actor, y tras exponer cuantos hechos y fundamentos de derecho consideró de aplicación, solicitó la desestimación del recurso.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, se practicaron las propuestas y admitidas y evacuado el trámite de conclusiones, se acordó pasar los autos al Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, señalándose para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalados en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso.

Visto, habiendo actuado como Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a Beatriz Galindo Sacristán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso se interpone contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Gádor de 5 de abril de 2010 publicado en el BOP de Almería de 3 de agosto de 2011 por el que se aprueba definitivamente la adaptación parcial a la LOUA de las normas subsidiarias de Gádor.

La demanda tras una minuciosa exposición de los antecedentes dirigida a demostrar una hipotética maquinación urdida por el Ayuntamiento demandado y por su Alcalde para conseguir a toda costa que el promotor Sr. Olivencia pueda edificar en zona de suelo especialmente protegido, expone los siguientes motivos de impugnación:

Falsedad y ocultación grave en el procedimiento de adaptación parcial de las NNSS de Gádor a la LOUA, de determinadas resoluciones para burlar los controles de los órganos competentes.

Atentado contra el medio ambiente y vulneración de la legislación específica, pues la totalidad del Sector 7 se circunscribe en el LIC "Ramblas de Gérgal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla".

La resolución se dicta en fraude de ley, y se incurren en desviación de poder y arbitrariedad, en esencia porque el planeamiento vigente en Gádor se ha desarrollado con posterioridad y bajo la vigencia de la LOUA por lo que la adaptación no era necesaria.

Vulneración del Decreto 11/2008, concretamente de su artículo 3.3 .

La adaptación es nula pues se sustenta en las NNSS de Gádor y otros instrumentos inviables en parte o anulados. Además el nuevo documento aprobado no fue conocido por el Pleno ni la Comisión de Urbanismo ni se le dio publicidad obviándose el trámite de alegaciones e información pública.

SEGUNDO.- Señala el recurrente determinados documentos e informes de cuyo contenido se ha prescindido en la tramitación y aprobación del expediente que nos ocupa.

En primer lugar conviene reseñar que la adaptación que se aprueba no puede modificar las NNSS, ni incurrir en las prohibiciones que señala el artículo 3.3 del Decreto 11/2008 de 22 de enero , por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas, ya que ello determinaría su nulidad. La adaptación parcial no podrá:

- a) Clasificar nuevos suelos urbanos, salvo los ajustes en la clasificación de suelo en aplicación de lo dispuesto en el art. 4.1.
- b) Clasificar nuevos suelos como urbanizables.
- c) Alterar la regulación del suelo no urbanizable, salvo en los supuestos en los que haya sobrevenido la calificación de especial protección por aplicación de lo dispuesto en párrafo segundo del art. 4.3.
- d) Alterar densidades ni edificabilidades, en áreas o sectores, que tengan por objeto las condiciones propias de la ordenación pormenorizada, las cuales seguirán el procedimiento legalmente establecido para ello.
- e) Prever nuevas infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos.
- f) Prever cualquier otra actuación que suponga la alteración de la ordenación estructural y del modelo de ciudad establecido por la figura de planeamiento general vigente.

Es decir, el instrumento impugnado no podrá incurrir en las prohibiciones reseñadas y además deberá respetar aquéllas limitaciones que afectaban a las NNSS que tan solo pretende adaptar, debiendo insistirse por lo que a la clasificación de terrenos afecta, en que la Adaptación Parcial se limita a reflejar una clasificación urbanística preexistente, declarada por el instrumento de planeamiento en vigor, por lo que no puede la Adaptación que nos ocupa modificarla o alterarla.



Ambos aspectos son los que vamos a analizar sobre la base de los motivos de impugnación esgrimidos por el demandante.

El texto de las NNSS de Gádor fue aprobado el 13 de julio de 2005 y se publicó en el BOP de Almería el 4 de enero de 2006, si bien en cuanto al Sector 7 la CPOTU establece que " *deberá emitirse por el organismo ambiental competente informe específico sobre la clasificación y por consecuencia, posibilidad de transformación y urbanización de este Sector* ". El informe de la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente de 12 de enero de 2010 señalaba en relación al documento de Adaptación parcial de las NNSS de Gádor que " *sólo se cita al Paraje natural del Desierto de Tabernas en la página 11 dentro del apartado f) de suelo clasificado como No urbanizable de Especial Protección por legislación específica **debiendo citar en este mismo apartado** los LIC "Desierto de Tabernas", "Ramblas de Gérgal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla" y "Sierras de Gádor y Enix", estando incluido el Sector 7 en su totalidad en el LIC "Ramblas de Gérgal, Tabernas y Sur de Sierra Alhamilla* " .

