



Roj: **STSJ AND 11563/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:11563**

Id Cendoj: **41091330022018100257**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **2**

Fecha: **20/09/2018**

Nº de Recurso: **313/2015**

Nº de Resolución: **799/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **PEDRO MARCELINO RODRIGUEZ ROSALES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SEVILLA

SECCIÓN SEGUNDA

Recurso contencioso administrativo 313/2015

Ilmos. Srs. Magistrados:

José Santos Gómez

Ángel Salas Gallego

Pedro Marcelino Rodríguez Rosales (ponente)

DEMANDANTE: Federación Ecologistas en Acción-Sevilla

Procurador: Sr. Ruiz Contreras

DEMANDADOS:

1º) Junta de Andalucía

Abogado y representante: letrado de sus servicios jurídicos

2º) Ayuntamiento de Arahal

Abogado y representante: Sr. Seco Gordillo, letrado de la Diputación Provincial de Sevilla

DISPOSICIONES GENERALES IMPUGNADAS:

1º) resolución de la Comisión Territorial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Sevilla de 16 de diciembre de 2014, que aprueba definitiva y parcialmente la Innovación 34 de la Adaptación parcial a la de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, categoría de suelo no urbanizable del municipio de Arahal (protección específica cauce de aguas)

2º) resolución de la Comisión Territorial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Sevilla de 9 de febrero de 2015, que aprueba definitiva y parcialmente la Innovación 34 de la Adaptación parcial a la de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, categoría de suelo no urbanizable del municipio de Arahal (protección específica protección agrícola)

CUANTÍA: indeterminada

Sevilla, 20 de septiembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La Federación Ecologistas en Acción-Sevilla interpuso recurso contencioso administrativo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento, que el tribunal admitió a trámite.

SEGUNDO.- El tribunal reclamó el expediente administrativo y el emplazamiento de los interesados a la Administración demandada.

TERCERO.- Admitido el recurso, se dio traslado a la parte actora para que formalizara la demanda, donde reclama la declaración de la nulidad de los actos administrativos del encabezamiento.

CUARTO.- Los demandados contestaron a la demanda defendiendo su desestimación. Una diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2014 fijó la cuantía del recurso como indeterminada y seguidamente por auto se recibió el procedimiento a prueba, teniéndose por unida la documental que ya constaba en auto y reclamándose el resto. Recibida ésta y practicada la pericial de la actora, las partes presentaron sus conclusiones, tras lo cual se señaló día para votación y fallo en la que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las resoluciones impugnadas privan a superficies de suelo no urbanizable del municipio de Arahal de su especial protección, al quedar reducidas a la categoría de simple suelo no urbanizable.

La resolución de 16 de diciembre de 2014, de manera explícita, afirma en que aprueba *Las determinaciones relativas a la reducción del ámbito de especial protección por legislación específica de cauce hidráulicos, limitándolo al dominio público recogido en su legislación sectorial.*

Si se afirma categóricamente que se reduce y limita una superficie no cabe sino concluir que existía anteriormente una mayor que contaba con protección urbanística especial que queda eliminada.

Confirmaremos que el contenido y las consecuencias de la norma se corresponden con lo expresado.

SEGUNDO.- Las Normas Subsidiarias de Arahal de 1994 regulan los espacios de suelo no urbanizable de especial protección principalmente en su artículo 4, cuyo apartado 1.6 establece un régimen de prohibiciones muy estricto, donde queda excluida cualquier construcción y se imponen otras limitaciones específicas en cuanto a los usos posibles.

El plano que forma parte de dichas Normas Subsidiarias muestra y relaciona los diferentes tipos de suelo según la causa de su especial protección, distinguiendo entre protección de cauces de agua, señalizada con rayas oblicuas y la que aquí nos ocupa, agrícola, yacimientos arqueológicos (con su régimen específico), protección del paisaje y urbanización ilegal.

