



Roj: **STS 3612/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3612**

Id Cendoj: **28079130052015100286**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **22/07/2015**

Nº de Recurso: **3884/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3902/2013,**  
**STS 3612/2015**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Quinta por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación nº **3884/2013**, interpuesto por el Procurador Don Manuel Francisco Ortiz de Apodaca García, en representación de la **DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA**, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el 10 de octubre de 2013, en el recurso nº 532/2012. Han intervenido como recurridos DON Germán, DOÑA Gema, DON Roberto y la asociación **EKOZAIN**, representados por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Ana Isabel Lobera Argüelles.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se ha seguido recurso contencioso-administrativo nº 532/2012, a instancia de los referidos DON Germán, DOÑA Gema, DON Roberto y la asociación EKOZAIN, contra la Orden Foral 2037/2012, de 19 de marzo, por virtud de la cual se aprueba la modificación puntual de las Normas Subsidiarias del municipio de Mendexa (Vizcaya), en lo relativo a la Unidad de Ejecución "Vista Alegre".

**SEGUNDO** .- En dicho recurso jurisdiccional, la Sala de instancia dictó sentencia el 10 de octubre de 2013, en cuyo fallo se dispone, literalmente, lo siguiente:

"FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR LA NULIDAD DE LA ORDEN FORAL 2037/2012 DE 19 DE MARZO, DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE LA MODIFICACIÓN PUNTUAL DE LAS NNSS DE MENDEXA, EN LA U.E. VISTA ALEGRE.

SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS".

**TERCERO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA formuló escrito de preparación del recurso de casación, tenido por preparado mediante diligencia de ordenación de 7 de noviembre de 2013, que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo y emplazar a los litigantes.

**CUARTO** .- Emplazadas las partes, la DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA compareció ante este Tribunal Supremo, formulando el 19 de diciembre de 2013 escrito de interposición del recurso de casación en que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró procedentes, solicita se dicte sentencia por este



Tribunal Supremo por la que se case y anule la sentencia impugnada, desestimando en consecuencia el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

**QUINTO** .- Por auto de 13 de marzo de 2014, la Sección Primera de esta Sala Tercera declaró la admisión del recurso de casación, en los siguientes términos:

"LA SALA ACUERDA:

Primero.- No acceder a la solicitud de inadmisión del recurso propuesta por la parte recurrida.

Segundo.- Declarar la admisión del recurso de casación interpuesto por la Diputación Provincial de Vizcaya contra la Sentencia de 10 de octubre de 2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo -Sección 2ª- del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictada en el recurso contencioso-administrativo número 532/2012 ; y, para su sustanciación, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de conformidad con las reglas de reparto de asuntos".

Por diligencia de ordenación de 6 de mayo de 2014 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida para que en treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo la Procuradora Sra. Lobera Argüelles, en la representación procesal de Don Germán , Doña Gema , Don Roberto y la asociación EKOZAIN, mediante escrito de 18 de junio de 2014, en que se opuso al recurso de casación, lo que realizó en los siguientes términos:

"SUPLICO a la sala que, habiendo presentado este escrito con las copias que lo acompañan, lo admita y, en su virtud, tenga por personada a esta parte y, estimando las causas y motivos de inadmisibilidad y oposición al recurso expuestos, no admita o, subsidiariamente, desestime el RECURSO DE CASACIÓN presentado por la representante de la Diputación Foral de Bizkaia, imponiéndole a la misma el pago de las costas en virtud del artículo 93.5 de la LJCA ".

**SEXTO** .- Por providencia se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 8 de julio de 2015, fecha en que efectivamente se deliberó, votó y falló, con el resultado que a continuación se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Jose Navarro Sanchis, Magistrado de la Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se impugna en este recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó en el recurso referido, en sentido estimatorio, declaración que comportó la anulación de la Orden Foral 2037/2012 a que ya se ha hecho anterior mención, impugnada en dicho litigio, así como la modificación del planeamiento a que se refiere.