También la DIA sobre la revisión de las NNSS emitida por Resolución de 9 de febrero de 2003 en el apartado f) de sus determinaciones ambientales, condicionaba el desarrollo de los terrenos que el planeamiento propone clasificar como Suelo Urbanizable No Sectorizado a un informe de la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente, previa realización de un inventario exhaustivo de los valores naturales que puedan resultar afectados.

Esta Declaración de Impacto Ambiental y también la resolución de 11 de noviembre de 2005 de la CPOTU de Almería que resolvía la aprobación definitiva del expediente 135/2003 sobre revisión de las NNSS de Gádor, fue impugnada por el Ayuntamiento de Gádor, lo que dio lugar al recurso n.º 2.184/2003 seguido ante esta misma Sala que dictó Sentencia desestimatoria el 13 de diciembre de 2010 , y declaró que:

" *Significa esto, que con apoyo en la referida disposición reglamentaria se ha iniciado el proceso que haga permisible la inclusión de los espacios naturales indicados en el catálogo de los Lugares de Interés Comunitario para hacerlos acreedores de las ventajas y condiciones de regulación que se prevén en la Directiva Comunitaria antes identificada, mas, aún en la hipótesis de que la propuesta así iniciada no llegara a convertirse en acuerdo firmemente adoptado por las autoridades comunitarias, no por ello se desmerecería el contenido y la necesidad de protección de las especies naturales que se encuentran en dichos espacios y deben ser objeto de protección. Desde luego, como no se contribuiría a ella, sería permitiendo la actuación urbanística programada por el Ayuntamiento de Gádor en esa zona, pues en el caso de que se tolerara ese tipo de intervención en el suelo, las especies en peligro de extinción o vulnerables, se verían del todo perjudicadas en su permanencia y mantenimiento. Este argumento de la demanda, debe correr, en consecuencia, la misma suerte desestimatoria que el anterior* " .

Ya en cuanto a la resolución de 11 de noviembre de 2005 y a propósito de la clasificación y posibilidad de transformación y urbanización del sector 7 (antiguo GA-10) y la supuesta renuncia de competencias de la CPOTU; dicha Sentencia señala que con ello hace " *muestra de responsabilidad y diligencia actuación en cuanto supedita la posible transformación del suelo en que se hallan localizadas las especies cuya protección se pretende, al estudio e informe correspondiente emitido por la autoridad ambiental que, como concedora de estas materias es la competente para dictaminar las repercusiones que en el hábitat de esas especies puede tener una actuación urbanística como la prevista por el Ayuntamiento de Gádor con la aprobación de las NNSS* " .

Y tales limitaciones que afectaban a las NNSS e impedían - al menos hasta el cumplimiento de la condición esablecida- la clasificación del Suelo comprendido en el Sector 7 como Suelo urbanizable, se extienden y afectan al instrumento de su adaptación que de incumplirlas incurriría en la prohibición que establece el artículo 3 antes reseñado.

La Administración demandada confusamente responde a la cuestión de la clasificación del suelo del Sector 7 en el hecho primero de su contestación. Y aunque admite que la Adaptación no podía clasificar nuevos suelos, se remite a la ficha anterior de las NNSS del Sector 7, entendiendo que las diferencias de redacción van referidas a la reserva de viviendas protegidas. Ya en el hecho quinto de su contestación señala que la CPOUT ha aprobado dichas NNSS habiendo comprobado la subsanación de las deficiencias reseñadas.

Ciertamente la publicación de dichas NNSS contiene, pese a los anteriores informes y resoluciones, la ficha urbanística del Sector 7 que clasifica como Suelo Urbanizable (uso residencial). Así consta también esta clasificación en el plano de las NNSS correspondiente a dicho Sector.