El de la primera clase se extiende a los márgenes de los cauces en una extensión de entre 400 y 500 metros, según el perito Juan Antonio, como puede comprobarse examinando el plano. No comprende, sin embargo, todos los cauces del municipio, pues deja fuera entre otros el arroyo El Saladillo.

Afecta al río Guadaira, que cruza el municipio y actualmente es Lugar de Interés Comunitario, y sus afluentes, siendo los más importantes el Arroyo del Saladillo, no sometido a esa protección y en 1992 contaminado de aguas fecales, el de la Alameda y el del Guadairilla. Los planos reflejan su apreciable anchura y su longitud.

Junto a esto, el artículo 3.4.18 a 20 de las Normas Subsidiarias recoge la regulación de la Ley de Aguas y alude a su reglamento. Es decir, reconoce el carácter diferenciado de ambas limitaciones: una derivada de la legislación estatal sectorial y aplicable a todo planeamiento y otra urbanística y peculiar de Arahal. Por eso la primera no aparece marcada en el plano antes referenciado junto a las demás protecciones especiales.

Frente lo anterior, la norma impugnada limita la superficie protegida a los 5 metros de servidumbre y 100 de limitaciones de la Ley de Aguas, que además no excluye toda construcción y demás limitaciones como hacen las Normas Subsidiarias, de acuerdo con dicha ley y el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

Por tanto la segunda norma contradice la anterior, reduce la superficie y el grado de protección y deja fuera del régimen de protección especial una parte de suelo no despreciable.

Realmente, deroga la especial protección de los cauces.

TERCERO.- La Modificación 34 no repite ni sanciona el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Arahal de fecha 24 de septiembre de 2009, que aprobó definitivamente el documento de Adaptación Parcial de las Normas Subsidiarias Municipales de Arahal a la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, cuyo documento redactó por la oficina Técnica Municipal de la Delegación de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Arahal (Sevilla).



La adaptación quedó depositada e inscrita el 17 de marzo de 2010 en el Registro Autonómico número 4092, en la Sección de Instrumentos de Planeamiento y con fecha 5 de octubre de 2009, en el Registro Municipal número 129.

Estos acuerdos reconocen la categoría de suelo no urbanizable de especial protección a los cauces de agua como específica de Arahal. No obstante, desaparece en su planos.

Entendemos que ha de prevalecer lo primero porque es la interpretación más literal de la norma, la única de hecho, y la que se corresponde con la finalidad del decreto, que no es modificar la clasificación del suelo sino adaptar la vigente a la nueva ley.

El artículo 1.4 del acuerdo del Pleno dice: *El contenido y alcance de las determinaciones incluidas en la presente adaptación parcial del planeamiento general vigente a la LOUA, de conformidad con lo regulado en el Decreto 11/2008, de 22 de enero, en sus artículos 2 a 5, es el habilitado por la justificación expresada en la Memoria General, para las determinaciones objeto de adaptación. La adaptación parcial de las Normas Subsidiarias, por su naturaleza, no deroga la vigencia jurídica de las Normas Subsidiarias de Planeamiento, si bien las desplaza a los meros efectos formales, de utilización y consulta como instrumento integrador de la ordenación urbanística vigente en el municipio. En caso de discrepancias entre el documento de adaptación parcial y las Normas Subsidiarias prevalecerán estas últimas sobre las primeras, siempre que esta divergencia no tenga su origen en el objeto mismo de la adaptación, concretamente, la aplicación sobrevenida de disposiciones de directa aplicación, el reconocimiento de las alteraciones que se hayan producido como consecuencia de ejecución del planeamiento vigente, así como el contenido, alcance y criterios establecidos en los artículos 3, 4 y 5 del Decreto 11/2008 y que se desarrollan en este documento.*

