



Roj: **STS 4382/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4382**

Id Cendoj: **28079130052015100333**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **06/10/2015**

Nº de Recurso: **2676/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO - APELACION**

Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

**Sección: QUINTA**

**S E N T E N C I A**

**Fecha de Sentencia:** 06/10/2015

**RECURSO CASACION Recurso Núm.:** 2676 / 2012

**Fallo/Acuerto:** Sentencia Estimatoria

**Votación:** 22/09/2015

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate **Procedencia:** T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo **Escrito por:** MPS

**Nota:**

Casación ha lugar. Estimación del motivo de casación basado en la incongruencia omisiva al no haber examinado la Sala de instancia las cuestiones planteadas en la demanda acerca de la omisión de informe sobre impacto de género y de la falta de respuesta a las alegaciones formuladas en el trámite de información pública, sin necesidad de examinar el resto de los motivos invocados. Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga. Nulidad radica porque la Administración autonómica no dio respuesta a las alegaciones formuladas por la entidad mercantil recurrente en el trámite de información pública y porque en el procedimiento de elaboración del Plan Territorial aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma no se emitió el preceptivo informe sobre impacto por razón de género.

**RECURSO CASACION Num.:** 2676/2012

**Votación:** 22/09/2015

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Jesús Ernesto Peces Morate

**Secretaría Sr./Sra.:** Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

**S E N T E N C I A**

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: QUINTA

**Excmos. Sres.: Presidente:**

D. Rafael Fernández Valverde

**Magistrados:**

D. José Juan Suay Rincón



**D. César Tolosa Tribiño**

**D. Francisco José Navarro Sanchís**

**D. Jesús Ernesto Peces Morate**

**D. Mariano de Oro Pulido y López**

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 2676 de 2012, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de la entidad mercantil La Barca N.V. S.A., contra la sentencia pronunciada, con fecha 23 de marzo de 2012, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 380 de 2007, sostenido por la representación de la entidad mercantil La Barca N.V. S.A. contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 142/2006, de 18 de julio, por el que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga.

En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrida, la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó, con fecha 23 de marzo de 2012, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 380 de 2007, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: « **FALLAMOS** : PRIMERO. Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo. SEGUNDO.- No hacer expresa declaración sobre el pago de las costas causadas en el presente recurso».

**SEGUNDO** .- La referida sentencia transcribe literalmente los fundamentos jurídicos segundo a quinto de la sentencia dictada por la misma Sala de instancia con fecha 23 de mayo de 2011 en el recurso contencioso-administrativo número 1518 de 2006, en el que se impugnó idéntico Plan de Ordenación del Territorio por la entidad mercantil La Reserva de Marbella S.A..

**TERCERO** .- La sentencia recurrida no contiene razonamiento jurídico alguno relativo a los motivos de impugnación, expresamente suscitados en la demanda, relativos a la vulneración del trámite de información pública y a la ausencia de informe sobre impacto por razón de género, mientras que analiza otras cuestiones que no fueron alegadas por la demandante, como la relativa a la vulneración del principio de jerarquía normativa.

**CUARTO**.- Dicha sentencia se basa, entre otros, en los siguientes razonamientos respecto de la naturaleza normativa del Plan de Ordenación del Territorio cuestionado, recogidos en el fundamento jurídico primero de aquélla: «Por lo mismo, la vinculatoriedad de los actuales planes de ordenación del territorio sobre los planes urbanísticos sólo puede significar que aquéllos participan también de la naturaleza normativa de éstos. En consecuencia, el tratamiento de las materias relacionadas no supone el desconocimiento de las previsiones de desarrollo reglamentario que sobre este punto se contienen en el artículo 52.7 de la Ley 7/2002 ».

**QUINTO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella el recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante diligencia de ordenación de fecha 5 de junio de 2012, en la que se mandó emplazar a las partes para que, en el plazo de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**SEXTO** .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrida, la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía, y, como recurrente, la entidad mercantil La Barca N.V. S.A., representada por el Procurador Don Jaime Briones Méndez, quien, con fecha 24 de julio de 2012, presentó escrito de interposición de recurso de casación.

**SEPTIMO** .- El recurso de casación sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil La Barca N.V. S.A. se basa en dos motivos, el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción y el segundo al del apartado d) del mismo precepto; el primero por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia omisiva y *extra petita*, al haber omitido pronunciarse acerca de los motivos de impugnación aducidos en la demanda acerca del preceptivo informe del impacto de género en la elaboración del Plan de Ordenación Territorial impugnado y sobre el defecto sustancial alegado respecto del trámite de



información pública, mientras que analiza cuestiones que no fueron planteadas por la demandante, como la relativa a la vulneración del principio de jerarquía normativa, por lo que la Sala de instancia ha infringido lo establecido en los artículos 24 y 120.3 de la Constitución , 33 y 67 de la Ley de esta Jurisdicción y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil ; y el segundo por haber conculcado la Sala de instancia lo establecido en el artículo 3.2.a) de la Directiva 2001/42/CE y el principio, recogido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de interpretación conforme con el derecho comunitario; lo dispuesto en el artículo 39 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico , aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, y en los artículos 217 , 218.2 , 317 , 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento civil , relativos a la valoración de la prueba documental practicada en autos; lo previsto en el artículo 86, en relación con el 62.1.e ) y 63.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , al haberse incumplido el primer trámite de información pública sustanciado en el procedimiento de elaboración del Plan de Ordenación del Territorio, objeto de impugnación, tal y como lo ha declarado esta Sala en sus Sentencias de fechas 15 de marzo de 2012 , 16 de febrero de 2009 y 25 de febrero de 2003 ; los principios de racionalidad y proporcionalidad por los que ha de regirse la ordenación territorial, según lo ha entendido la doctrina constitucional en sentencia del Tribunal Constitucional nº 64/1982, de 4 de noviembre , y la jurisprudencia establecida en sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de fechas 13 de noviembre de 2000 y 16 de marzo de 1987 , entra otras, y los artículos 217 , 218.2 , 317 , 319 , 326 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil , relativos a la valoración de la prueba documental y pericial practicada en autos; y, finalmente, ha infringido también la jurisprudencia sobre el control de la discrecionalidad administrativa, con vulneración del artículo 137 de la Constitución y de la jurisprudencia de esta Sala que delimita los conceptos de *ordenación del territorio* y *urbanismo* , recogida, entre otras, en Sentencias de fechas 28 de septiembre de 1990, 17 de mayo de 1993, 11 de octubre de 1994 y 5 de marzo de 1997, infracciones estas que se exponen y desarrollan ampliamente en el escrito de interposición del recurso de casación, para terminar con la súplica de que se declare la nulidad de pleno derecho del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincial de Málaga, y, subsidiariamente, que se declare la nulidad de pleno derecho del mencionado Plan en lo que se refiere a la calificación como espacio libre de la zona adyacente a las Dunas de Artola, ordenando la modificación del ámbito territorial del Parque fluvial « *M.1 Parque de Artola* » en la Memoria de Ordenación, en los planos denominados de « *Afecciones* » y de « *Ordenación General* » y en la « *Normativa* », todo ello del referido Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga, y del consiguiente Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, a fin de que los terrenos ostenten la condición de suelo urbanizable programado que tenían antes de la entrada en vigor del instrumento territorial impugnado en la instancia.