Sin embargo, no podemos prescindir del contenido del Acuerdo aprobatorio de la Comisión que consta en la página 19 del BOP que nos recuerda:

"En cuanto al sector 7 (antiguo GA-10), se ha ajustado la ficha para cumplir con los mínimos de cesiones para equipamiento. Del procedimiento de tramitación ambiental correspondiente al nuevo trazado de la carretera de acceso a Gádor desde el norte, por la autovía, se ha detectado que el tramo de este vial que atraviesa

longitudinalmente y en toda su extensión el citado sector, fue informado inviable en un primer momento por afectar a un LIC. Con posterioridad este informe ambiental se ha emitido en sentido viable condicionado. Puesto que la Declaración de Impacto Ambiental de la Revisión de las Normas Subsidiarias no establecía la existencia de este ámbito protegido, y ahora, con motivo de la ejecución de este vial se ha detectado que afecta al sector, deberá establecerse por el organismo ambiental competente informe específico sobre la clasificación y por consecuencia transformación y urbanización de este sector en referencia explícita a la existencia del mencionado LIC".

Y en la página 20:

" *La Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Almería acuerda:*

La aprobación definitiva de la Revisión de las Normas Subsidiarias de Gador, si bien en cuanto al sector 7 (antiguo GA-10) deberá emitirse por el organismo ambiental competente informe específico sobre la clasificación y, por consecuencia, posibilidad de transformación y urbanización de este Sector, en referencia explícita a la aplicación de la Directiva 79/409/CEE y 92/43/CEE "

Es evidente que tal aprobación por parte de la CPOTU se produjo condicionada tal y como observó la Sentencia de esta Sala trascrita antes cuyo objeto era precisamente este acuerdo de aprobación que confirmaba.

No podemos afirmar pues, que el suelo del Sector 7 es urbanizable conforme a las NNSS ni por tanto puede atribuirle tal clasificación la Adaptación impugnada. Más aún, dicha Adaptación no solo no contempla las previsiones y condicionantes de la CPOTU plasmadas en el Acuerdo de aprobación de las NNSS, sino que emitido en el seno del procedimiento de Adaptación informe medioambiental claramente desfavorable a la clasificación de urbanizable del suelo de dicho Sector, lo desconoce, de lo que podemos deducir que la Adaptación impugnada no respeta las limitaciones impuestas y altera el contenido del Acuerdo de aprobación de las NNSS que pretende adaptar, al menos en cuanto a la clasificación del suelo del Sector 7, incurriendo en la prohibición del artículo 3.3 a) del Decreto 11/08 .

Tal situación se refleja con claridad en el texto de la Adaptación cuando describe el planeamiento urbanístico del municipio y señala que:

"*Para uso Residencial , se preve una superficie global de 234.491m2 con un techo máximo de 113.194,6m2 una capacidad máxima según las NN. SS. de 842 viviendas. Este suelo se organiza en tres Sectores. El S-2 y el S-3, ambos al sur del núcleo principal, formando una corona que colmata el desarrollo del municipio por el sur, contando respectivamente con una capacidad de viviendas de 299 y 323 viviendas respectivamente y fomentando los futuros desarrollos del municipio en contrapartida con las 2 barreras de crecimiento que cuenta Gador: el río Andarax y las vías del tren. A continuación tenemos delimitado el sector S-7 que se encuentra localizado al Norte del núcleo saltando estas 2 barreras y fomentando el crecimiento al comienzo de la Carretera de Paulenca, contando con una capacidad de 220 viviendas.*

Estos sectores son de iniciativa privada, a gestionar según el Sistema de Actuación por Compensación, y las previsiones oportunas sobre Dotaciones se establecen según el artículo 17 de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre de ordenación urbanística de Andalucía. Todos ellos a desarrollar mediante la figura de planeamiento Plan Parcial de Ordenación a los cuales se les deja libertad para la ordenación pormenorizada así como las ordenanzas de aplicación.

Estos 3 sectores cuentan con ordenación pormenorizada aprobada inicialmente antes del 20 de enero de 2007 de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley 13/2005 de 11 de noviembre, por lo tanto no será exigible la reserva del 30% de la edificabilidad para vivienda de protección oficial "

Conviene traer a colación al hilo de lo argumentado por la demandada y por los informes de 10 de agosto de 2009 y 25 de noviembre emitidos por la Dirección General de urbanismo sobre que las limitaciones derivadas de la inclusión del Sector 7 en suelo LIC, que aunque no tenga efectos directos sobre la ordenación estructural y que ciertamente la inclusión en zona LIC no determina la clasificación del suelo, sin embargo todas las Administraciones están obligadas a salvaguardar los valores que se trata de proteger, y toda interpretación de las normas de planeamiento ha de ser la más favorable a la protección que se pretende.