Y el 14.6: *Suelo No Urbanizable de Especial protección por planificación territorial o urbanística. La normativa de aplicación para los suelos no urbanizables de especial protección por planificación territorial será la contenida en la disposición o acto de planificación territorial que corresponda. La normativa de aplicación para los suelos no urbanizables de especial protección por planificación urbanística son las establecidas en los artículos desde el 4.1.1 al 4.1.7 (ambos incluidos) del Capítulo 1 "Regulación del Suelo No Urbanizable", del Título 4 "Regulación Particular de Cada Clase de Suelo" de las Ordenanzas de las NNSS. Estas normas se aplicarán sin perjuicio de la aplicación de la normativa común o agraria al mismo ámbito.*

Finalmente, el artículo 8 b) incluye entre el suelo no urbanizable *Especial protección por planificación territorial o urbanística (el) constituido por los terrenos protegidos por las Normas Subsidiarias o PGOU no incluidos en el apartado anterior.*

Por tanto prevalecen las Normas Subsidiarias sobre cualquier interpretación que pretenda hacerse de su adaptación. Lo que entre otras consecuencias da lugar a que no pueda invocarse que existe un acto firme (la adaptación) que haya cambiado la clasificación del suelo.

Tenía que ser así porque el artículo 3 del Decreto 11/2008, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas, al amparo del que se dicta el acuerdo de 2009, dice que la adaptación parcial no podrá: 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.*

Se trata de adaptar, no de modificar o innovar, y además en sentido contrario al que se ha querido hacer aquí.

CUARTO.- La actora reprocha a los acuerdos impugnados el no haber contado con informe ambiental de ninguna clase.

El apartado 12.3 del Anexo I de La Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, en la redacción aplicable, sometía los Planes Generales de Ordenación Urbanística, así como las innovaciones que afectaran al suelo no urbanizable, a Evaluación Ambiental.

Requisito que las resoluciones impugnadas han omitido, no obstante encontrarnos ante una inequívoca modificación del régimen del suelo no urbanizable con protección especial.

Porque, ha quedado dicho, suprimen quince zonas que gozaban de especial protección agrícola y la protección de cauces y afectan a la totalidad del municipio, como afirma el informe de la Dirección Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente en Sevilla de 19 de mayo de 2014.

También el de 17 de febrero anterior recuerda que las modificaciones promovidas alteran la ordenación estructural del municipio, siendo esto lo que exigía su aprobación provisional y la posterior solicitud de aprobación definitiva a la Comunidad Autónoma.

En relación con esta cuestión, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2014 explica:



La exigencia de la evaluación ambiental estratégica se aplica a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004, fecha ésta que se corresponde con el momento en que venció la obligación de trasponer la Directiva 2001/42, según obligaba su artículo 13 .

... Comenzaremos recordando que el apartado 3 de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril , sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, establece que se entenderá como primer acto preparatorio formal "... el documento oficial de una Administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación".

Pues bien, en nuestra sentencia de 11 de octubre de 2012 (casación 5552/2010) hemos declarado que el enunciado que acabamos de transcribir no permite identificar el acuerdo de aprobación inicial con el primer acto preparatorio a que se refiere la norma, en el que se expresa la intención de promover la elaboración del contenido del Plan y se liberan los recursos técnicos que hagan posible la presentación para la aprobación. La redacción del precepto alude a un momento anterior, aquél en el que se produce formalmente la expresión de la voluntad de elaborar el Plan o Programa y se movilizan los correspondientes medios lo que, lógicamente, es previo al inicio de la tramitación y al momento de la aprobación inicial. Por lo general, puede asimilarse al momento del encargo de la elaboración del documento y tal vez no sea ocioso recordar que los procesos de planificación urbanística suelen comprender dos fases: una primera de elaboración y una segunda de formulación y la aprobación inicial es el acto con el que se inicia la segunda fase, posterior a la de elaboración.

Ocurre también que en los casos en los que el primer acto preparatorio formal es anterior a la fecha del 21 de julio de 2004, la posibilidad de acogerse al régimen transitorio que estudiamos se mantiene cuando el acuerdo de aprobación definitiva se produce antes de que transcurran 24 meses desde la fecha indicada.

Desde esa fecha es preciso un estudio ambiental con ciertas condiciones.

