



Roj: **STSJ M 11362/2017 - ECLI:ES:TSJM:2017:11362**

Id Cendoj: **28079330012017100681**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2017**

Nº de Recurso: **370/2017**

Nº de Resolución: **853/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 11362/2017,**
ATS 12137/2018,
STS 4184/2019

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Primera

C/ General Castaños, 1 , Planta 2 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2017/0005963

Procedimiento Ordinario 370/2017

Demandante: GRUPO MUNICIPAL POPULAR AYUNTAMIENTO MADRID

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO MIGUEL REDONDO ORTIZ

Demandado: AYUNTAMIENTO DE MADRID

LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

SENTENCIA N° 853/2017

Presidente:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS

Magistrados:

D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL

Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ

En la Villa de Madrid, a once de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTOS por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los autos del recurso contencioso- administrativo nº 370/2017 promovidos por el procurador de los tribunales don Francisco Miguel Redondo Ortiz, en nombre y representación del **GRUPO MUNICIPAL POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID**, contra el decreto, de 2 de marzo de 2017, del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible por el que aprueba la Instrucción 1/2017, aclaratoria sobre los artículos 8.1.22 , 8.1.23 y 8.1.28 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997



(Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid-BOAM- de 22 de marzo de 2017); siendo parte demandada el **AYUNTAMIENTO DE MADRID**, representado y asistido por su letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Admitido el presente recurso, y sustanciados los trámites legales pertinentes, se requirió a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando, en esencia, que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del referido decreto del delegado del área de desarrollo urbano sostenible de 2 de marzo de 2017 que aprueba la instrucción nº 1/2017 arriba reseñada.

SEGUNDO.- A continuación se confirió traslado al Ayuntamiento de Madrid, para que contestara a la demanda, verificándolo por medio de escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la parte recurrente; y subsidiariamente la desestimación del recurso.

TERCERO: Se ha fijado la cuantía del procedimiento en indeterminada. Recibido el juicio a prueba se practicaron aquellos medios de prueba que admitidos su resultado obra en autos. A continuación, se señaló para votación y fallo el día 4 de octubre de 2017, que se suspendió a fin de oír a la parte actora respecto a la causa de inadmisibilidad opuesta por la parte demandada. Una vez sustanciado dicho trámite en el que la parte actora efectuó alegaciones según escrito que consta en autos, se señaló para votación y fallo el día 5 de diciembre de 2017.

Ha sido ponente de esta sentencia el Ilmo. Sr. Dº JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA, magistrado de esta Sección, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de este recurso contencioso administrativo el decreto, de 2 de marzo de 2017, del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid por el que aprueba la Instrucción 1/2017, aclaratoria sobre los artículos 8.1.22, 8.1.23 y 8.1.28 de las Normas Urbanísticas (NNUU) del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 (PGOUM 1997), que regulan los cambios de clase de uso en patios de manzana y espacios libres.

Se dicta el mencionado decreto en uso de las facultades conferidas en el punto 3º.1.3 del Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de 29 de octubre de 2015, de organización y competencias del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, y al amparo del artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, conteniendo una memoria justificativa que, tras hacer un resumen de la historia y contenido de la modificación del PGOUM 1997 aprobada el 8 de mayo de 2008 con la finalidad de facilitar nuevas soluciones que permitan la mejora de la situación de los patios de manzana, concluye señalando: *"Por ello se estima oportuno la elaboración y aprobación de una instrucción, que de modo inequívoco fije el criterio para aclarar la aplicación de la normativa recogida en los artículos 8.1.23, 8.1.23 y 8.1.28, analizándolo de acuerdo con los objetivos establecidos en la memoria del expediente de Modificación del Plan General de Ordenación Urbana ya citada, tal y como se establece en el artículo 1.1.5.1 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997(NNUU del PGOUM), y aplicándolos a su vez en coherencia con la normativa urbanística actual, al amparo de la interpretación sistemática y teleológica prevista en el artículo 3.1 del Código Civil "*.

Previamente se indicaba que en relación con las Actuaciones Autorizables, las normas aprobadas en la modificación de 2008 contienen una redacción en diversos apartados no siempre idéntica en lo que hace referencia a la regulación de un aspecto esencial: la actuación que puede ser o no autorizada, ya que unas veces la norma utiliza la expresión cambio de uso y en otras utiliza la expresión clase de uso. Añade que *"la aclaración sobre estas dos expresiones utilizadas en la redacción de los artículos citados, cambio de uso y cambio de clase de uso, se considera esencial para garantizar la realización del principio de seguridad jurídica, y la correcta coordinación de la actividad administrativa, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público " (...)* Debido a lo anterior se pueden producir dudas en la aplicación del artículo 8.1.28.4.c, referente al reparto de plusvalías generadas por el cambio de uso a las que se hace referencia en él (...)