**SEGUNDO** .- La sentencia impugnada expone las razones determinantes de la nulidad de la modificación de las Normas Subsidiarias de Mendexa en sus fundamentos de derecho séptimo y décimo. En el primero se aborda la cuestión relativa al trámite procedimental seguido y, en particular, al invocado deber de seguir el procedimiento de revisión de las NN.SS. frente al de modificación efectivamente emprendido. Junto a tal motivo -y tras denegar otros motivos distintos que quedan, por tanto, fuera de la impugnación casacional- se razona en el fundamento décimo sobre la infracción del que la sentencia denomina PTS y que son las siglas del Plan Territorial Sectorial de Protección y Ordenación del Litoral. Debemos, pues, transcribir tales fundamentos de la sentencia que llevan al fallo estimatorio -y, por ende, anulatorio de las Normas Subsidiarias de Mendexa-:

"[...] SÉPTIMO.- Por razones metodológicas procede examinar, en primer lugar, la alegación relativa al trámite procedimental, que se desarrolla en el apartado tercero de la demanda, en el que se suscita la cuestión relativa a si procedía el trámite de modificación puntual o revisión.

Los argumentos que sostuvo la recurrente son:

- Es forzoso hacer la revisión, más que la modificación puntual, una vez transcurridos ocho años, periodo previsto en las NNSS. Se invoca el art. 102.3 del LS 2/2006. Y se indica que se está revisando la ordenación estructural.
- Se cumplen las condiciones del art. 33.1.b) del D. 2105/2008.
- La D. Tª 2ª de la LS 2/2006.

En relación con la primera cuestión, las NNSS de Mendexa se publicaron en el BOB de 3 de octubre de 2001. Según el art. 1.1.4 de las NNSS, el Ayuntamiento revisará cada ocho años los plazos contenidos en las NNSS para urbanizar o edificar. Se añade que la revisión podrá llevarse a cabo a través de una simple modificación de las NNSS "si no implica alteración de la superficie de suelo clasificado". La LS 2/2006 regula la cuestión



en los arts. 102 y 103. El art. 103. 4 establece: 4.- *La modificación podrá tener lugar en cualquier momento. No obstante, cuando se refieran a determinaciones o elementos propios del plan general no podrá tramitarse modificación alguna una vez expirados los plazos o producidos los supuestos o circunstancias previstos en el propio plan para su revisión, siempre que no se hubiere acordado el inicio de los trabajos de la misma.*

En relación con esta cuestión en la STSJPV 5/2013, de 9 de enero de 2013, rec. núm. 1/2011 , se dice:

*El art. 103.4 contiene una norma general: las modificaciones pueden tener lugar en cualquier momento. La modificación es una reconsideración del contenido de los planes urbanísticos que no esté contenida en el artículo 102 de la LSU; es decir, que no exija revisión total o parcial. El D. 105/2008 de 3 de junio, en su art. 33 precisa cuándo procede la "revisión total", "revisión parcial" y "la modificación puntual" de la ordenación urbanística estructural.*

*El art. 89.6 de la LSU establece que "las determinaciones de ordenación de los planes urbanísticos mantendrán su vigencia hasta el momento de la entrada en vigor de sus revisión o modificación".*

*La norma general contiene una excepción: **cuando se refieran a determinaciones o elementos propios del plan general no podrá tramitarse modificación alguna una vez expirados los plazos o producidos los supuestos o circunstancias previstos en el propio plan para su revisión.** El primer inciso remite, al menos, a las determinaciones previstas en el art. 61.a) de la LSU: ordenación estructural del término municipal completo y la ordenación pormenorizada del suelo urbano consolidado. Estas determinaciones no pueden ser modificadas si ha expirado el plazo para la revisión del Plan.*

*Pero la contra-excepción se contiene en el inciso final: **siempre que no se hubiere acordado el inicio de los trabajos de la misma.***

*La normativa autonómica es variada. La Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía establece en su art. 38.3 : "la modificación podrá tener lugar en cualquier momento, siempre motivada y justificadamente".*