Luego han seguido, a nivel estatal, la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; y la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

El artículo 3 de la Ley 9/2006 introduce la evaluación ambiental estratégica de los planes y programas en general, así como sus modificaciones.

El precepto detalla los planes que deben ser objeto de la evaluación ambiental, los que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, notorios en el presente caso.

Si se trata de planes menores, de reducido ámbito territorial, el artículo 4 exige un análisis previo para determinar si es posible que el plan en cuestión tenga efectos significativos para el medio ambiente, puntualizando que la decisión que se adopte debe ser motivada, pública y adoptada previa consulta a las Administraciones sectoriales implicadas. Algo que en el supuesto enjuiciado también se ha omitido porque el que intenta salvar la segunda resolución no cumple las condiciones de motivación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2016, a propósito de este asunto, sienta: *A pesar de que se trate de una modificación menor del planeamiento urbanístico, para prescindir de la evaluación ambiental recogida por el artículo 3 y concordantes de la citada Ley 9/2006, de 28 de abril , hubiera sido preciso dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 4 de la propia Ley, es decir que el órgano ambiental, explicando los motivos de su decisión, hubiese determinado, en la forma prevista en el apartado 2 del mismo artículo 4, si la modificación debía o no ser objeto de evaluación ambiental, según lo ha interpretado esta Sala y Sección del Tribunal Supremo.*

El artículo 6 de la Ley 21/2013 dispone: *Ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica.*

1. Serán objeto de una evaluación ambiental estratégica ordinaria los planes y programas, así como sus modificaciones, que se adopten o aprueben por una Administración pública y cuya elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma, cuando:

a) Establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental y se refieran a la agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo.

Finalmente, el artículo 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008) establecía: *Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de*

conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso.

La modificación que nos ocupa se promovió notoriamente después de 2004 y concluyó con las resoluciones impugnadas. No consta la fecha en que el Ayuntamiento de Arahal promovió la Modificación 34, pero es irrelevante porque ha de ser con posterioridad a 2009, cuando ya rige la exigencia de un informe ambiental, de una u otra naturaleza.

Luego su ausencia constituye otro motivo de nulidad afectante a las dos resoluciones.

Aunque no sea aplicable por motivos temporales, el artículo artículo 40.2, redacción actual, de la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, dice que *En todo caso, se encuentran sometidas a evaluación ambiental estratégica ordinaria las modificaciones que afecten a la ordenación estructural relativas al suelo no urbanizable, ya sea por alteración de su clasificación, categoría o regulación normativa, así como aquellas modificaciones que afecten a la ordenación estructural que alteren el uso global de una zona o sector, de acuerdo con el artículo 10.1.A.d) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre*. Siendo precisamente este artículo 10.1.A el que cita el informe de la Jefatura del Servicio de Urbanismo de 17 de febrero de 2014 ya citado.

QUINTO.- Las Administraciones rechazan la necesidad de Evaluación Ambiental sirviéndose de los argumentos de un informe del Servicio de Protección Ambiental en Sevilla de enero de 2014: se trata de un mero cambio en la planimetría, no altera la clasificación urbanística del suelo, que sigue siendo no urbanizable, ni el modelo territorial municipal.

Respecto de lo primero, hay que decir que el cambio afecta a aspectos esenciales porque una parte relevante del suelo pierde su protección merced a él: no se limita a detallar o precisar lo ya establecido.

Con relación al resto, además de contradecir los informes de la propia Administración antes citados, hay que insistir en que la desaparición del régimen de especial protección, tal como lo establecen las Normas Subsidiarias de Arahal y el ordenamiento urbanístico en general, sí supone un cambio radical en la regulación del suelo, especialmente en lo concerniente a las potestades y obligaciones administrativas de rehabilitación o regeneración del suelo y en el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad. Por no mencionar que queda más abierto a un ulterior desarrollo urbanístico.