Consecuentemente esta instrucción se plantea con dos objetivos:

Establecer los criterios aclaratorios sobre los cambios de clases de uso y cambio de uso.

Clarificar el criterio a adoptar que resulte de aplicación respecto de los deberes urbanísticos ".



La instrucción contiene cinco puntos:

- 1.- Sobre los cambios de clase de uso.
2. Sobre los cambios de uso.
- 3.- Sobre el Plan Especial a tramitar.
- 4.- Deberes urbanísticos.
- 5.- Efectos de la Instrucción.

Se ha publicado en su integridad en el Boletín Oficial del Ayuntamiento de Madrid (BOAM) de fecha 22 de marzo de 2017. No consta que la misma se haya ratificado en el pleno del ayuntamiento, y es suscrita por el citado concejal delegado en la indicada área.

SEGUNDO.- La parte recurrente, Grupo Municipal Popular en el Ayuntamiento de Madrid, insta en su recurso la nulidad de pleno derecho de la instrucción impugnada, al entender que la misma no reúne los requisitos de la figura regulada en el artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que la define como instrumento jurídico peculiar incardinándose en el marco de las relaciones de jerarquía y coordinación (art. 103.1 de la CE); siendo un vehículo para lograr una mayor eficacia de la Administración con efectos exclusivamente internos, sin que nunca pueda constituir una disposición de carácter general, y siempre respetándose el sistema de fuentes legales.

Partiendo de que la modificación puntual de una norma de un plan general sólo puede hacerse por el mismo procedimiento legalmente previsto para su aprobación, es evidente, añade la parte recurrente, que la instrucción objeto de este recurso está modificando, no aclarando, los artículos 8.1.22, 8.1.23 y 8.1.28 de las NNUU del PGOUM 1997. Bajo la apariencia de simple directriz u orden de servicio, lo que hace es innovar el ordenamiento jurídico, saltarse la prelación de fuentes legales, actuando como un verdadero reglamento dirigido a una pluralidad de personas con vocación de permanencia y con evidentes efectos jurídicos hacia terceros, es decir, actúa como una verdadera disposición de carácter general.

Concluye la parte que la finalidad de esta auténtica modificación de esos preceptos de las citadas normas del plan general, como se recoge en la intervención del delegado del Área de Desarrollo Urbano Sostenible (autor del decreto), en la sesión celebrada el 22 de marzo de 2017 de la Comisión Permanente Ordinaria de Desarrollo Sostenible, es evitar o frenar la terciarización del centro de la ciudad, lo que no se podría obtener mediante una modificación puntual del PGOUM 1997, de ahí que se utilice una simple instrucción aclaratoria. Todo lo cual vulnera los artículos 47.1.e) y 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

TERCERO.- El ayuntamiento demandado se opone al recurso articulando en primer lugar la causa de inadmisibilidad del mismo al amparo del artículo 69, b) de la LJCA, por falta de legitimación activa de la actora, en relación con los artículos 45.2 y 19 de la LJCA, por carecer de personalidad jurídica. En tal sentido invoca la STS de 5 de marzo de 2014, y sin perjuicio de la legitimación de los concejales como representantes de los ciudadanos.

Añade que la legitimación para la impugnación de actos y acuerdos de la corporación municipal la ostentan a título individual los concejales y no el grupo al que pertenecen, en razón a que esos grupos son titulares de personalidad jurídica en la actividad interna de aquella, pero no para una actividad externa como la procesal; en tal sentido el artículo 63.1, b) de la Ley de Bases de Régimen Local. Se citan sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014, 29 de abril de 2016 y 8 de julio de 2016.

En segundo lugar, dicha parte alega que la instrucción recurrida en ningún caso es una disposición de carácter general, está carente de valor normativo alguno, con eficacia tan sólo in intra, conforme se desprende del expediente administrativo, por lo que no tiene encaje en la actuación administrativa a que se refieren los artículos 1 y 25 de la LJCA, como susceptible de recurso contencioso-administrativo, por lo que procede también declarar la inadmisibilidad del recurso al amparo del artículo 69, c) de la LJCA, en relación con el 25 de aquella norma, ya que se pretende atacar una actuación administrativa no susceptible de impugnación.