*La Ley 9/2001 de 17 de julio de la Comunidad de Madrid (que se cita por el Ayuntamiento) establecía en su redacción originaria (art. 69.2.b ) que no podrá iniciarse la tramitación de una modificación del PGOU "antes de transcurrido un año desde la aprobación definitiva del correspondiente Plan de Ordenación urbanística o de su última revisión, ni después de expirado el plazo fijado en cualquier forma para que esta última tenga lugar"; se modifica posteriormente y el art. 69.2 establece que "Los Planes de Ordenación podrán modificarse en cualquier momento. Las modificaciones puntuales podrán variar tanto la clase como la categoría del suelo".*

*Debemos indicar que la STS de 13.4.2005 (rec.3555/2002 -Pte. Sr. Peces Morate), se dicta en relación con el art. 45.3.b) de la Ley 9/1995 de la Comunidad de Madrid (derogada por la Ley 9/2001), que establecía que: b) No podrán tramitarse modificaciones correspondientes al nivel de planeamiento general una vez expirados los plazos establecidos en el programa de actuación del propio Plan o el plazo señalado en éste para su revisión. E igualmente la STS 1.6.05 (rec. 3839/2002 ).*

*La Ley 15/2001 de 14 de diciembre, de Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura establece en su art. 82.3 : [...]*

*[...] La redacción del art. 103.4 de la Ley 2/2006 es tributaria (como resulta de su redacción), de la Ley 15/2001, art. 82.3 . Pero añade un inciso final que es la "contra-excepción": si se ha acordado el inicio de los trabajos de la revisión, es posible la modificación.*

*Conforme a dicho precepto la modificación referida a determinaciones o elementos propios del PGOU no es posible, entre la expiración del plazo de revisión -en éste caso el 22.6.2006; y el Acuerdo de inicio de los trabajos de revisión (29.3.07). Pero sería posible tras el Acuerdo de inicio de los trabajos de revisión del PGOU.*

*La posición que se sostuvo por la Sala en la STSJPV núm. 47/2011 (rec. 48/09 ) asumía que la interpretación gramatical era entender referido el término "la misma" a revisión y no a modificación; pero consideraba que la lógica debía llevar a otra conclusión porque un acuerdo posterior de iniciación de los trabajos de revisión podía llevar a dar cobertura a una modificación cualquiera que fuese el tiempo transcurrido desde la fecha prevista por el propio plan para su revisión; y la excepción no sería la confirmación de la norma prohibitiva sino su derogación en cuanto que contraría su finalidad "la de limitar el plazo de modificación del planeamiento en atención a sus propias previsiones". Una nueva reflexión lleva a la Sala a modificar éste criterio, puesto que precisamente el inciso último del art. 103.4 de la Ley 2/2006 , supone abrir la posibilidad de tramitar modificaciones, si se han iniciado los trabajos de revisión. A la luz de las distintas opciones legislativas, autonómicas, se observa que la Ley 2/2006 introduce límites a la norma general "la modificación podrá tener lugar en cualquier momento", con la finalidad de promover que se inicien los trámites para la revisión de la norma de planeamiento estructural, cuando se dan las circunstancias o han expirado los plazos. No puede dejar de señalarse que, precisamente, se*



*trata de limitar que a través de sucesivas modificaciones, y por la suma de todas ellas, llegue a producirse una revisión encubierta, confusa y desordenada del propio modelo de ciudad, o de la propia ordenación estructural.*

*Sin embargo, no asume el criterio de la legislación extremeña, que exige versiones de los planes de ordenación urbanística que hayan sufrido tres modificaciones, y veda que puedan tramitarse modificaciones una vez expirados los plazos previstos en el propio Plan para su revisión.*

*Por lo tanto, además de los límites intrínsecos del concepto "modificación", como residual de los conceptos "revisión" y "revisión parcial" que contempla el art. 102 de la LSU, se contempla el límite del art. 103.4, vinculado a la procedencia de revisión, pero con un alcance más limitado que el previsto inicialmente en la legislación autonómica madrileña, o la legislación autonómica extremeña, que se acoge incluso literalmente, pero se matiza expresamente en el inciso final del art. 103.4 de la Ley 2/2006 .*