No puede ampararse en la evolución natural del suelo ni en la actuación humana, porque contradice la previsión de las propias Normas Subsidiarias, cuyo artículo 4.1.5 establece que *Si un suceso natural o provocado causara degeneración en las condiciones que sustentan la pertenencia de un terreno a una categoría determinada, dicha circunstancia no será motivo suficiente para modificar dicha calificación, sino que, por el contrario, deberán ponerse en práctica las medidas apropiadas para le regeneración de las condiciones originarias*.

Cabe aprovechar los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2014: *La Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir que un terreno que anteriormente estuviese clasificado como suelo no urbanizable común pase a tener la clasificación de urbanizable a fin de hacer posible su incorporación al proceso urbanizador*.

Las cosas son distintas cuando concurren circunstancias o están presentes valores que hacen procedente y preceptiva la clasificación del terreno como suelo no urbanizable. El caso más claro, aunque no el único, es el de los terrenos sujetos a algún régimen de especial protección.

Esto deriva del conocido principio de no regresión del Derecho Medioambiental o cláusula *stand still*, es decir, su orientación a la conservación y utilización racional de los recursos naturales. El cual, si bien no significa que la ordenación del territorio sea intangible, obliga a orientar la actuación de la Administración y la legislación en favor de la preservación de lo existente y el mantenimiento de su integridad física y jurídica, su uso público y sus valores paisajísticos. Más concretamente, no cabe adoptar medidas que supongan un patente retroceso en el grado de protección alcanzado sin ponderar cuidadosamente los bienes en juego.

SEXTO.- La supresión de las quince zonas de especial protección agrícola trata de convalidarse con un informe de la Oficina Técnica Municipal confeccionado con el propósito de salvar las exigencias del fundamento quinto de la resolución de 16 de diciembre de 2014.

El informe no vale por su carácter genérico y la ausencia de un análisis y descripción suficientes de por qué la protección especial carece de razón de ser, el cual habría de especificar qué sucede con cada una de las 15 zonas. Partiendo de los motivos que originariamente determinaron el reconocimiento de esa protección.



Es decir, básicamente lo que las Administraciones reprocharon al perito, el cual admitió conocer los diferentes motivos de aquella, pero sin poder concretarlo o particularizarlos para cada uno de los espacios, si bien aseguró que seguía habiendo zonas que conservaban su valor.

Quien aprueba la supresión ha de demostrar que los motivos de la protección han desaparecido, por lo que no cabe exigir acreditar que subsisten a quien promueve su mantenimiento.

Esta falta de transparencia, motivación, justificación y explicación técnica del caso concreto denotan que la Administración se ha excedido en la potestad discrecional de la que, aun condicionada, dispone en la materia, para incurrir en arbitrariedad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2016 explica que la jurisprudencia *Ha acogido y confirmado la doctrina de la necesidad de una especial justificación de aquellas actuaciones que impliquen una desprotección ambiental del suelo. Así, la sentencia de 29 de marzo de 2012 recuerda en su FD 7.º que el principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos.*

SÉPTIMO.- A pesar de las dudas planteadas, no puede negarse que las Normas Subsidiarias expresan, desde su origen y en el Estudio de Impacto Ambiental que las acompaña, cuáles eran los motivos que justificaban la especial protección de parte del suelo no urbanizable: el peligro que corren las aguas superficiales de no tomarse medidas correctoras, por contaminación, aumento de población y de actividad industrial, así como el peligro de *Perpetuar las tendencias de degradación socioecoambiental del recurso agua en el término municipal*. Lo mismo en relación con la ocupación del suelo de labor, con pérdida de vegetación, señalando que *Las normas propuestas, en el artículo 4.1.6, puntos 4 y 5 suponen la protección de las especies autóctonas; el cumplimiento de estas normas rompería la tendencia de progresiva degeneración de los restos de vegetación natural no vinculados a condiciones antrópicas (básicamente restos de matorral mediterráneo)*. Asegura que la protección del suelo agrícola frente a la urbanización supone un considerable impacto positivo y que es indispensable para mantener las actividades agrícolas tradicionales.