Recordemos a continuación lo que la jurisprudencia europea tiene establecido sobre los efectos de la inclusión en la lista de lugares seleccionados como LIC:

(Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2010):

"Sin embargo, dado que el lugar de que se trata está incluido en la lista de lugares seleccionados como LIC aprobada por la Comisión, en los términos del artículo 4, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva sobre los hábitats, la ejecución de tal proyecto se halla comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 6,



apartado 2 de dicha Directiva, el cual permite responder al objetivo esencial de la conservación y protección de la calidad del medio ambiente, incluida la conservación de los hábitats naturales así como de la fauna y flora silvestres, y establece una obligación de protección general consistente en evitar deterioros y alteraciones que puedan tener efectos apreciables en lo que respecta a los objetivos de la Directiva Antes de que la Comisión haya aprobado dicha lista, un lugar de esta índole no debe estar sujeto, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva sobre los hábitats, a intervenciones que puedan alterar significativamente sus características ecológicas, en la medida en que ya figuraba en una lista nacional remitida a la Comisión con vistas a su inclusión en la lista comunitaria (sentencia de 14 de septiembre de 2006, Bund Naturschutz in Bayern y otros, C-244/05, Rec. p. I-8445, apartados 44 y 47)."

En similares términos ha venido a pronunciarse el Tribunal Supremo (STS de 23-5-2016) y Sentencia de 11 de mayo de 2009 (RC 2965/2005):

"los Estados miembros (en España, las Comunidades Autónomas) tienen la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas para los lugares que figuren en las listas nacionales remitidas a la Comisión, antes incluso de que ésta confeccione sus listas.

Así se deduce sin ninguna duda de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo de fecha 13 de enero de 2005 (Sociedad Italiana Dragaggi y otros, cuestión prejudicial; asunto C-C 117/2003), donde el Tribunal declaró lo siguiente:

"El artículo 4, apartado 5, de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992 , relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, debe interpretarse en el sentido de que las medidas de protección previstas en el artículo 6, apartados 2 a 4, de esta Directiva sólo son obligatorias por lo que respecta a los lugares que, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, párrafo tercero, de la citada Directiva, están incluidos en la lista de lugares seleccionados como lugares de importancia comunitaria aprobada por la Comisión de las Comunidades Europeas mediante el procedimiento previsto en el artículo 21 de dicha Directiva".

Pero declaró asimismo que de ello no se desprende que los Estados miembros no deban proteger los lugares a partir del momento en que los proponen, con arreglo al artículo 4-1 de la Directiva, en la lista nacional que se remite a la Comisión, puesto que:

"En cuanto a los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria , que figuran en las listas nacionales remitidas a la Comisión, y, en especial, a los lugares en los que existen tipos de hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias, los Estados miembros están obligados a adoptar, en virtud de la Directiva 92/43, medidas de protección apropiadas, visto el objetivo de conservación perseguido por la Directiva, para proteger el interés ecológico pertinente que dichos lugares tienen a nivel nacional".

(Esta es una consecuencia que el Tribunal extrae de la propia Directiva 92/43/CEE; por lo tanto, cuando la posterior Ley española 42/2007 dispone en su artículo 42.2 , tercer párrafo, que desde el momento en que se envía al Ministerio de Medio Ambiente la lista de los espacios propuestos estos pasarán a tener un régimen de protección preventiva, no está imponiendo algo novedoso, sino insistiendo en un régimen que estaba ya incluido, según el Tribunal, en la propia Directiva).

En consecuencia, la elaboración de las listas por las Comunidades Autónomas no es algo inocuo, algo que no produzca efectos jurídicos y materiales; no es una mera propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la propia Comunidad Autónoma a adoptar "medidas de protección adecuadas" para los lugares incluidos; se trata de un acto que, siendo una propuesta, pone una condición necesaria y suficiente para crear en la Comunidad Autónoma la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas".