En el supuesto que nos ocupa, ha transcurrido el plazo de ocho años previsto en el art. 1.1.4 de las NNSS; la modificación puntual amplía la superficie de suelo urbano, redelimitando el área de ordenación específica de suelo urbano consolidado de Vista Alegre, al que se adscriben para su cesión un *sistema general de espacios libres-protección de arbolado* (8853,03 m<sup>2</sup>), un *sistema general de aparcamiento* (2.718,90 m<sup>2</sup>), y un *sistema general de reserva viaria* (700,84 m<sup>2</sup>), suelos que mantienen la clasificación de suelo no urbanizable. Se trata de determinaciones propias de Plan General (art. 61.a) LSU), y no consta que se hayan iniciado los trabajos de revisión del plan.

Por la codemandada se argumenta que las NNSS de Mendexa no exigen la revisión del planeamiento, aunque hayan transcurrido ocho años; pero el art. 1.1.4 de las NNSS contemplan la revisión en dicho plazo, aunque posibilitan la figura de la "modificación", si no implica alteración de la superficie de suelo clasificado. La modificación puntual supone incremento de la superficie de suelo urbano. En relación con esta cuestión, la memoria de la modificación explica que no se está en el supuesto del art. 33.1.a) del D. 105/2008 de 3 de junio, de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006 . El art. 33.1 del D. 105/2008 establece:

*1.- Sin perjuicio del resto de los motivos legalmente establecidos en la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo, la reconsideración total de la ordenación establecida por los planes urbanísticos y, en todo caso, de la ordenación estructural de los planes generales precisa su revisión integral. Se entenderá que esto se produce cuando la alteración de dicha ordenación suponga por sí misma o en unión con otras alteraciones anteriores:*

*a) El incremento del 20% o porcentaje superior del total de la superficie de suelo clasificado como urbano y urbanizable del término municipal.*

*b) El incremento poblacional de un 20% o porcentaje superior de la población del municipio.*

*c) Proponga un incremento de edificabilidad urbanística de un 25% o porcentaje superior de la edificabilidad urbanística total del municipio otorgada por la ordenación urbanística anterior.*

*d) Proponga la reclasificación a suelo urbanizable sectorizado de una superficie de terrenos que incremente en un 50% o porcentaje superior la superficie prevista como urbanizable sectorizado en la ordenación urbanística anterior, salvo que estuviese contemplada en el planeamiento territorial.*

El precepto explica cuándo debe procederse a la revisión del plan, aunque no haya transcurrido el plazo previsto para su revisión. Quizás esto explique la referencia que se contiene en la memoria de la modificación (apartado 01. antecedentes), a la emisión de un informe denegatorio de la COTP, en relación con el intento de redelimitación iniciado en mayo de 2002.

Por la parte recurrente se indica que concurre la causa prevista en el art. 33.1.b) del D. 105/08, en relación con el incremento poblacional, cuestión que, al parecer, ha planteado debate en el pueblo, y que también lo había suscitado con la modificación de la Unidad de Zelaia. Según se indica en la memoria de la modificación puntual, la población de Mendexa en 2011 es de 445 habitantes, y según el cálculo que explican en el apartado 2.5, a 2019 se prevén 551 habitantes. Sin embargo, en el año 2001 era de 341 habitantes. Y las NNSS de Mendexa se aprobaron en el año 2001 (BOB de 3 de octubre de 2001). En este caso, se han producido dos modificaciones: a) Zelaia -106 habitantes más, según el informe obrante f. 251-carpeta, 38 viviendas 3; y b) 1 vivienda en Solano. Y el incremento previsto son 24 viviendas en Vista Alegre. La cuestión es si el cómputo total supone ese incremento poblacional, superior al 20 %. El dato lo que permite concluir es que debe acudir a la revisión, y no a la modificación puntual. Según el informe obrante al f. 251 del e.a., las NNSS contemplaban una previsión de 119 viviendas; y las modificaciones acumuladas suponen 63 viviendas más respecto de las previstas en las NNSS de Mendexa.