Hay que tener presente que el Estudio de Impacto Ambiental señaló que uno de los más importantes factores de degradación de las aguas en Arahal era su falta de depuración, la proliferación de fosas sépticas, la captación privada y los vertidos de contaminantes.

Ninguna duda cabe respecto del valor ambiental del cauce del río Guadaira cuando el Decreto 113/2015 y la Orden de 12 de mayo siguiente reconocen su carácter de Lugar de Interés Comunitario y fijan la gestión como Zona de Especial Conservación, gracias a características que desde luego no ha ganado con posterioridad a la entrada en vigor de las Normas Subsidiarias.

OCTAVO.- A propósito de las modificaciones del planeamiento afectantes a suelo especialmente protegido, ya el artículo 2. f) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad establece *La prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística y los supuestos básicos de dicha prevalencia.*

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2011 recuerda: *El cambio de clasificación de suelo que pasa de ser suelo no urbanizable protegido por razones agropecuarias a suelo urbanizable industrial terciario, no es un cambio de naturaleza discrecional, de ahí el desenfoque que antes advertimos, sino de carácter reglado, como viene declarando con profusión esta Sala en aplicación de los artículos 9 y 10 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, que constituyen normas básicas ex disposición final única de la citada Ley.*

Y luego: *Si tal es la naturaleza reglada de la decisión que comporta esta clase de suelo, ni que decir tiene que tal situación ha de mantenerse mientras subsistan los valores que se pretendían proteger. Dicho de otro modo, el cambio de clasificación de esa categoría reglada, de suelo no urbanizable protegido por los valores agropecuarios a urbanizable, sólo puede fundarse, motivadamente, sobre la desaparición de los valores que determinaron su clasificación como suelo no urbanizable protegido o, en su caso, el error en que se hubiera incurrido al establecer tal clasificación. En este sentido, venimos declarando, por todas, sentencia de 25 de octubre de 2006 (recurso de casación nº 3713/2003) que «no le será posible al planificador modificar esa clasificación por otra que permita, ya o en el futuro, incluirlo en el desarrollo urbano, sin justificar antes, de modo razonado y suficiente, que aquel o aquellos valores, o no existían realmente, o son ya inexistentes, o no pueden seguir siendo protegidos, allí, en aquel suelo, por causas jurídicamente atendibles.*

El Tribunal Supremo ha dicho en sentencia de 13 de junio de 2011:



Se reduce el "ius variandi" porque las zonas verdes siempre han tenido un régimen jurídico propio y peculiar, que introducía una serie de garantías tendentes al mantenimiento e intangibilidad de estas zonas, e impidiendo que fueran borradas del dibujo urbanístico de ciudad, sin la concurrencia de poderosas razones de interés general.

Un ejemplo de lo que decimos es la previsión que ya contenía el TR de la Ley del Suelo de 1976 (artículos 49 y 50), respecto del procedimiento a seguir respecto de las modificaciones del plan, en lo relativo a la catalogación y zonificación de espacios libres y zonas verdes, que exigía el informe favorable del Consejo de Estado.

Previsión que se contiene ahora en la mayor parte de leyes de urbanismo autonómicas. Desde luego, y por lo que hace al caso, en la andaluza así es. Concretamente la regla 2ª del artículo 36.2.c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, dispone que las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos, así como las que eximan de la obligatoriedad de reservar terrenos con el fin previsto en el artículo 10.1.A.b) de esta Ley, requerirán dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2014: Ya señalábamos en sentencia de 11 de abril de 2011 (casación 2660/2007), y lo hemos reiterado en la ya citada de 24 de febrero de 2014 (casación 2555/2011), que incluso tratándose del planeamiento general -como el que por vía indirecta se impugna en el caso que nos ocupa-, la exposición que se haga en la Memoria sobre las grandes líneas y el modelo de desarrollo urbano que se propone debe contener alguna explicación específicamente referida a la ordenación prevista para un área que revista una caracterización especial.