**OCTAVO** .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Sala por venirle atribuido su conocimiento conforme a las vigentes normas de reparto, donde se convalidaron aquéllas mediante diligencia de ordenación de fecha 14 de noviembre de 2012, en la que se mandó dar traslado a la representación procesal de la Administración autonómica comparecida como recurrida para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición a dicho recurso, lo que dicha representación procesal llevó a cabo con fecha 30 de enero de 2013.

**NOVENO** .- La Letrada de la Junta de Andalucía se opone al recurso de casación interpuesto porque, a su parecer, la sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia omisiva ni *extra petita* ya que ha dado respuesta a las cuestiones planteadas en la demanda y, si no lo ha realizado con precisión, ha sido porque la recurrente no planteó tales cuestiones con claridad, mientras que hubo respuesta a las alegaciones formuladas por la demandante en el periodo de información pública, lo que, en cualquier caso, sería una irregularidad no invalidante, y otro tanto sucede con la ausencia de informe de impacto de género, que lo único que hubiese podido expresar es que no existe tal impacto en las determinaciones del Plan de Ordenación del Territorio impugnado, cuya deficiencia no pasaría de ser igualmente una irregularidad no invalidante conforme a lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992 , pues la demandante no ha señalado los aspectos del Plan de Ordenación Territorial susceptibles de la incidencia en materia de género, sin que se haya vulnerado lo establecido por el artículo 3.2.a) de la Directiva 2001/42/CE ni el principio de interpretación conforme al derecho comunitario y sin que sea aplicable en el caso enjuiciado la Ley 9/2006 ni la Directiva 2001/42/CE, según lo razona la Sala sentenciadora y lo ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 7 de julio de 2004 , que se transcribe literalmente, como tampoco ha vulnerado el Tribunal a *quo* lo establecido en el artículo 39 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico ni los artículos 217 , 218.2 , 317 , 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento civil , según ya se expresó al contestar la demanda, si bien la referida invocación de dichos preceptos tiene un carácter meramente instrumental para encubrir un desacuerdo con la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal sentenciador, de modo que tal invocación resulta inadmisibles, sin que proceda la aplicación analógica del Reglamento de Planeamiento por existir al respecto una específica regulación en la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía 1/1994 en su artículo 12.e), sin que, en cualquier caso, exista identidad de razón con los supuestos contemplados por el artículo 39.2 del Reglamento de Planeamiento , y, finalmente, la Sala de instancia no ha conculcado el resto de



los preceptos citados en el recurso de casación como infringidos porque no se prescindió del trámite de información pública y la recurrente intenta cuestionar la valoración de la prueba, mientras que, al invocar el artículo 137 de la Constitución y la doctrina jurisprudencial, trata de imponer su propio criterio frente a lo declarado por la Sala de instancia, y en el caso enjuiciado el Plan de Ordenación del Territorio se limita a establecer un régimen de especial protección, sin clasificar suelo, remitiéndose expresamente al planeamiento urbanístico general a tales efectos, de modo que el referido Plan de Ordenación del Territorio ni clasifica suelo ni estorba la posterior clasificación del mismo por el planeamiento urbanístico general, si bien éste queda vinculado por el planeamiento de ordenación territorial, planes ambos que se aprueban en virtud de la remisión hecha por normas de rango legal, y así finalizó con la súplica de que se inadmitan los motivos alegados o, subsidiariamente, se desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto, ratificando en todos sus términos la sentencia recurrida.

**DECIMO** .- Formalizada la oposición al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 22 de septiembre de 2015, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Jesús Ernesto Peces Morate** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Solicita la representación procesal de la Administración autonómica recurrida la inadmisión de los motivos de casación alegados, a pesar de que no aduce causa para ello, salvo respecto de algunos argumentos del basado en infracción de ley, pero no de los esgrimidos por haberse conculcado las normas reguladoras de la sentencia, que son los que pasamos seguidamente a examinar.

**SEGUNDO** .- Denuncia la representación procesal de la entidad mercantil recurrente la incongruencia omisiva de la sentencia recurrida, así como el que haya examinado cuestiones no planteadas por los litigantes, defectos ambos en los que, efectivamente, ha incurrido aquélla, al haber eludido la Sala de instancia cualquier examen o consideración acerca de la omisión del informe de evaluación de impacto de género y de la falta de respuesta de la Administración a las alegaciones formuladas por la entidad recurrente en el periodo de información pública del procedimiento para la elaboración y aprobación del Plan de Ordenación del Territorio impugnado, mientras que se extiende en consideraciones acerca del principio de jerarquía normativa, que no fue planteado en la instancia.

Tanto aquella omisión como esta extralimitación resultan evidentes y pudieron obedecer, como señala la representación procesal de la recurrente, a que la Sala sentenciadora se ha limitado a reproducir en la sentencia recurrida los razonamientos empleados para desestimar en una sentencia anterior (fecha el 23 de mayo de 2011) los motivos de impugnación aducidos por otra entidad mercantil frente a idéntico Plan de Ordenación del Territorio .