La instrucción lo que hace es aclarar el alcance de las expresiones cambio de uso y cambio de clase de uso respecto a las actuaciones autorizables en los patios de manzana, que se hace necesaria tras la modificación del año 2008, que introduce una nueva redacción de los artículos 8.1.22, 8.1.23 y 8.1.28 de las NNUU del PGOUM 1997, en el sentido de recuperar los patios de manzana y espacios libres.

Concluye la parte reiterando que la instrucción no es una disposición normativa, ni una modificación de disposición normativa, ni vulnera la normativa básica del Estado, ni las leyes de Administración local de las CCAA, ni las ordenanzas y reglamentos aplicables. Se indica de contrario que la misma modifica los indicados



artículos de las NNUU del PGOUM 1997, pero no se dice en qué, con qué alcance, en qué varía el contenido de los citados artículos, y la razón es evidente, nada se explica de contrario porque no existe modificación alguna.

CUARTO.- Una correcta sistemática procesal requiere examinar y resolver en primer lugar la causa de inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa de la parte recurrente opuesta por el ayuntamiento demandado.

En fase de alegaciones abierta por esta Sala, la parte actora opone, esencialmente, que en aplicación del artículo 63.1.b. de la Ley de Bases de Régimen Local estarían legitimados para impugnar acuerdos y actos de un ayuntamiento los concejales que hubieran votado en contra, pero el presente no es el caso porque no ha existido votación alguna, ya que quien dicta el acto es un órgano unipersonal, no uno colegiado.

En este procedimiento, los concejales del Grupo Municipal Popular no han tenido ocasión de pronunciarse, por lo que de no aceptarse la legitimación de ese grupo se estaría produciendo indefensión (artículo 24 de la CE .)

Un adecuado análisis de esta primera cuestión exige con carácter previo y esencial determinar la naturaleza jurídica de la instrucción impugnada, cuyo preámbulo y partes dispositivas se han expuesto esquemáticamente en el fundamento de derecho primero.

No se ha discutido en ningún momento por las partes que este Tribunal y Sección sean los competentes para resolver el presente recurso. Se hace esta aclaración por cuanto que el ayuntamiento demandado alega que la instrucción es un mero acto administrativo de carácter municipal y puramente organizativo sin trascendencia al exterior, y por ello, incluso no recurrible en vía jurisdiccional.

Esta Sección, según las normas de reparto que rigen en esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revisa la legalidad de los instrumentos de ordenación urbanística, como son los planes generales de ordenación urbana, que legal y doctrinalmente son considerados disposiciones de carácter general. En tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 2012. (Recurso de Casación 2305/2008): *"La doctrina especializada y la jurisprudencia constante de esta Sala viene considerando que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística ostentan la naturaleza de disposiciones de carácter general porque tras su aprobación se incorporan al ordenamiento jurídico, su vigencia y fuerza vinculante permanece de manera indefinida en el tiempo y se consolidan en cada acto de aplicación. También por su específica configuración legal, que expresamente les atribuye los principios de inderogabilidad singular, publicidad y jerarquía normativa, característicos de las disposiciones reglamentarias (artículos 51 y 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Por todas, sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2009 (Casación 5100/2005)"*.

Parte integrante de estos instrumentos de ordenación son las normas urbanísticas o NNUU (artículo 43, e de la LSM), que, en este caso, tres artículos de las del PGOU de Madrid de 1997, con la modificación de 2008 indicada, constituyen el objeto de la instrucción recurrida, para, según su memoria, aclarar algunos de sus pronunciamientos.

En materia urbanística la aprobación de un instrumento de ordenación urbana como es un plan general se ha de tramitar y aprobar, en un primer momento y tras el correspondiente y vinculante trámite de exposición al público y emisión de los preceptivos informes (aprobación inicial y provisional), por el órgano colegiado de los ayuntamientos de superior jerarquía: el pleno (artículos 57 y ss. de la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid-LSM , y 22.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local - LBRL-); y posteriormente, de forma definitiva, por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (artículo 61 de la LSM). Su modificación, en el sentido de cualquier alteración, se ha de verificar por la misma clase de plan e idéntico procedimiento seguido para su aprobación (artículo 67 de la LSM).

El acuerdo, de 29 de octubre de 2015, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible (BOCAM de 10 de noviembre de 2015, núm. 276, págs. 68 - 70), establece en lo que interesa al presente caso:

"2º.- Competencias del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible.