Por virtud de lo que antecede, resulta pertinente dar la razón a lo sostenido por la parte actora y concluir en consecuencia que, antes de la aprobación de la lista por la Comisión, si el espacio figura ya incluido en la lista propuesta por el Estado miembro que corresponda, resulta necesario prever las medidas de conservación que precise la flora y fauna silvestre existente en la zona:

Pues bien, lo que se acaba de transcribir viene a dar cobertura a la tesis sostenida por la parte actora en orden a que los LIC quedan sujetos a protección antes incluso de que por la Comisión se haya aprobado la lista de lugares seleccionados como LIC, siendo suficiente que el lugar de que se trate haya sido incluido en la lista que el Estado miembro ha de remitir a la Comisión para su aprobación, protección que, además, ha de efectuarse en los términos del artículo 6.2 de la precitada Directiva, quedando entonces también resuelta, conforme a lo argumentado por la parte demandante, la cuestión relativa a la aplicabilidad de dicho precepto a los LIC".

Citaremos también aunque sin necesidad de reproducirla, la STS de 10-2-2016 sobre la improcedencia de admitir una interpretación extensiva de una norma de protección ambiental para lograr la desprotección de



determinados espacios, y sobre la relación entre los instrumentos de ordenación ambiental y planeamientos municipales.

Pues bien, aunque en este caso la Dirección General de Urbanismo de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio contrariamente a lo expuesto, no prevé medida protectora alguna ni efectúa objeción en ese sentido, sobre la aprobación de la Adaptación de las NNSS, no podemos obviar la situación del Sector 7, ni podemos mantener ante la evidencia de que este se halla en territorio LIC la forzada separación entre el ámbito urbanístico y el medioambiental, pues ello supondría en definitiva hacer ilusoria la protección de los valores del suelo.

Pero es que además no es solo que el régimen de protección previsto en el artículo 6 de la Directiva de Hábitats 92/43 /CE resulte aplicable antes incluso de la aprobación por la Comisión y posterior publicación de la correspondiente lista de los LIC, sino que además ni siquiera urbanísticamente podemos entender clasificado el suelo del Sector 7 como urbanizable por hallarse condicionada o suspendida tal clasificación en las NNSS que en absoluto puede alterar la resolución adoptada para su Adaptación a la LOUA, que se limita a reflejar una clasificación urbanística preexistente, declarada por el instrumento de planeamiento en vigor, sin modificarla o alterarla. Más cuando emitido el informe medioambiental al que se hallaba condicionada tal clasificación, en el procedimiento de Adaptación, resulta contrario a la misma.

Lo que por sí solo ha de determinar la estimación del recurso contencioso administrativo y la infracción de la normativa citada justifica, sin más y atendiendo al grado de repercusión de la infracción la nulidad de la resolución administrativa impugnada a la que afecta en su conjunto y a una concreta determinación, siendo entonces innecesario el examen del resto de los motivos de impugnación articulados todos ellos a los fines de conseguir un pronunciamiento de nulidad.

TERCERO.- No obstante todo lo anterior, es conveniente apuntar respuestas a algunas otras cuestiones también planteadas:

Llama la atención que en la adaptación no se haga referencia a la nulidad ya judicialmente declarada del Plan Parcial del Sector 7 cuando se describe el planeamiento urbanístico del municipio. Por el contrario se refiere a la aprobación definitiva de 2 de enero de 2007 y al hecho de que " *En el suelo Urbanizable Sectorizado, nos encontramos con la situación que los 3 sectores residenciales S-2, S- 3, y S-7 si han iniciado su tramitación,emitidos el 10 de agosto de 2009 contando con aprobación inicial los 3 sectores e incluso contando uno de ellos el sector S-3 con reciente aprobación definitiva del mismo* ".

En cuanto a los informes de 10 de agosto de 2009 y 25 de noviembre emitidos por la Dirección General de urbanismo, efectivamente como ya hemos adelantado no contemplan las limitaciones derivadas de la inclusión del Sector 7 en suelo LIC, concretamente los establecidos en la DIA y en la propia aprobación de las NNSS que supeditaba la transformación del suelo al informe medioambiental correspondiente, informe que ya no podía obviarse pues consta emitido el 12 de enero de 2010 que establece que en el mismo apartado de SNU de especial protección por legislación específica deben citarse los LIC, encontrándose en LIC precisamente el Sector 7.

No nos queda sino remitirnos nuevamente a los razonamientos de nuestra Sentencia de 13 de diciembre de 2010 antes transcrita parcialmente y a lo dicho antes sobre suelos LIC.