Cualquiera que sea la causa de tan flagrantes omisión y extralimitación, lo cierto es que, al así proceder, la Sala de instancia ha conculcado los preceptos invocados en el primero de los motivos de casación alegados ( artículos 33 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil ) con manifiesta indefensión para la recurrente ( artículo 24 de la Constitución ), ya que su análisis debería haber conducido, como indicaremos seguidamente, a la estimación de la acción de nulidad ejercitada, y, en consecuencia, el primero de los motivos de casación alegados debe ser estimado con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, según establece el artículo 95.2.c ) y d) de la Ley de esta Jurisdicción , y nuestro deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que se circunscribe a decidir si la disposición de carácter general impugnada (Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga) está aquejada de alguno de los defectos procedimentales denunciados por la entidad mercantil recurrente, lo que, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , acarrearía su nulidad de pleno derecho debido a que las infracciones formales de que adolecen las disposiciones de carácter general tienen carácter sustancial, en contra de lo que afirma la representación procesal de la Administración autonómica recurrida, que las califica de meras irregularidades no invalidantes.

**TERCERO** .- En su escrito de demanda, la representación procesal de la entidad mercantil recurrente adujo que se vulneró el trámite de información pública, al no haber prestado atención alguna a las alegaciones formuladas por los interesados en el primer periodo de dicho trámite.

Dentro de ese primer periodo de información pública, abierto por la Administración autonómica en el procedimiento de elaboración del Plan de Ordenación del Territorio en cuestión, la entidad mercantil recurrente



formuló una serie de alegaciones que no merecieron la respuesta de la Administración que tramitó y aprobó dicho Plan de Ordenación, ya que aquella se limitó a contestar a las alegaciones que se presentaron en el segundo periodo de información pública.

Respecto de tal omisión, la representación procesal de la Administración autonómica demanda, y ahora recurrida, se limita a afirmar, al oponerse al recurso de casación, que obra en el expediente administrativo acta provisional de la sesión de la Comisión de Redacción, celebrada el 5 de noviembre de 2005, en la que se recoge, de manera sucinta, informe del Vicepresidente de dicha Comisión, en el que se abunda en pormenores relativos al primer periodo de información pública, exponiendo las alegaciones formuladas en el mismo, que son, a su vez, objeto de sistematización en el Cuadro-Resumen plasmado al folio 557, sugiriéndose asimismo la introducción de modificaciones que también aparecen escuetamente relacionadas, por lo que se tuvieron en cuenta las alegaciones presentadas en la primera información pública, y, en todo caso, no se habría producido efectiva indefensión, dado que la recurrente ha tenido la oportunidad de reproducir aquellas alegaciones en sede jurisdiccional, de modo que tal omisión no pasaría de ser una mera irregularidad no invalidante.

No es ese el parecer expresado en el informe emitido por la Secretaría General de Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, obrante en los folios 1093 a 1111 del expediente administrativo, y, ante todo, no cabe aceptar la tesis de que, al tener el interesado oportunidad de repetir sus alegaciones en sede jurisdiccional, el defecto de respuesta es meramente una irregularidad no invalidante, ya que esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en Sentencias de fechas 21 de mayo de 2002 (recurso de casación 5610/1996 ) y 26 de febrero de 2007 (recurso de casación 10412/2003 ), que *« el trámite de audiencia, al igual que el recurso administrativo, tiene como finalidad permitir al interesado hacer valer frente a la Administración las alegaciones y pruebas que puedan ser útiles para sus derechos sin necesidad de afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional; y, por ello, la eventual posibilidad de acudir a este último proceso no dispensa a la Administración de su obligación de ofrecer y hacer efectivo aquel trámite »*, y, en consecuencia, *« el proceso jurisdiccional puede entablarse también con la exclusiva finalidad de denunciar esa omisión del trámite de audiencia y de reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate. Por lo cual, el proceso jurisdiccional instado con esa sola finalidad no comporta la necesaria subsanación de la invalidez e indefensión que se haya producido en la vía administrativa como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia »*.

En definitiva, como esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado, entre otras, en sus Sentencias de fechas 25 de febrero de 2003 (recurso de casación 6876/1999 ), 16 de febrero de 2009 (recurso de casación 9414/2004 ) y 15 de marzo de 2012 (recurso de casación 6335/2008 ), la falta de respuesta a las alegaciones presentadas en el trámite de información pública equivale a la privación del derecho de audiencia, lo que supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento, ya que el exacto cumplimiento de dicho trámite de información pública requiere no sólo la mera formalización y recepción de las diversas alegaciones de los interesados sino su atenta lectura y contestación específica sobre las razones que lleven a la aceptación o rechazo de tales alegaciones, y exclusivamente así cabe tener por cumplido el trámite de información pública destinado a posibilitar la participación pública en la elaboración del planeamiento, requisitos formales que se omitieron en la tramitación y aprobación del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga, que fue objeto de impugnación, razón por la que, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , en relación con lo dispuesto en los artículos 68.1.b ), 70.2 , 71.1.a ) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , el referido Plan de Ordenación del Territorio es nulo de pleno derecho, dado el carácter sustancial que tienen las reglas de procedimiento para la elaboración y aprobación de las disposiciones de carácter general ( Sentencias de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de fechas 25 de mayo de 2015 - recurso de casación 1699/2013 -, 23 de junio de 2015 -recurso de casación 3117/2013 - y 24 de junio de 2015 -recursos de casación 2182/2014 y 2256/2014 -).

**CUARTO** .- No se limitó la demandante a denunciar en la instancia el defecto procedimental examinado sino que hizo patente la falta del preceptivo informe de evaluación del impacto de género, que la propia Administración autonómica demandada, y ahora recurrida, admite que no se emitió, si bien sostiene que, al no contenerse en el Plan de Ordenación del Territorio impugnado preceptos que lo pudiesen afectar, su ausencia sólo puede ser calificada como una irregularidad no invalidante, sin que la recurrente haya puesto de manifiesto aspectos o aquella incidencia.

Esto último es tan evidente como la inexistencia del informe de impacto de género, ahora bien lo que hemos de examinar es si tal informe era o no preceptivo como trámite exigible en la elaboración y aprobación del Plan de Ordenación del Territorio impugnado, entre cuyos objetivos está, según propia confesión de la Administración autora del Plan, la distribución de equipamientos y servicios de carácter supramunicipal, la ordenación y compatibilización de usos, entre otros.