1. De conformidad con lo previsto en el Decreto de la Alcaldesa de 13 de junio de 2015, por el que se establece el número, denominación y competencias de las Áreas en las que se estructura la Administración del Ayuntamiento de Madrid, corresponden al Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible las competencias ejecutivas en materia de planeamiento, gestión urbanística, control de la edificación, sistema de gestión de las licencias de actividades, planificación urbanística y planificación e implantación de la movilidad y del transporte público colectivo, diseño y definición de los elementos del paisaje urbano, proyectos urbanos estratégicos y de regeneración urbana y vivienda, desarrollo y ejecución de obras de reparación y conservación de las vías, espacios públicos y equipamientos urbanos, de la señalización, alumbrado y galerías de servicio, y obras de construcción de infraestructuras urbanas.

2. En el ámbito material de competencias previsto en el punto anterior, se delegan en el titular del Área de Gobierno y en sus órganos directivos las competencias que se relacionan en los siguientes apartados

3º.- Titular del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible

1. Competencias generales.

1.1. Dirigir e impulsar las políticas municipales.

1.2. Garantizar el cumplimiento de las ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones legales de aplicación en el municipio.

1.3. Dictar instrucciones para dirigir la actividad de los órganos y organismos que integran el Área de Gobierno.

1.4. Ejercer acciones administrativas en materias de la competencia del Alcalde".

El artículo 6 de la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público dispone: "
1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividad des de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir".

La redacción del presente precepto legal es similar al 21 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por ello se ha de recordar la doctrina jurisprudencial existente respecto a dicho precepto, si bien previamente se ha de hacer un pequeño resumen de sus antecedentes legislativos.

Estas instrucciones y órdenes de servicio (antiguas circulares del artículo 7 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958), cuyo contenido puede ser muy diverso: fijar unos criterios a seguir por los funcionarios ante concretas situaciones; o la forma en que se ha de interpretar y aplicar algún precepto legal o reglamentario; o imponer objetivos a cumplir por las unidades administrativas.

La Jurisprudencia es unánime y uniforme al indicar que dichas instrucciones o circulares tiene una simple eficacia ad intra de la organización administrativa, por lo que se dirigen a los inferiores jerárquicos, no a los particulares. Ello impide que puedan considerarse normas reglamentarias. De ahí que su eventual incumplimiento, por sí solo, como disponía ese artículo 21.1 de la Ley 30/ 1992 y el vigente 6.2 de la Ley 40/2015 , no afecta a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir. En tal sentido, SSTS 21 de junio de 2006 , 2 de marzo de 2007 y 17 de octubre de 2007 .

Como arriba se dijo, el ayuntamiento demandado opone fundamentalmente que la instrucción impugnada no es una disposición general, sino ese instrumento de organización interna dirigida a los funcionarios de la corporación para aclarar algunas expresiones de concretos artículos de las NNUU del plan general en lo referente a los patios de manzana.

Sin embargo, a criterio de este Tribunal, una mera lectura de esos elementos que estructuran la instrucción y que, como se ha dicho, se han recogido de forma resumida al principio de los presentes fundamentos jurídicos, lleva a la conclusión, en primer lugar, de que todos su amplios pronunciamientos no van dirigidos a los funcionarios de ese ayuntamiento, sino a los particulares que quieran realizar alguna intervención en los patios de manzana de los inmuebles ubicados en el términos municipal.

En segundo lugar, esas partes enunciadas ya revelan en su denominación que se está desarrollando aspectos de los tres preceptos de las NNUU del PGOUM de 1997 a que se refiere que van más allá de una simple aclaración, creando derecho con fuerza vinculante para los citados interesados y constituyendo por tanto una autentica regulación.

En el punto 1, "Sobre los cambios de clase de uso", se recoge con carácter imperativo que, en todas las edificaciones y construcciones reguladas en el artículo 8.1.22 de las NNUU, situadas fuera del área de movimiento de la manzana, el Plan Especial previsto en el artículo 8.1.28/4 que se haya de tramitar y aprobar, "sólo podrá autorizar dentro del mismo uso cambios de clase de uso respecto a los existentes implantados con licencia urbanística".

El artículo 8.1.23 de las NNUU, "Transformaciones de uso", en su apartado 1, sólo indica, y con relación a las edificaciones y transformaciones definidas en el apartado 1 del artículo anterior, que *"no se admiten las transformaciones de uso o clase de uso existentes (entendiéndose como tal el que está autorizado mediante licencia urbanística) que podrán ser mantenidas en tanto no se produzca su demolición"*.