Al hilo de la demanda, debemos aceptar también la alegación relativa a la aparente contradicción en que incurre la adaptación de las NNSS cuando tras exponer la necesidad de cumplir con la reserva de aprovechamiento para viviendas de VPO, (que es lo que además justifica la propia Adaptación), sin embargo en su artículo 9 destaca la innecesariedad de la misma.

Señala el texto de la Adaptación cuando describe el planeamiento urbanístico del municipio que:

"Estos 3 sectores cuentan con ordenación pormenorizada aprobada inicialmente antes del 20 de enero de 2007 de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley 13/2005 de 11 de noviembre, por lo tanto no será exigible la reserva del 30% de la edificabilidad para vivienda de protección oficial ".

En cuanto a las objeciones de la Delegación de Cultura, confunde la demandada la determinación del objeto de los informes que se recabarán conforme al artículo 7 del Decreto 11/08 , y que versarán sobre nuevas disposiciones de la Adaptación, con el contenido preciso de la Adaptación que se determina en el artículo 3 de dicha norma , contenido que debería comprender conforme al apartado f), los espacios, ámbitos o elementos que hayan sido objeto de especial protección, por su singular valor arquitectónico, histórico o cultural. "La adaptación recogerá, con carácter preceptivo, los elementos así declarados por la legislación sobre patrimonio histórico".



Y la propia demandada reconoce y así se desprende de la memoria de la Adaptación que solo se incluye una serie de "B.I.C con fecha posterior a la redacción de las NN.SS. en julio de 2005 y que quedan recogidas por esta adaptación tanto en el plano como en el anexo final".

Tal deficiencia no fue subsanada en el sentido propuesto por la Delegación Provincial de Cultura de Almería, por lo que también la resolución impugnada infringe en este caso lo dispuesto en el artículo 3.f del Decreto 11/08 .

Agotando las alegaciones de la demanda, es cierto que el artículo 15.2 de la memoria de la Adaptación, establece que:

"Los sectores de Suelo urbanizable sectorizado que no se hayan desarrollado se ajustaran a lo establecido en las fichas reguladoras de las Normas Subsidiarias. Solo cambia la ficha del Sector 3 y sector 7 y solo varía lo referente a la reserva del 30% de la edificabilidad para vivienda protegida, por lo tanto habrá que modificar el plan parcial del sector 3 en cuanto a la edificabilidad global ya que como se observa en la nueva ficha esta aumenta como consecuencia de la incorporación del 30% de vivienda protegida, no obstante la ordenación pormenorizada definida en el planeamiento de desarrollo será válida a todos los efectos incluso siendo válida la nueva categorización de suelo urbanizable ordenado que le confiere esta adaptación al sector 3 por tener aprobación definitiva dicho planeamiento de desarrollo. En cuanto al sector 7 en tanto en cuanto no se resuelva la eficacia de la suspensión se estará a lo establecido en esta adaptación".

Y siendo cierto que el Sector 3 aumenta la densidad de viviendas que pasan de 50 a 65 y la edificabilidad que pasa de 38.748 a 41.889,73, se justifica en la Adaptación por la razón de la incorporación del 30% de vivienda protegida lo que podría encontrar amparo en el artículo 3.3.b) para conservar los aprovechamientos.

Con respecto a la UE-3 también ve modificada - sin aparente justificación- su superficie que pasa a tener 17.628,15 m² frente a los 12.462,81 m² que tenía según la revisión de las NNSS.

En cuanto a la anulación del proyecto de carretera a través de la cual - según la recurrente - se pretendía dar acceso a las tierras del promotor, modificando la provincial ALP-111 en Gádor se señala por el recurrente que no se pretendía mejora de la vía de Paulenca sino la realización de una nueva carretera. Sin embargo señala el recurrente que dicho proyecto de carretera fue finalmente anulado y las circunstancias que pone de manifiesto el recurrente en relación a dicho proyecto no determinan la nulidad del Acuerdo que nos ocupa, como tampoco lo sería el hipotético desconocimiento por parte de los Grupos políticos del Ayuntamiento de la propuesta de subsanación de errores sometida a Pleno, estando al parecer disponible el texto. Tampoco determinaría la nulidad de la resolución impugnada, las supuestas irregularidades de contratación para llevar a cabo su redacción que el recurrente pone de manifiesto.