Hemos de partir del hecho de que la aprobación del Plan de Ordenación en cuestión por Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 142/2006, de 18 de julio, tuvo lugar cuando la Ley del Parlamento de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre, había establecido, en su artículo 139.1, que todos los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno deberán tener en cuenta de forma efectiva el objeto de igualdad por razón de género, y, a tal fin, en la tramitación de las citadas disposiciones, deberá emitirse un informe de evaluación del impacto por razón de género del contenido de las mismas, precepto desarrollado por el Decreto del propio Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 93/2004, de 9 de marzo, cuyo artículo 2 establece que el cumplimiento de lo dispuesto en la presente norma afectará a todos los proyectos de ley y reglamentos cuya aprobación corresponda al Consejo de Gobierno, regulándose seguidamente, en sus artículos 3 y 4, el órgano competente para emitirlo y su contenido, disposición que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 12 de marzo de 2004, con lo que, cuando se tramita y aprueba el Plan de Ordenación del Territorio que nos ocupa, resultaba de obligado cumplimiento.

Además, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, modificó el artículo 24 de la Ley del Gobierno 50/1997 para introducir en su apartado 1.b) la exigencia de informe de impacto por razón de género en el procedimiento de elaboración de reglamentos, y, si bien la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, no contiene un precepto equivalente, en su Disposición Transitoria 2 establece que es de aplicación la legislación del Estado, supletoria o analógicamente, para el régimen jurídico procesal, de modo que tanto por remisión de esta Ley autonómica a la legislación del Estado cuanto por expresa disposición legal y reglamentaria propias del ordenamiento jurídico autonómico, cuando el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprueba el Plan de Ordenación del Territorio, objeto del pleito seguido en la instancia, en el procedimiento para su elaboración debería haberse emitido un informe de evaluación del impacto por razón de género.

La referencia a los reglamentos que se hace en las citadas normas lo es, dado el preámbulo de las mismas, en el sentido amplio de disposiciones administrativas, emanadas del Consejo de Gobierno, que conforman el ordenamiento jurídico, según se ha definido por la doctrina jurisprudencial al diferenciarlo de los actos administrativos, de modo que en la ya remota sentencia de fecha 1 de diciembre de 1986 (recurso de apelación R.J. 415 de 1987), seguida por otras hasta llegar a las de fechas 19 de diciembre de 2007 (recurso de casación 4508/2005), 11 de mayo de 2011 (recurso de casación 1789/2007) y 31 de marzo de 2014 (recurso de casación 4647/2011), se declaró que « *Es, pues, el procedimiento un importante límite al ejercicio de la potestad reglamentaria -de planeamiento, en lo que ahora importa- establecido precisamente para asegurar "la legalidad, acierto y oportunidad" de las disposiciones generales - artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo -. Esta intensificación de la importancia del requisito procedimental se justifica porque los Reglamentos -aquí los Planes- se integran en el Ordenamiento jurídico, con virtualidad por tanto para determinar una conformación general de la convivencia mediante la pluralidad de sus aplicaciones* ».

En el procedimiento de elaboración y aprobación del Plan de Ordenación del Territorio cuestionado, la propia Administración autonómica que lo aprueba admite que es en cumplimiento de una norma con rango de ley y declara, una y otra vez, que lo actuado se ajusta a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, con lo que viene a reconocer el carácter reglamentario de procedimiento establecidas para su aprobación, entre otras, la emisión del informe de evaluación de impacto de género requerido por las disposiciones legales y reglamentarias a que nos hemos referido.

**QUINTO** .- La Sala de instancia en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, parcialmente transcrito en el antecedente cuarto de esta nuestra, analiza correctamente la cuestión relativa al carácter o naturaleza de disposiciones de carácter general que tienen los planes de ordenación territorial al igual que los urbanísticos, siguiendo así doctrina jurisprudencial consolidada recogida en las Sentencias de esta Sala citadas en el precedente fundamento jurídico.

Esa equiparación de los planes de ordenación a los reglamentos en cuanto al procedimiento para su aprobación y concretamente respecto a la emisión de un informe de evaluación del impacto de género viene hoy expresamente reconocida en la Ley del Parlamento de Andalucía 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, en cuyo artículo 6 se dispone la obligatoriedad de que se incorpore de forma efectiva el objetivo de la igualdad por razón de género en todos los proyectos de ley, reglamentos y planes que apruebe el Consejo de Gobierno, y, a tal fin, establece que en el procedimiento para la aprobación de esas disposiciones deberá emitirse un informe de evaluación del impacto de género del contenido de las mismas.

Se podría argüir que, como la Ley vigente al aprobarse el Plan de Ordenación del Territorio cuestionado era la Ley andaluza 18/2003, de 29 de diciembre, cuyo artículo 139.1 se refería exclusivamente a los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno, no resultaba exigible el informe de evaluación del impacto de género para los planes aprobados por dicho Consejo de Gobierno, interpretación que, desde un sistema de



principios, no podemos aceptar dada la naturaleza de disposiciones reglamentarias o de carácter general que tienen éstos, según hemos expuesto también anteriormente.

Por esta razón el vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, establece, al regular *de elaboración de las leyes y disposiciones reglamentarias de la Comunidad Autónoma se tendrá en cuenta el impacto por razón de género del contenido de las mismas* », precepto desarrollado por la indicada Ley andaluza 12/2007, de 26 de noviembre, incluyendo los planes, y lo mismo el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 17/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la elaboración del Informe de Evaluación de Impacto de Género, en cuya exposición de motivos o preámbulo se declara que el artículo 114 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece la necesidad de atender al impacto que las principales **disposiciones generales** emanadas de los poderes públicos de Andalucía tienen en la igualdad entre mujeres y hombres, atendiendo al principio de transversalidad de género, principio dirigido a integrar la perspectiva de género en todas las políticas y programas generales de la Comunidad Autónoma, criterio idéntico al que inspiró la promulgación del artículo 139 de la Ley andaluza, ya citada, 18/2003, de 29 de diciembre, y el Decreto, también citado, 93/2004, de 9 de marzo, ambos vigentes cuando se tramitó y aprobó el Plan de Ordenación del Territorio cuestionado.

En el preámbulo de este Decreto 93/2004 se invoca la necesidad de atender al principio de transversalidad como actuación necesaria a implementar por los Estados Miembros de la Unión Europea dirigida a integrar las perspectivas de género en todas las políticas y programas generales, y se cita la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Amsterdam, que formaliza el objetivo explícito de que todas las actividades de la Unión Europea deben dirigirse a eliminar las desigualdades y a promover la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 2 y 3).