En el año 2001 la población de Mendexa era de 341 habitantes; las NNSS contemplaban una previsión de incremento poblacional de 333 habitantes. Como se indica por la parte recurrente, siguiendo la misma lógica, el incremento poblacional que suponen las modificaciones acumuladas (incluida la que nos ocupa), siguiendo

la misma lógica, es de 26,7 % (176 habitantes, en relación con 674). La modificación resulta relevante desde esta perspectiva, superior al 20 % en relación con las previsiones contenidas en las NNSS.

Por lo tanto, había transcurrido el plazo para la revisión de las NNSS; no podía acudir a esta modificación puntual, puesto que no consta que se hubieran iniciado los trabajos de revisión. Y la modificación puntual, acumulada a las anteriores, suponía un incremento poblaciones superior al 20 % respecto de la población existente en el año 2001, y la prevista en la normativa aprobada en aquél momento.

Se comparte, por lo tanto, este motivo impugnatorio sostenido por la parte recurrente, lo que conlleva la nulidad de la modificación puntual aprobada, al haberse seguido un trámite procedimental inadecuado para la adopción de las determinaciones urbanísticas contenidas en el documento aprobado [...].

**TERCERO** .- Por su parte, en el fundamento décimo de la sentencia *a quo* se aborda el motivo referente a la infracción del régimen de usos establecido en el Plan Territorial Sectorial de Protección del Litoral. Debe aclararse, respecto de este motivo, que la Administración recurrente lo ha dejado consentido, al no dirigir frente a la nulidad declarada por razón de tal infracción motivo alguno de casación -como indican los recurridos en la alegación cuarta de su escrito de oposición-, de suerte que el eventual éxito del recurso de casación mantendría intangible dicho pronunciamiento de la sentencia, aun siendo conscientes -como somos-, de que la nulidad causada por la vulneración del régimen de usos e incompatibilidades previsto en el PTS afecta a la Unidad de Ejecución Vista Alegre sólo de forma geográficamente localizada, pues la alteración se produce sólo en la parte del aparcamiento que recae sobre la zona de Mejora de Ecosistemas, en que tal uso está prohibido por el PTS. Señala a propósito de esta cuestión la sentencia lo que sigue:

"[...] DÉCIMO.- En relación con el PTS, según la parte recurrente, con apoyo en el informe obrante al f. 15-carpeta 1, en el que se contiene la referencia de que "parte del aparcamiento recae en zona de Mejora de Ecosistemas, en la que este uso está prohibido de acuerdo con la regulación de usos del PTS". El informe jurídico sostiene que se trata de un error, porque se asienta sobre categoría forestal (11.231,7 m<sup>2</sup>), y "agroganadera y campiña" (1.653,37 m<sup>2</sup>).

El error al que se refiere el informe jurídico se produce en el art. 22 del D. 43/2007, en su versión en castellano, en el que indica "categoría de ordenación agroganadera y campiña" (MA), cuando debía decir AG, como se indica en la matriz.

En el plano obrante al f. 457, informe Basoinsa S.L. figura la ubicación de la parcela, en relación con las categorías del Decreto 43/2007, de 13 de marzo, PTS de Protección y Ordenación del Litoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Según dicho hay tres categorías: a) Áreas de Mejora de Ecosistemas (zona azul); b) Área agroganadera y de campiña (zona naranja), y c) zona forestal (zona verde).

Según el documento "contestación informe preliminar de Impacto Ambiental"- elaborado por Basoinsa S.L., apartado 1.3, el parking previsto para dar servicio a la playa de Karraspio afecta a "una pequeña superficie de mejora ambiental del PTS Litoral". En concreto, se afectan a 52,77 m<sup>2</sup>, en los que no existen plazas de aparcamiento delimitadas como tales. La empresa, siguiendo este informe, sostiene que debe entenderse como "ejecución de autopistas, autovías, carreteras y líneas de ferrocarril", o "accesos urbanos de entidad menor".

Como se reconoce explícitamente, el *Decreto 43/2007, de 13 de marzo, PTS Litoral, art. 29*, matriz de regulación, infraestructuras D.4.1, (grandes superficies de aparcamiento al aire libre de más de 50 vehículos), las excluye de las zonas categoría MA1- Ordenación de Mejora Ambiental-Áreas de Mejoras de Ecosistemas.