Obviamente, la alteración de la norma es evidente. Igualmente sucede con el segundo párrafo de ese punto 1 de la instrucción impugnada, cuando en su inciso final llega a decir: *"Por tanto, en las construcciones existentes que ocupan el patio de manzana no será posible la implantación de usos autorizables (salvo que se trate de edificios catalogados en niveles 1 y 2)"*.

Seguidamente, el punto 2, "Sobre los cambios de uso ", regula los cambios de usos en los patios de manzana únicamente para dos supuestos: a) los que por aplicación del artículo 8.1.28.5 de la NNUU excepcionalmente puedan autorizarse por la CIPHAN a través de informe preceptivo y vinculante; y se añade: *"Estos cambios de uso deberán adecuarse a los objetivos señalados en la Memoria de la Modificación de Plan General, aprobada el 8 de mayo de 2008, que se refiere a las condiciones para la actuación en patios de manzana y espacios libres, y deberán justificarse adecuadamente en cada expediente"*; y b) los que propongan en los edificios catalogados en los niveles 1 y 2 cuando su normativa específica supongan los supuestos que a continuación se indican.

Resaltar que el 8.1.28, bajo el epígrafe "Condiciones para la actuación en espacios libres", regula las actuaciones preferentes, no permitidas y exceptuadas, con una serie de condiciones que se remiten al apartado 4, y excepciones a las mismas. El apartado 5 regula el informe preceptivo y vinculante de la CIPHAN respecto a esas actuaciones en dichos espacios libres, significando: *" dictaminará sobre la oportunidad de la tramitación del instrumento de planeamiento adecuado, el cumplimiento de los requisitos exigidos y las posibles excepciones a ellos en base a la singularidad de sus condiciones "*. Y señala con rotundidad : *"Con dictamen favorable se podrá eximir de la tramitación del Plan Especial a aquellas actuaciones que no afecten derechos de terceros y tengan escasa o nula trascendencia en la imagen final del patio. Como tal se consideran aquellas actuaciones que, sin superar la altura de una planta sobre rasante, tengan una superficie inferior al 5 por 100 de la total del patio de manzana y no superen los 50 metros cuadrados, autorizándose en tal caso los cambios de uso siempre que se ajusten a las condiciones de la Norma Zonal.*

Para el supuesto que se eximiese del trámite de Plan Especial, corresponderá a la CIPHAN la recomendación de aportar soluciones para mejorar la habitabilidad e higiene del patio de manzana. En este caso, se velará por el desarrollo de cubiertas ajardinadas con criterios de sostenibilidad, optándose en lo posible por una elección de especies tapizantes de baja demanda hídrica y escaso mantenimiento".

Asimismo, el contenido de ese punto 2 de la instrucción excede de esa regulación del citado precepto de las NNUU, al restringir en los términos referidos los supuestos de cambio de uso, lo que constituye una meridianamente modificación de la norma.

El punto 3, "Sobre el Plan Especial a tramitar", establece también con carácter imperativo: *" El Plan Especial que regule las actuaciones permitidas en los patios de manzana por los artículos 8.1.22, 8.1.23 y 8.1.28 no incluirá en su contenido y determinaciones, las referencias relativas al control urbanístico-ambiental de usos, exigibles a los Planes Especiales para el Control Urbanístico-Ambiental de Usos (PECUAU) por el título 5 de las Normas Urbanísticas, cuando la clase de uso a implantar se encuentre entre los compatibles, referidos al grado y nivel de usos de la norma zonal de aplicación.*

Solamente procederá la tramitación de un PECUAU si los usos compatibles a implantar se encontraran entre los indicados por los artículos 5.2.7, 7.5.19 y 7.6.11 de las Normas Urbanísticas citadas".

El apartado 4 del artículo 8.1.28 de las NNUU, dispone. *" 4. Actuaciones autorizables. Mediante la aprobación de un Plan Especial que, en todo caso, deberá someterse con carácter previo a su aprobación definitiva a los procedimientos ambientales en aplicación de la Ley 2/2002, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid , se podrán autorizar obras en las construcciones existentes para cambiar su clase de uso, siempre que se cumplan lassiguientes condiciones, siendo imprescindible que cualquier propuesta de actuación mejore las actuales condiciones del patio de manzana (...)"*.

A continuación, se recogen 4 condiciones: *"4.1 Condiciones relativas a la edificación cuyo uso se pretende transformar ; 4.2 Condiciones aplicables a las edificaciones principales ; 4.3 Condiciones aplicables en las edificaciones complementarias; y 4.4 Condiciones aplicables a las edificaciones interiores"*.