**SEXTO** .- Es cierto, como hemos apuntado anteriormente, que la representación procesal de la entidad mercantil demandante no ha expresado a lo largo del pleito la incidencia que las determinaciones del Plan de Ordenación Territorial combatido puedan tener para esa igualdad propugnada entre hombres y mujeres, mientras que la representación de menos cierto que, como esta misma reconoce, el informe a emitir así lo debería haber expresado, lo que se ignora al no haberse cumplido ese trámite.

El propio Decreto 17/2012, de 7 de febrero, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para regular la elaboración del Informe de Evaluación de Impacto de Género, prevé, en su artículo 5.2, esa eventualidad, y así establece que *« En el caso en que la disposición no produzca efectos, ni positivos ni negativos, sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, se reflejará esta circunstancia en el informe de impacto de género, siendo en todo caso necesario revisar el lenguaje del proyecto para evitar sesgos sexistas »*.

Aunque este precepto careciese de vigencia al tiempo de aprobarse el Plan de Ordenación, es revelador de la lógica inherente a la exigibilidad de cualquier informe preceptivo, por lo que esta Sala no comparte la tesis de la Administración autonómica demandada relativa a que, como no existen en dicho Plan determinaciones con incidencia en materia de género, resultaba innecesario el informe de evaluación de impacto de género, ya que sería en el informe a emitir donde se debería explicar tal circunstancia, lo que, además, podría ser objeto de controversia, que no se ha podido suscitar al faltar el preceptivo informe atendido el carácter reglamentario o de disposición de carácter general del Plan de Ordenación impugnado, lo que implica, por las razones ya expresadas al examinar el otro vicio procedimental denunciado, la nulidad radical de la norma recurrida conforme a lo dispuesto concordadamente en los artículos 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, como, además, ha venido a declarar esta Sala del Tribunal Supremo en supuestos de falta del indicado informe (Sentencias de fechas 16 de abril de 2013 -recurso de casación 6470/2011 - y 8 de enero de 2014 -recurso de casación 2651/2012 -).

**SEPTIMO** .- La estimación del primer motivo de casación hace innecesario examinar el segundo esgrimido, por infracción de ley y de jurisprudencia, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, al igual que, estimados los motivos de impugnación basados en los defectos formales en que se incurrió al elaborar y aprobar por el Consejo de Gobierno el Plan de Ordenación del Territorio, resulta improcedente analizar el resto de los alegados en la instancia.

**OCTAVO** .- La declaración de haber lugar al recurso de casación comporta que no formulemos expresa condena al pago de las costas procesales causadas, conforme a lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes, al no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, conforme a la redacción aplicable del artículo 139.1 de la misma Ley, en relación con los artículos 68.2 y 95.3 de la propia Ley Jurisdiccional.



Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa .

## FALLAMOS

Que, con estimación del primer motivo de casación invocado sin examinar el segundo, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el Procurador Don Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de la entidad mercantil La Barca N.V. S.A., contra la sentencia pronunciada, con fecha 23 de marzo de 2012, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso- administrativo número 380 de 2007 , la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, estimando el recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la referida entidad mercantil La Barca N.V. S.A. contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 142/2006, de 18 de julio, por el que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga, debemos declarar y declaramos que este Plan de Ordenación es nulo de pleno derecho, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, **cuya parte dispositiva se publicará en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía** , lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

## VOTO PARTICULAR

**FECHA:06/10/2015**

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Juan Suay Rincón A LA SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2015 DE LA SECCIÓN QUINTA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO (RC 2676/2012), AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO SR. D. Mariano de Oro Pulido y López.

Por medio de la formulación del presente voto particular vengo a expresar mi discrepancia con la Sentencia de 6 de octubre de 2015, recaída en el RC 2676/2012, en los limitados términos en que vendré a exponer a continuación.

I

**La concreción del ámbito de la discrepancia: coincidencia plena con la parte dispositiva y parcial con la fundamentación de la sentencia**

En efecto, cumple, ante todo, concretar el ámbito al que se circunscribe mi discrepancia:

1) He de manifestar así mi sintonía con el parecer de la mayoría en lo que concierne a la parte dispositiva de la sentencia, que comparto sin ambages.

Considero, en efecto, lo mismo que la mayoría, que procede la estimación del recurso de casación promovido ante esta Sala y Sección contra la Sentencia de 23 de marzo de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo (Recurso 380/2009 ), a su vez, interpuesto contra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 142/2006, de 18 de julio, por el que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental en la provincia de Málaga.

En este caso, además, comparto plenamente, de igual modo, las razones esgrimidas por nuestra Sentencia sobre las que se sustenta el fallo (FD 2º).

2) Y estimo también de todo punto inobjetable el sentido igualmente estimatorio de nuestro fallo, al acoger la pretensión sustentada en el recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia y sobre el que hemos de pronunciarnos, una vez estimado el recurso de casación y anulada y casada la sentencia impugnada, al amparo del artículo 95.2 d) de nuestra Ley jurisdiccional .

Al igual que opina la mayoría de la Sección de la que formo parte, considero que procede igualmente venir a declarar la nulidad de pleno derecho del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental (Decreto 142/2006).



Sin embargo, en este caso, encuentro que la razón de la nulidad del indicado Plan es una sola y reside estrictamente en la defectuosa realización del trámite de la información pública en el procedimiento de tramitación del plan.

Coincido, pues, con el parecer de la mayoría en que se trata el indicado trámite de una fase esencial en dicho procedimiento, y que por eso no puede soslayarse ni dejar de cumplimentarse sin atender a las exigencias que legalmente le están requeridas.

Entre tales exigencias, corresponde a la Administración pronunciarse sobre las alegaciones formuladas en el indicado trámite por quienes comparecen en el mismo --que es lo que nuestra Sentencia precisamente echa en falta en el supuesto sometido a su consideración--, en tanto que la información pública representa ciertamente, no una garantía más, sino la verdadera garantía que asegura la participación ciudadana en el procedimiento de tramitación de los instrumentos de ordenación urbanística y territorial --un principio el de participación, a la postre, de rango constitucional (artículo 9.2)--.

En este extremo, comparto las razones dadas por nuestra Sentencia para justificar la procedencia de estimar igualmente el recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia en el sentido expuesto (FD 3º).