El art. 20 establece:

Áreas de Mejora de Ecosistemas (MA1). Tienen esta consideración los espacios que aun contando con valores ecológicos, ambientales y/o paisajísticos de importancia, han sufrido modificaciones antrópicas de diverso tipo y grado, pero de carácter reversible. Se incluyen en esta categoría áreas que presentan un valor para la conservación alto o muy alto, entre las que se encuentran los bosques autóctonos de robleal acidófilo y las masas de robleal con bosque mixto atlántico que se encuentran en una fase de degradación tal que aconseja su recuperación. También se incluyen las zonas de matorral cantábrico integradas por matorrales y formaciones arbustivas de alto valor ambiental, correspondientes algunas de ellas a estadios de degradación del bosque autóctono, consecuencia en la mayoría de los casos de la acción antrópica (quemadas y talas). Sin embargo, algunas de estas zonas que están catalogadas como hábitats de interés comunitario dentro de la Directiva 92/43/CEE, presentan un elevado valor ambiental, lo que implica que las actuaciones de mejora que se desarrollen solo persigan su mantenimiento.

Como se indica por la parte recurrente, parte del aparcamiento está incluida en zona MA1, y aunque sea una pequeña porción, se trata de un uso prohibido por el PTS, por lo que procede estimar esta alegación. No puede



compartirse la tesis de asimilar la afección, a otras que sí serían admisibles en esta categoría, porque no existen razones para asimilar una infraestructura a otra, cuando está claramente prevista en la matriz.

En relación con el "bosquete de encinar cantábrico", al que debió referirse el informe de la Dirección de Biodiversidad en su día, según la prueba practicada, no existe actualmente una masa forestal. El informe de respuesta de consultas sobre la versión preliminar, hizo referencia a esta cuestión en el apartado 3.2, señalando que se trata de ejemplares aislados, y se recomienda que dentro del ámbito destinado a Espacios Libres, se lleven a cabo actuaciones de recuperación del encinar cantábrico. En todo caso, la Orden Foral 108, de 23 de enero de 2012, que formula el Informe Definitivo de Impacto Ambiental valoró esta cuestión, según resulta del apartado 4.2.3 ("proyecto de recuperación del Encinar cantábrico"). Por otra parte, las alegaciones contenidas en la demanda no permiten extraer ninguna otra conclusión, puesto que no se desarrolla el argumento. En realidad, parece sostenerse si existen masas forestales de naturaleza autóctona, la construcción del parking es un uso prohibido, en la categoría forestal, como resulta del PTS (D. 43/2007). Según resulta de los planos aportados al informe pericial (f.459), la encina se ubica en zona forestal, donde está previsto el aparcamiento. Según se indica en dicho informe, la especie "quercus ilex" está incluida en la NF 11/97 de 14 de octubre, que establece un régimen de protección y conservación especial para esta especie. En cuanto aquí interesa, debemos limitarnos a indicar que, según el mismo informe, no existe "masa forestal". Lo que naturalmente no implica que no deban adoptarse las medidas que procedan en orden a proteger el único ejemplar subsistente".

**CUARTO** .- Frente a la indicada sentencia estimatoria, la Diputación Foral de Vizcaya recurrente articula tres motivos de casación, el primero de los cuales se invoca al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y los otros dos restantes bajo el apartado d) del mismo precepto. En el primer motivo se denuncia, con amparo en el artículo 88.1.c) citado, la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada.

Dicho motivo debe ser rechazado.

Es pertinente recordar que, como hemos declarado en diversas sentencias, entre las que cabe citar, *ad exemplum*, las de 19 de julio de 2013 (recurso de casación nº 2494/2010), y 31 de marzo de 2009 (casación 11170/2004), la incongruencia omisiva se produce "[...] cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia...". En relación con ello, debe distinguirse entre las meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes y las cuestiones que vertebran el debate y las pretensiones que se formulan, pues mientras que para las primeras -meras alegaciones y argumentaciones- no es exigible una respuesta explícita y pormenorizada, las cuestiones (o motivos) y pretensiones sí exigen una contestación razonada y congruente, sin más excepción que la de los casos de desestimación tácita que puedan deducirse de los razonamientos de la decisión.