Igualmente, en este caso la instrucción sobrepasa el contenido de la norma urbanística estableciendo otras obligaciones a cumplir por los planes especiales que han de presentar los particulares interesados en relación a los reiterados patios de manzana.

El punto 4, "Deberes urbanísticos", de la instrucción, indica:



a) *En los supuestos señalados en los apartados anteriores, en los que se produzca un cambio de clase de uso, no se tramitará tipo alguno de convenio de cesión de plusvalías, ya que este tipo de actuaciones no se corresponden con las Actuaciones de Dotación de acuerdo con la legislación urbanística vigente.*

b) *En los supuestos señalados en los apartados anteriores, en los que se produzca un cambio de uso, de conformidad con la normativa urbanística vigente, se aplicarán las siguientes reglas:*

- Se impondrán las cargas y deberes urbanísticos establecidos por la legislación urbanística para las Actuaciones de Dotación.

- El Plan Especial recogerá y cuantificará entre sus determinaciones el alcance de los deberes urbanísticos que resulten de aplicación"

Este último punto es aún más significativo respecto a que a través de una mera instrucción de servicio se quiere añadir el cumplimiento de obligaciones urbanísticas, ciertamente para los que legalmente se ha de exigir (las personas que quieran realizar actuaciones de tal clase en los patios de manzana), con la clara modificación que ello supone de esos preceptos de las NNUU del PGOUM de 1997 en tanto que no las prevén. Pero es que, en ningún caso, tampoco cabría a través de ese instrumento, que está previsto, como se ha visto, para otra finalidad, intentar complementar los pronunciamientos establecidos por esos artículos de las reiteradas NNUU con una auténtica regulación que crea deberes urbanísticos.

Al igual que se hace con la valoración de una disposición legal, en que para saber la voluntad del legislador se acude al diario de sesiones de la cámara, consta en las actuaciones (documento aportado con la demanda y debidamente admitido) copia del diario de sesiones de la celebrada con carácter ordinario por la Comisión Permanente Ordinaria de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid el 22 de marzo de 2017. En la página 44, y en relación a la instrucción objeto de autos, el Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible (autor de la misma) explica a preguntas del portavoz del grupo demandante en este proceso, las siguientes razones, entre otras, de la aprobación de la citada resolución: "*(...) Esta instrucción lo que hace es aclarar la diferencia entre cambio de uso y cambio de clase de uso para evitar la terciarización, y ese es el objeto en el patio de manzana, ojo, en patio de manzana, en aquellos edificios afectados por patio de manzana. Es una instrucción aclaratoria, como se ha dicho en esta comisión. Hacía referencia a la modificación puntual de patios de manzana, señor(...)* La modificación puntual de patios de manzana es una modificación puntual que debe seguir adelante, pero que en ningún caso nos va a permitir atajar determinados problemas inmediatos por la complejidad de tramitar una modificación puntual, tanto desde el punto de vista del apoyo que se necesita para aprobar una modificación puntual en términos de apoyo político, tanto en el Pleno del Ayuntamiento de Madrid como en el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (...).

QUINTO.- La conclusión del anterior fundamento determina, a criterio de esta Sala, que el grupo municipal recurrente está legitimado para ejercitar una acción pública en materia urbanística ante esta jurisdicción, y con el resultado que luego se concretará, contra lo que es, bajo la apariencia y denominación de una instrucción meramente organizativa, en la realidad, a tenor de todo el contenido arriba valorado, una disposición de carácter general que modifica una parte integrante (normas urbanísticas) de otra como es un instrumento de planeamiento urbanístico, sin seguir el procedimiento legalmente previsto para ello, y dictada, además, por un órgano manifiestamente incompetente a tenor de la normativa igualmente reseñada.

La acción pública en urbanismo se introduce en nuestro ordenamiento jurídico en la ley del suelo de 1956, con el fin de asegurar una protección adecuada de la legalidad urbanística, permitiendo que cualquier persona física o jurídica pueda exigir ante los órganos administrativos y los de la Jurisdicción Contencioso- administrativa que se cumpla la legislación urbanística y los instrumentos de planeamiento. En la Constitución Española de 1978 se prevé que la acción popular se pueda ejercitar por cualquier ciudadano (artículo 125), y en su artículo 24 establece que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

El vigente artículo 5 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana dispone en su letra f) que todos los ciudadanos tienen derecho a "*Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora*".

El artículo 19.1.g) de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso- administrativo : "*Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes* ".



El 18 de la misma norma procesal señala que "los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la ley así lo declare expresamente"

El 20. a) establece que "No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una ley lo autorice expresamente".

El artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril de las Bases de Régimen Local (LRBRL), dispone : Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:

b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos".

El 20.3 de la misma ley prescribe que " Todos los grupos políticos integrantes de la Corporación tendrán derecho a participar, mediante la presencia de Concejales pertenecientes a los mismos, en los órganos complementarios del Ayuntamiento que tengan por función el estudio, informe o consulta de los asuntos que hayan de ser sometidos a la decisión del Pleno" .

El Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, regula en su artículos 23 al 29, 82 y 125 la figura de los grupos políticos en tanto forma de constitución de los miembros de las corporaciones locales.

En el 29 se indica que " Corresponde a los grupos políticos designar, mediante escrito de su portavoz dirigido al Presidente y en los términos previstos en cada caso en el presente Reglamento, a aquellos de sus componentes que hayan de representarlos en todos los órganos colegiados integrados por miembros de la Corporación pertenecientes a los diversos grupos ". En el 82.1, y a efectos de la convocatoria de los plenos de la corporación, se recoge : "El orden del día de las sesiones será fijado por el Alcalde o Presidente asistido de la Secretaría. Asimismo, podrá recabar la asistencia de los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde ésta no exista, de los Tenientes de Alcalde, y consultar si lo estima oportuno a los portavoces de los grupos existentes en la Corporación". En el 125, b, se indica que "En el acuerdo de creación de las Comisiones Informativas se determinará la composición concreta de las mismas, teniendo en cuenta las siguientes reglas: b) Cada Comisión estará integrada de forma que su composición se acomode a la proporcionalidad existente entre los distintos grupos políticos representados en la Corporación".

El 209 del mismo ROF dispone: " Contra los actos y acuerdos de las Entidades locales que pongan fin a la vía administrativa, los interesados podrán, previo recurso de reposición o reclamación previa en los casos en que proceda, ejercer las acciones pertinentes ante la jurisdicción competente.

2. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las Entidades Locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las Corporaciones Locales que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos". Finalmente, el 210, b establece que "Ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y Autoridades: b) Las de las autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa".

Llegados a este punto, no obstante que la normativa expuesta en principio sólo atribuye a los grupos políticos municipales una función interna o corporativa, se ha de recordar que la jurisprudencia ha reconocido la legitimidad de los grupos políticos de una corporación local para poder impugnar en vía contencioso administrativa los acuerdos de la corporación si los concejales integrantes del grupo votaron en contra. En la STS de 7 de febrero de 2007, recurso nº 2946/2007 , se decía en su fundamento de derecho sexto: " Si bien es cierto que el Grupo Municipal comparecido como demandante no estaría legitimado para ejercitar acciones en nombre de Concejales que no hubiesen discrepado de los acuerdos municipales combatidos o que no hubiesen expresado su voluntad de recurrirlos, en este caso se ejercita la acción por esa agrupación de Concejales, prevista legalmente (artículos 20.3 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local y 23 del Reglamento de Organización , funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986), cuando todos ellos habían votado en contra de los acuerdos de la Corporación y han manifestado la decisión unánime de ejercitar contra dichos acuerdos las oportunas acciones en sede jurisdiccional, de manera que, conforme a lo establecido concordadamente por los artículos 18 y 19.1 b) de la Ley de esta Jurisdicción, debe considerarse al Grupo Municipal demandante legitimado para sostener las referidas acciones, porque si cada uno de los Concejales, que forman el Grupo, está legitimado para impugnar esos acuerdos al haber votado en contra de ellos y expresado su decisión de recurrirlos en vía contencioso-administrativa, no cabe negar legitimación al Grupo Municipal, en que legalmente se integran, para sostener la acción que



todos y cada uno de sus miembros desea ejercitar, razón por la que la aducida causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación del demandante debe ser también rechazada". Esta sentencia es mencionada por la del mismo tribunal de 11 de octubre de 2012 (rec. 5552/2010).

Se ha de recalcar, como ya se adelantó, que la resolución impugnada ha sido dictada por un órgano unipersonal del ayuntamiento demandado, no ha sido ratificada por el pleno, ni tan siquiera ha sido objeto de dación en cuenta ante este órgano, que constituye, a tenor de la normativa local expuesta, el máximo fiscalizador de la actuación municipal desde el punto de vista político, sin bien legalmente y jurisprudencialmente también sus miembros y grupos pueden ejercer su control legal mediante la impugnación ante los tribunales. El artículo 46.2.e) de la LBRL establece que " *En los plenos ordinarios la parte dedicada al control de los demás órganos de la Corporación deberá presentar sustantividad propia y diferenciada de la parte resolutive, debiéndose garantizar de forma efectiva en su funcionamiento y, en su caso, en su regulación, la participación de todos los grupos municipales en la formulación de ruegos, preguntas y mociones.* La ley 11/1999, de 21 de abril, llamada del Pacto Local, si bien avanza en el carácter presidencialista del gobierno local reforzando las competencias del alcalde, mantiene y amplía las funciones de control y fiscalización del pleno, que se extiende a todos los órganos de aquél: alcalde, tenientes de alcalde, concejales delegados.