Ahora bien, considero, en cambio, que no cabe basar nuestro pronunciamiento anulatorio del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental sino en la concurrencia del indicado vicio de nulidad. Y, sin embargo, la Sentencia abunda a continuación (FD 4º a 6º), en su fundamentación jurídica, en una segunda línea argumental sobre cuya base se justifica igualmente la nulidad del plan.

Pese a la brillantez con que se desarrolla dicha línea argumental, es en las conclusiones obtenidas mediante ella donde se sitúa precisamente la razón de mi disenso.

Así las cosas, la controversia se limita a un único extremo: y es que, a diferencia de la opinión expresada por la mayoría de la Sección a que estoy adscrito, no comparto que el **informe de evaluación de impacto de género** resultara exigible y constituya un imperativo insoslayable, de tal manera que su omisión desembocara en las consecuencias que la sentencia extrae de ella.

Al menos, al tiempo en que vino a tramitarse y aprobarse el instrumento de ordenación territorial sometido a nuestro enjuiciamiento (Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental: Decreto 142/2006).

En todo caso, pues, queda perfectamente claro que comparto el fallo alcanzado en todos sus términos y, parcialmente, la fundamentación jurídica sobre la que se asienta.

## II

### **Una precisión adicional: la inaceptabilidad de acoger la razón aducida de adverso como justificación de la omisión del trámite supuestamente exigible**

Antes de proseguir y de formular las razones sobre las que fundamento mi oposición en el extremo señalado, se impone una precisión adicional para terminar ya de concretar del todo el núcleo de la controversia.

He de manifestar, asimismo, que tampoco sostengo una discrepancia absoluta con la sentencia en lo que concierne al tratamiento de dicho extremo, porque comparto con ella que resulta difícilmente atendible la razón fundamental esgrimida por la Administración en defensa de la omisión del trámite antes indicado (informe de evaluación de impacto de género) en el curso de la tramitación del plan impugnado (FD 6º).

Una omisión que, por cierto, y acaso por aquí habría que haber comenzado, en todo caso, nadie discute.

No cabe, en efecto, tratar de justificar la ausencia del citado informe en su innecesidad, en la medida --según se aduce-- en que no se percibe que las determinaciones del plan vengán a tener incidencia alguna en materia de género, porque precisamente al servicio de esta finalidad es por lo que podría justificarse, en su caso, la exigibilidad del trámite cuya omisión la sentencia de la que discrepo denuncia.

Dicho informe representa la garantía última de que no se produzca una indeseable incidencia en materia de género, de tal manera que en su ausencia no hay modo de verificar que el plan incide o no en dicha materia. Así, al menos, ha de pronunciarse el citado informe; y de este modo, por otra parte, aparece configurado el propio trámite por la normativa autonómica que contempla en la actualidad su regulación (Decreto 17/2012, de 7 de febrero), como la sentencia impugnada se cuida de destacar (FD 6º).

No constituye un óbice absolutamente infranqueable el hecho de que el recurrente deba aportar algún dato (Sentencia de 7 de enero de 2015 R 487/2013), o razón concreta (Sentencia de 6 de mayo de 2009 RC 1883/2007), de los que pueda infundirse la sospecha, al menos con carácter indiciario, de que una norma aparentemente inocua pueda producir determinado impacto de género, según también tenemos declarado.



Así que, en el sentido expuesto, por consiguiente, me adhiero a la argumentación expresada por la sentencia en su FD 6º. Y, en resumidas cuentas, pues, sostengo una discrepancia estrictamente limitada, en suma, a las consideraciones desarrolladas por la sentencia en sus FD 4º y 5º.

### III

#### **Sobre la transversalidad del informe de impacto por razón de género y su alcance horizontal**

Procede ya sin más dilación entrar a tratar de explicar el porqué de ella. Y si no yerro en mi apreciación, la tesis de la sentencia favorable a la exigibilidad del informe de impacto por razón de género en el supuesto de autos se sustenta sobre la base de una doble argumentación de índole material, para cuyo soporte jurídico a su vez se apela al contenido de una serie de diversos preceptos provenientes del ordenamiento estatal y autonómico que resulta de aplicación.

Aunque sea ya casi al final de los razonamientos empleados por la sentencia, se invoca así el principio de transversalidad como fundamento de la exigibilidad del informe de impacto por razón de género, en la medida que tal exigencia recorre los distintos sectores sujetos a la acción de gobierno y busca la integración de la perspectiva de género en todas las políticas y programas generales, en nuestro caso, impulsadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A dicho principio, en efecto, hace referencia explícita en su Preámbulo el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, dictado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en desarrollo de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre; normativa reglamentaria aquélla, ciertamente, en vigor al tiempo de aprobarse el Plan de Ordenación del Territorio impugnado (Decreto 142/2006), lo mismo que lo estaba la ley que acabamos de mencionar (Ley 18/2003, de 29 de diciembre).

Ahora bien, con ser evidente la proyección general del indicado principio de transversalidad y encontrar incluso dicho principio su raíz en el Derecho originario de la Unión Europea (Tratado de Amsterdam: artículos 2 y 3), lo que pone de manifiesto su relevancia, no menos cierto es que, atendiéndonos a la normativa andaluza legal y reglamentaria que resulta de aplicación, el informe de impacto por razón de género no se proyecta sobre la totalidad de los instrumentos puestos a disposición de la Comunidad Autónoma para el desarrollo de su acción de gobierno, sino que dicho informe contrae su ámbito de aplicación, señaladamente, a los **proyectos de leyes y reglamentos** cuya aprobación corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (en el sentido expuesto, Ley 18/2003: artículo 139.1 y Decreto 93/2004 : artículo 2).

Queda así claramente delimitado, en los términos expuestos, el alcance horizontal del principio de transversalidad. Y esto es lo que quería destacar. Tratándose de proyectos de leyes y reglamentos aprobados por al máximo órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma, la exigibilidad del informe de impacto por razón de género se extiende a los distintos sectores de la actividad administrativa (de ahí, justamente, su carácter transversal). Ahora bien, siempre y cuando sea así, esto es, en la medida en que se trate de proyectos de leyes y reglamentos.

Así, pues, ésta es la cuestión capital que corresponde elucidar; en definitiva, se trata de determinar si el instrumento de ordenación cuestionado en el litigio (Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental) constituye o no un reglamento, de tal manera que la exigibilidad del informe de impacto por razón de género deviene una exigencia insoslayable.