En cuanto a las vías pecuarias la adaptación atiende las objeciones expresadas en el informe medioambiental de 12 de enero de 2010 en el sentido expuesto al folio 69 del expediente, sin que la demanda contenga argumentación o crítica suficiente o que conlleve la nulidad por motivo del trazado previsto o clasificación - se clasifican como SNU de especial protección por legislación específica en el artículo 3.1 y se representan a los planos NU-LE-1 y UN-LE-2-.

CUARTO.- Alega por último el recurrente que la adaptación no cumple el fin previsto en la norma, deduciendo de las irregularidades que se ponen de manifiesto, la existencia de desviación de poder.

Vuelve a poner de manifiesto el recurrente que carece de justificación la adaptación parcial porque en todo caso no era de aplicación la reserva para vivienda protegida, ya que los sectores 3 y 7 de uso residencial y afectados por la adaptación, fueron aprobados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 13/2005 de medidas para la vivienda protegida.

Ello es así, por haber sido aprobados tales sectores con posterioridad a la norma, y conforme a la Disposición Transitoria Única de la ley 13/2005 que establece:

"Aplicación del art. 10.1.A.b) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre

1. La localización de las reservas de terrenos con destino a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública a las que hace referencia el art. 10.1.A.b) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, será exigible desde la entrada en vigor de esta Ley, en los supuestos y forma establecidos en el art. 23 de la misma, a todos los nuevos sectores que se delimiten en suelo urbanizable no sectorizado.

2. Esta determinación será igualmente de aplicación a los Planes Parciales de Ordenación que desarrollen sectores ya delimitados en los instrumentos de planeamiento general vigentes, estuvieren éstos adaptados o no a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, si su aprobación inicial se produce con posterioridad al 20 de enero de 2007".



Y conforme al artículo 3.2.b del Decreto 11/2008 de 22 de enero, la adaptación parcial debe integrar las disposiciones que garanticen el suelo suficiente para cubrir las necesidades de vivienda protegida, conforme a lo dispuesto en el artículo 10 1.A).b) de la Ley 71/2002, de 17 de diciembre, y la disposición transitoria única de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo. No obstante, la citada reserva de vivienda protegida no será exigible a los sectores que cuenten con ordenación pormenorizada aprobada inicialmente con anterioridad al 20 de enero de 2007, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley 13/2005, de 11 de septiembre, ni en aquellas áreas que cuenten con ordenación pormenorizada, aprobada inicialmente, con anterioridad al inicio del trámite de aprobación de este documento de adaptación parcial.

En efecto, tal y como también la propia Adaptación reconoce no era precisa dicha adaptación para la reserva de terrenos de viviendas de protección oficial. Pese a ello se procede a establecer la correspondiente reserva de VPO en el Sector 3 por deseo de los propietarios, incrementando la densidad y edificabilidad.

Pese a lo extraño que ello resulta, no podemos deducir de lo que solo es una sospecha, la existencia de desviación de poder o el fraude de ley. En primer lugar la nulidad del acuerdo impugnado se deduce fácilmente del examen de los aspectos de legalidad ya analizados sin necesidad de indagar sobre otros aspectos más íntimos y sin duda más resbaladizos sobre la verdadera voluntad de los sujetos autores del mismo. En segundo lugar la adaptación de las NNSS de Gádor cuya aprobación inicial tuvo lugar en 2001, obtuvo en el aspecto urbanístico controvertido de la previsión de la reserva de VPO, el beneplácito de la Dirección General de Urbanismo que - dejando ahora de lado la competencia de la autoridad medioambiental- vino a señalar véase informe de 25 de noviembre de 2009 que declaraba que "el documento de adaptación parcial debe recoger disposiciones derivadas de la obligación de reservar terrenos destinados al menos al 30% ..." - folio 49 vuelto del expediente-.

Lo que dificulta la interpretación que se pretende sobre la intención desviada de la autoridad municipal en relación con la finalidad de eludir el control de la competencia urbanística y medioambiental autonómica.

A tenor del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no apreciándose la concurrencia de circunstancias de especial relieve, no ha lugar a la expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Cayetano, D. Clemente, D. Demetrio, D. Elías, D. Eulogio, D. Federico y D^a Cristina contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Gádor de 5 de abril de 2010 publicado en el BOP de Almería de 3 de agosto de 2011 por el que se aprueba definitivamente la adaptación parcial a la LOUA de las normas subsidiarias de Gádor, declarándose su nulidad.

Sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 2069000024225511, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.



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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