Sobre la subordinación de las potestades urbanísticas al medio ambiente, la sentencia del Tribunal Supremo 16 enero 2013 ha dicho:

También se advierte los importantes cambios que se han venido produciendo en el ámbito de la potestad de planeamiento urbanístico como consecuencia de la aplicación del principio de desarrollo sostenible, siendo ilustrativo que la Exposición de Motivos del TRLS08 indique que "[...] hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales", con la consecuencia de la subordinación del planeamiento urbanístico a la planificación medioambiental.

La insuficiencia del informe de la Oficina Técnica Municipal y la carencia de cualquier intento de apoyar la desaparición de la protección de los cauces (amparada en la tesis de que no se produce) abocan a la nulidad de las disposiciones impugnadas por falta de motivación.

No está de más tener en cuenta las conclusiones de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2016 (C-399/14) en relación con la necesidad de someter los planes o proyectos a una evaluación de sus repercusiones sobre los lugares de importancia comunitaria, aun cuando hayan sido aprobados antes de que al lugar se le reconociera esa condición, si constituye la única medida apropiada para evitar que la ejecución de dicho plan o proyecto ocasione un deterioro o alteraciones que puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la citada Directiva.

NOVENO.- De las actuaciones municipales puede inferirse que el objetivo de la modificación de las Normas Subsidiarias que examinamos es fundamentalmente salvar construcciones ya levantadas en el suelo que pierde su especial protección, habiéndose incluso dictado sentencias condenatorias por la jurisdicción penal ordenando la demolición de lo indebidamente construido.

Pero esta finalidad no es lícita porque, como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2015, *No corresponde al ámbito de la potestad de planeamiento modular la legalización de lo ilegalmente construido. Obviamente el planificador conserva íntegramente la discrecionalidad inherente a la potestad planificadora, pero la misma no llega, ni puede abarcar, a modular los efectos de las ilegalidades y a fundamentar el nuevo planeamiento en función del carácter aprovechable o no de lo anterior.*

Y más adelante añade: *Este tipo de planeamiento, pues, no cuenta con respaldo legislativo, pues el mismo no contempla "hacer ciudad" sino "rehacer ciudad", pero rehacerla, no porque se pretenda su rehabilitación, regeneración o renovación, sino porque la hecha, en el pasado, lo ha sido de forma ilegal. Por ello, su destino, su*



razón de ser, no es futuro de Marbella, sino su pasado. Y la legalización del pasado debe someterse --- pues así lo ha dispuesto el legislador---, en su caso, al sistema antes expuesto.

También dice la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016: *Se desnaturaliza la auténtica naturaleza de los planes si se apartan de la finalidad que les es propia y buscan satisfacer otra en su lugar o junto a ella. En definitiva, sólo en la medida en que sirvan a su finalidad típica vendrá a estar justificado el ejercicio de la potestad de planeamiento por parte de la Administración.*

Pues bien, en el presente caso, no es tal la finalidad perseguida por la Modificación del Plan Especial del Sector Camps d'en Ricart, sino, como ya hemos dejado dicho, legalizar ex post una infracción urbanística que había sido reiteradamente denunciada, por la parte demandante en la instancia.

A lo cual cabe añadir la obligación asumida por el Ayuntamiento de Arahal en el artículo 4.1.5 de las Normas Subsidiarias antes transcrito.

DÉCIMO.- Lo expuesto conduce a la estimación de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada por ser preceptivo, si bien limitadas a 4000 euros, repartidos entre las dos partes (artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1º) Estimamos la demanda y declaramos la nulidad de las resoluciones indicadas en el encabezamiento.

2º) Imponemos las costas de este proceso a los demandados, con el límite del fundamento de derecho último.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella puede haber recurso de casación a interponer ante esta Sala, en el plazo de treinta días siguientes a la notificación, si concurren los requisitos de los art. 86 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Firme esta, con certificación de la misma para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo a su órgano de procedencia.

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