### IV

**El auténtico foco de la controversia: la consideración de los planes como reglamentos** Situados ya en el auténtico foco de la controversia, la Sentencia de la que discrepo acude a un segundo argumento de índole material en defensa del planteamiento al que se acoge.

Los planes de ordenación territorial, lo mismo que los urbanísticos, constituyen disposiciones de carácter general; y de ello sigue que les sean de aplicación sus mismas previsiones normativas.

Hemos de comenzar por resaltar, ante todo, que este argumento, desde luego, aparece fundado en nuestra propia jurisprudencia. Preciso es reconocerlo así, ya de entrada, y es algo que no puede ocultarse.

Ciertamente, como acabamos de indicar, resulta incansable la jurisprudencia que tenemos elaborada en el sentido expuesto: los planes urbanísticos y territoriales son disposiciones de carácter general.

No está de más agregar, sin embargo, que en términos más matizados se pronunciaba una jurisprudencia algo más lejana en el tiempo, que venía a considerar que los planes urbanísticos tenían una naturaleza jurídica asimilada a la de las disposiciones de carácter general.



Pero, en todo caso, no resulta controvertida su sustancia última esencialmente normativa, ni tampoco pretende venir a cuestionarse ahora dicha sustancia. Sin embargo, una vez reconocido así, no menos cierto es que resulta igualmente difícil de negar la peculiaridad -última, también- que es propia de los planes urbanísticos y territoriales.

No sólo disponen estos instrumentos de ordenación de una regulación específica y completa en el correspondiente sector del ordenamiento jurídico en que se integran; dicha peculiaridad tiene su sustento y reconocimiento incluso en la propia normativa general. Y así, por ejemplo, la normativa legal reguladora del régimen local ( Ley 7/1985, de 2 de abril), todavía vigente en la actualidad, al referirse en su artículo 4 a las distintas potestades de que disponen las Corporaciones Locales en el ejercicio de sus competencias contempla en apartados separados, por un lado, "la potestad reglamentaria y de autoorganización" -apartado a)- y, por otro lado, "la potestad de programación o planificación" - apartado c )-.

## V

### **La inexistencia de una identidad completa en la sujeción de los reglamentos a las mismas normas procedimentales**

En todo caso, que se convenga en la consideración de los planes urbanísticos y territoriales como disposiciones de carácter general no quiere decir que les resulten de aplicación sin más las mismas previsiones normativas sin excepción de ningún género.

En rigor, habría que comenzar por indicar que ni siquiera la propia potestad reglamentaria en sentido estricto está sujeta exactamente a las mismas reglas.

1) Por mantenernos en el mismo ejemplo al que antes acudimos, particularmente claro es el caso de las ordenanzas, expresión típica y característica de la potestad reglamentaria reconocida a las corporaciones locales.

Los principios sustantivos sí que les pueden resultar comunes a los reglamentos estatales y autonómicos. Pero existen notorias diferencias, al menos, en relación a las normas procedimentales que resultan de aplicación: por todas, como es perfectamente sabido, la sujeción de las ordenanzas al imperativo trámite de la información pública no es exigible en el caso de los reglamentos estatales y autonómicos; y resulta así excepcional en el procedimiento encaminado a su aprobación la práctica de dicha información pública; si bien, en aras de la vigencia y efectividad del principio de participación pública (de rango constitucional, con carácter general como ya hemos indicado por virtud del artículo 9.2; y cuya singular proyección en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas concreta el artículo 105 a), también de la Constitución ), a los reglamentos estatales y autonómicos les resulta exigible, cuando menos, el cumplimiento de un trámite de audiencia, de naturaleza externa, como regla general.

Y aunque la cuestión de entrada pudiera resultar más polémica, está también reconocida una forma peculiar de relación de las ordenanzas locales respecto de las leyes a cuyo amparo se dictan, que pasa por una singular vinculación -más flexible y menos estricta que la que resulta obligado en los reglamentos estatales y autonómicos- a las exigencias dimanantes del principio de legalidad. En cualquier caso, ha recibido ello el aval de nuestra propia jurisprudencia (por todas, Sentencia de 7 de noviembre de 2009; también, entre las más recientes, sendas Sentencias de 22 de mayo de 2015, RC 2433 y 2436/2013).

2) Llevando las cosas aun más lejos, tampoco puede decirse que resulten de aplicación idénticas reglas a los reglamentos estatales y autonómicos -al menos, hasta la reciente aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que, por otro lado, todavía no ha entrado en vigor (se prevé al respecto una "vacatio legis" de un año de duración, con carácter general)-.

Lo cierto es que, en la actualidad, la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, carece de carácter básico y es aplicable en consecuencia sólo de forma supletoria, y en tanto que queda emplazada a ello la normativa autonómica; como efectivamente hace la Ley andaluza 6/1983 en su disposición transitoria segunda. Pero, en tanto que supletorias sus disposiciones, claro está que podrían venir a ser desplazadas sin dificultad alguna por la correspondiente normativa autonómica.

Siendo así, hasta ahora las disposiciones legales indistintamente aplicables a la potestad reglamentaria son sólo las que tienen cabida en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (artículos 4 a 7 ) - derogadas también de resultas de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que tampoco ha entrado en vigor todavía con carácter general;- y en los indicados preceptos no se alude al informe de impacto por razón de género: su carácter básico, por lo demás, está pendiente de la correspondiente resolución del Tribunal Constitucional.



Venimos puntualizando que ciertamente así ha sido hasta ahora, porque la normativa estatal recientemente aprobada ha venido a consagrar el carácter básico de las previsiones establecidas en ella en la materia que nos ocupa (procedimiento de elaboración de disposiciones generales): por un lado, la Ley 39/2015 ha venido a dar acogida a las disposiciones hasta ahora ubicadas en la Ley 2/2011; y todavía más allá, la Ley 40/2015, por virtud de lo dispuesto en su DF 14<sup>a</sup>, ha venido a otorgar carácter básico también a las modificaciones introducidas por ella de la Ley 50/1997 (e incluidas en su DF 3<sup>a</sup>).