La incongruencia omisiva o *ex silentio* requiere, por tanto, un desajuste entre el fallo judicial y las cuestiones y pretensiones planteadas por las partes, siendo necesario ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento procesal oportuno y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, o si, por el contrario, ese silencio puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. Tales consideraciones deben completarse con las formuladas por el Tribunal Constitucional cuando señala que "[...] la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del art. 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables" (STC 8/2004, de 9 de febrero); y que "(...) el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla" (STC 301/2000 de 13 de noviembre).

Pues bien, no hay en el presente caso pretensión o motivo de clase alguna suscitada por la Diputación Foral ahora recurrente en su escrito de contestación, que haya originado la incongruencia *ex silentio* por falta de respuesta explícita, puesto que las meras alegaciones -máxime si son de índole puramente defensiva, como las expresadas por el demandado para defender en Derecho la legalidad del acto o disposición recurridas- no han de recibir necesariamente una respuesta pormenorizada, lo que trasladado a este caso nos lleva a considerar que no sólo no ha habido incongruencia en sentido procesal, sino que lo que se denuncia a través de este cauce inidóneo es que la sentencia no se acomoda a la visión jurídica que la Administración recurrente quiere hacer prevalecer y que se resume en sus propias afirmaciones contenidas en el motivo, que seguidamente exponemos:



"[...] Como puede observarse la Sentencia establece una proporcionalidad directa entre el incremento de vivienda y el incremento poblacional, sin explicar en modo alguno cuál ha sido el parámetro que permite establecer esa vinculación, máxime cuando en la contestación a la demanda efectuada por el Ayuntamiento de Mendexa se afirma razonadamente la existencia de un posible incremento poblacional en torno al 8%, lo que no se contradice en la sentencia recurrida y, sobre todo, tomando en consideración el hecho de que la normativa urbanística vincula el incremento poblacional con la superficie construida destinada a uso residencial, no tanto al número de viviendas, por lo que, entendemos, se da la incongruencia alegada".

La transcripción del anterior pasaje revela que no se censura tanto que la sentencia sea incongruente por silencio -infracción que no es objeto de un desarrollo consistente en el motivo-, sino más bien por tildarse aquélla de errónea en la apreciación de los hechos y en la aplicación del Derecho, en lo atinente al cálculo del aumento de población que, conforme a las normas autonómicas, daría lugar a la exigencia de la revisión como cauce adecuado para operar la reforma del planeamiento. Por tanto, como es fácil de constatar, no se dirige la censura tanto al "cómo" de la sentencia -como es de rigor cuando se le atribuye la presencia de un error "in procedendo"-, sino más bien al "qué" de aquélla, a su contenido argumentativo y decisorio, con el que la parte recurrente, de forma procesal indebida, muestra su discrepancia jurídica, y cuyo encauzamiento adecuado debe realizarse a través del motivo previsto en la letra d) del mismo artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción .

**QUINTO** .- A través del segundo motivo, aducido bajo la cobertura procesal del subapartado d) del artículo 88.1 LJCA , se denuncia "[la]... infracción del ordenamiento jurídico estatal, por inaplicación del Real Decreto 1346/1976".

Con independencia de la incorrección procesal que supone la cita como infringida de una disposición reglamentaria entera -que se supone inaplicada-, en este caso el Reglamento de Planeamiento Urbanístico, con infracción de la regla que fija el artículo 93.2.b) de la LJCA -cuya inobservancia comporta la inadmisión del recurso- cabe señalar, además, que la invocación *in genere* de la indicada norma estatal -salvo una referencia en el desarrollo del motivo al artículo 160 RPU que debe reputarse tangencial, atendido su contenido- denota la falta de justificación, en el escrito de preparación del recurso, de que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea haya sido relevante y determinante del fallo de la sentencia ( artículo 89.2 y 93.2.a) LJCA ), siendo la cita abstracta de las normas infringidas meramente instrumental para permitir el acceso al recurso de casación.