El presente recurso se interpone a través del poder general otorgado por el concejal portavoz del grupo municipal recurrente en virtud de otorgamiento adoptado por acuerdo de dicho grupo. Por lo tanto, tanto dicho portavoz, como los concejales que integran el grupo político, no han votado ni a favor ni en contra de la citada instrucción, pues no ha sido objeto de control plenario. Reiterar que la normativa expuesta promueve la fiscalización de cualquier órgano municipal por los concejales y grupos políticos de la corporación. Como arriba se expuso, en una sesión de la Comisión Permanente Ordinaria de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid, el delegado autor de la instrucción contestó a preguntas del portavoz del grupo municipal recurrente en cuya intervención se aprecia su oposición claramente contraria a esa resolución, por lo que el mismo ya estaría legitimado para ejercitar la presente acción.

Si la doctrina expuesta reconoce a los grupos políticos, y en los términos expuestos, legitimación activa para poder impugnar ante los tribunales acuerdos de los órganos colegiados de los ayuntamientos dictados en materia urbanística, esta legitimidad, en tanto capacidad procesal, se extiende, a criterio de esta Sala, también para impugnar los actos de los órganos unipersonales de dichas corporaciones locales que, como en el presente, se han sustraído al control del órgano colegiado de jerarquía superior, dictado con manifiesta incompetencia y prescindiendo del procedimiento legalmente previsto.

La ampliación de la legitimación activa al mero interés legítimo (SSTC 93/1990 , 32 y 97/1991 y 195/1992) y la legitimación que para impugnar acuerdos se le atribuye por la LBRL a los concejales que normalmente está integrados en partidos políticos que han de ejercer esa labor de control de la legalidad en la actuación de los órganos de gobierno municipales en tanto pilar básico de un estado de derecho, ratifican la conclusión arriba expuesta de que el grupo municipal recurrente está legitimado activamente en el presente proceso.

SEXTO.- Los anteriores pronunciamientos conducen a declarar la nulidad de pleno derecho de la instrucción impugnada al vulnerar de forma flagrante el artículo 47.1, letras b) y e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas . Lo cual, insistiendo en los anteriores fundamentos de derecho, porque dicha resolución administrativa se ha dictado por un órgano manifiestamente incompetente, pues al ser en realidad una disposición de carácter general (modificación de una parte esencial de un plan general de ordenación urbana), debió de aprobarse, en su caso, inicial y provisionalmente por el pleno de la corporación y posteriormente por el competente de la Administración autonómica ("*Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*") ; y a través de la tramitación, arriba también expuesta, que esquiva la legalmente exigible para dicha modificación normativa ("*Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido...*").

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, y no apreciarse en este caso serias dudas de hecho o de derecho.

No obstante, a tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente, atendida la índole del litigio y la concreta actividad desplegada por las partes, limitar la cantidad que, de los conceptos de honorarios de Abogado y derechos de Procurador, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de 1.500€, más la que en concepto de IVA corresponda a la cuantía reclamada.

A la vista de los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

DESESTIMANDO LA CAUSA DE INADMISIBILIDAD DEL RECURSO POR FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA PARTE ACTORA, DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EL GRUPO MUNICIPAL POPULAR DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID Y DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO de la Instrucción 1/2017, aclaratoria sobre los artículos 8.1.22, 8.1.23 y 8.1.28 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, aprobada por el decreto, de 2 de marzo de 2017, del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible del Ayuntamiento de Madrid ; con imposición de las costas de este recurso, en la cuantía y términos fijados en el fundamento de derecho séptimo, al ayuntamiento demandado.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de **treinta días**, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente. Previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2414- 0000-93-0370-17 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo **concepto** del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92- 0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2414-0000-93-0370-17 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente Juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS D. JOSÉ ARTURO FERNÁNDEZ GARCÍA

Dña. MARÍA DOLORES GALINDO GIL Dña. MARÍA DEL PILAR GARCÍA RUIZ