Pero, con anterioridad, es lo cierto que no tenía reconocido dicho rango; y esto es lo que interesa destacar a los efectos de abordar la presente controversia. Justamente, por carecer de carácter básico, nuestra Sentencia de 7 de febrero de 2012 (RC 611/2019) vino a casar la sentencia dictada en la instancia, sin que tampoco entendiera aplicable la cláusula de supletoriedad a favor de la normativa estatal, también contemplada a la sazón por la normativa autonómica aplicable -en dicho caso, valenciana-.

## VI

### **La procedencia de alcanzar la misma conclusión en el caso de los planes urbanísticos y territoriales**

En todo caso, y si ha sido así hasta ahora, no habiendo una comunión absoluta en la aplicación de las mismas normas procedimentales tratándose de los propios reglamentos, con mayor razón, más difícil es en el caso de los planes tratar de llevar la equiparación hasta las últimas consecuencias. La misma conclusión, pues, se impone en este caso.

Ciertamente, si hubiese que reconducir los planes a alguna de las dos categorías jurídicas básicas y primarias -normas y actos- (acaso, junto a la de los contratos), ni que decir tiene que los planes encuentran acomodo en el campo de las normas y no en el de los actos. Ya lo hemos venido a destacar sin necesidad de volver ahora a insistir sobre ello.

Y, ciertamente también, tenemos por reglamento, de una forma genérica y convencional, a cualquier norma jurídica emanada de alguna Administración Pública.

Ahora bien, conforme a lo expuesto con anterioridad, no sigue de ello la aplicación de las mismas reglas a todas las manifestaciones de la potestad normativa del Poder Ejecutivo. Por tratarse de disposiciones de carácter general, en suma, no tiene por qué producirse en el caso de los planes una recepción absoluta de las normas reguladoras de los reglamentos estatales y autonómicos. Al menos, en lo que concierne a los aspectos procedimentales; y sin perjuicio de que, también en este caso, proceda partir de una identidad de principios.

**En definitiva, pues, considero que, para la exigibilidad del informe de impacto por razones de género, dicho informe ha de venir exigido por la correspondiente normativa urbanística.**

Entiendo, además, que, por razones de seguridad jurídica, las consecuencias anudadas justamente a la inobservancia de las exigencias requeridas a los planes por el ordenamiento jurídico avalan y confirman esta conclusión.

Como disposiciones de carácter general que son, en efecto, la inobservancia de tales exigencias comporta en el caso de los planes unas consecuencias sumamente gravosas que esta Sala y Sección viene reiterando sin descanso (su nulidad de pleno derecho); y tales consecuencias se producen inevitablemente, no sólo en caso de infracciones sustanciales al ordenamiento jurídico, sino también de infracciones formales; porque, como tenemos dicho también de forma reiterada, este último género de infracciones, no obstante su denominación, reviste carácter sustancial en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales; y, por tanto, lo mismo que las infracciones sustanciales, determinan la nulidad de pleno derecho de los planes -con efectos, además "ex tunc"-.

Atendiendo a tales consecuencias, entiendo que resulta precisa en aras de la propia seguridad jurídica la contemplación expresa por la normativa del sector correspondiente del trámite controvertido cuya omisión se echa en falta en el supuesto de autos, precisamente, para poder llegar a deducir tales consecuencias.

## VII

### **El posible surgimiento de la controversia, en cualquier caso, a partir de una normativa autonómica posterior**

Apurando hasta el final esta serie de consideraciones, el problema, a lo sumo, podría llegar a plantearse en la actualidad, a partir de la regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general establecido por la Ley andaluza 12/2007, de 26 de noviembre, dictado en cumplimiento del mandato dispuesto por el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía ( artículo 114), aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo .



En la medida en que, ahora así, se formula una referencia explícita, no sólo a los reglamentos, sino también a los planes aprobados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en punto a la exigibilidad del informe de impacto por razón de género y se rubrica de este modo la extensión del principio de transversalidad a tales instrumentos de planeamiento ( Ley 12/2007: artículo 6 ).

Pero lo cierto es que el indicado texto legislativo no estaba en vigor al tiempo de la tramitación y aprobación del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental controvertido en el caso; lo mismo que tampoco lo estaba su ulterior desarrollo, que avanza y profundiza en la misma línea ( Decreto 17/2012, de 7 de febrero: artículo 3 ).

Y siendo así, lejos de lo que constituye el parecer mayoritario de la Sección, entiendo que la incorporación de la referencia explícita a los planes en el texto legal, viene a avalar, antes que a desmentir, que el informe de impacto por razón de género no venía exigido con anterioridad.

Aparte de que, ya de entrada, la contemplación diferenciada ahora de los planes, junto a los reglamentos, podría servir de sustento para sostener que ambas figuras no son exactamente idénticas, pese a tratarse especies ambas de un mismo género y a su común adscripción al bloque de las disposiciones de carácter general, se deja percibir con claridad, del modo expuesto, el sentido innovador de una regulación, cuyo signo evolutivo viene marcado por el impulso alentado por la aprobación de la nueva normativa estatutaria que reconoce, ahora sí, expresamente, entre sus objetivos, la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, con referencia al principio de transversalidad de género.

Indudablemente, la previsión de la exigencia del informe de impacto por razón de género, en el caso de los planes, se orienta en la indicada dirección y constituye una herramienta precisa al servicio del objetivo antes indicado.

Esto no obstante, he de señalar que en principio mantengo mi posición de que, en aras de la seguridad jurídica, resulta idónea la previsión de indicado informe en la normativa urbanística, para así despejar del todo cualquier sombra de duda.

Porque, aun limitada en el ámbito del urbanismo y de la ordenación del territorio la exigibilidad del informe de impacto por razón de género a los planes aprobados por el gobierno, no está de más recordar que muchos de esos planes son el resultado del ejercicio de procedimientos bifásicos, de modo que sus respectivas fases - la formulación y la aprobación del plan- aparecen divididas y atribuidas incluso a administraciones diferentes, con lo cual la exigibilidad del informe podría llegar a hacerse recaer sobre una administración distinta de la que va aprobar el plan. Es fácil colegir que solo si se atiende a dicha exigencia en trance de formulación del plan, cuando las determinaciones de ordenación están en curso de ser adoptadas, el informe podrá alcanzar la virtualidad pretendida con él.

En el sentido expuesto, vengo a formular mi voto particular manifestando en todo caso mi máximo respeto al criterio mayoritario de mis compañeros de Sección, que siempre pondero con la máxima atención.

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo que como Letrada de la Administración de Justicia certifico.