Con arreglo al artículo 86.4 LJCA , las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, preceptuando el artículo 89.2, a propósito del escrito de preparación, que en el supuesto previsto en el artículo 86.4 habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

En suma, se precisa para que las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia sean recurribles -todas, con abstracción de la Administración autora de la actuación impugnada- que, además de ser susceptibles de casación por razón de la materia o la cuantía del asunto, concurren los siguientes requisitos: A) Que el recurso de casación pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido; B) Que esas normas, que el recurrente reputa infringidas, hubieran sido invocadas oportunamente por éste o consideradas por la Sala sentenciadora; C) Que el recurrente justifique en el escrito de preparación del recurso que la infracción de las mismas ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

Del examen de las actuaciones seguidas ante la Sala de instancia se deduce que las pretensiones de las partes contenidas en sus escritos rectores se basaron en normas de Derecho autonómico, cuya interpretación y aplicación ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia impugnada. Concretamente, la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo del País Vasco y el Decreto 105/2008, de 3 de junio, de Medidas Urgentes de Desarrollo de la Ley 2/2006, en particular su artículo 33.1, apartados a ) y b ). La sentencia de instancia ahora impugnada en casación estimó el recurso y anuló la Orden Foral 2037/2012 de 19 de marzo, de la Diputación Foral de Vizcaya, por virtud de lo razonado en su fundamento jurídico séptimo, dado que dicha Orden introduce una ordenación estructural de las NN.SS. que precisa, conforme a los indicados preceptos autonómicos, su revisión integral.

En definitiva, este segundo motivo de casación no puede admitirse porque estamos ante un supuesto de interpretación y aplicación de Derecho autonómico, tarea ésta en que el Tribunal Superior de Justicia tiene la última palabra, sin que el Tribunal Supremo pueda adentrarse en la revisión judicial de las normas autonómicas



(así, sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 30 de noviembre de 2007, recaída en recurso de casación 7638/2002 , así como Sentencias de este Tribunal de 26 de septiembre y 11 de diciembre de 2000 ), pues lo trascendente a los efectos que aquí interesan es la norma aplicada, que en el caso de autos es exclusivamente autonómica, mientras que la invocación de disposiciones estatales que efectúa la parte recurrente tiene un mero propósito instrumental, ya que no es la norma de aplicación directa al presente supuesto (en el mismo sentido y en relación con un asunto sustancialmente idéntico al presente, el auto de 12 de junio de 2014, de la Sección 1ª de esta Sala Tercera, recaída en el recurso de casación nº 4051/2013 ).

No obsta a ello el razonamiento seguido por la Diputación Foral de Vizcaya, que pretende justificar la aplicabilidad del artículo 160 RPU en el hecho de que las Normas Subsidiarias, como figura específica del planeamiento, se regirían por dicha norma estatal, dado que la legislación vasca no tipifica entre los instrumentos de planeamiento esa figura, argumento claramente destinado al fracaso, no sólo porque, de ser así, bien pudo la Administración invocar tal disposición en su escrito de contestación a la demanda -lo que se abstuvo de hacer-, sino también porque no es cierta en sí misma tal aseveración, pues la propia Ley 2/2006, antes citada, prevé un régimen transitorio para las normas subsidiarias.

**SEXTO** .- El tercer motivo de casación, aducido al amparo del artículo 88.1.d), alude a la infracción de la jurisprudencia aplicable al concepto de modificación urbanística.

Como ha señalado esta Sala de forma constante, la mera referencia a la jurisprudencia aplicable al caso no cumple la justificación que impone el artículo 89.2 LJCA (Autos de 11 y 19 de marzo de 2.002), pues dicho artículo es también aplicable cuando se invoca como motivo de casación la infracción de jurisprudencia, pues tal infracción -de la doctrina jurisprudencial- debe citarse y justificarse oportunamente en el escrito preparatorio, ya que la jurisprudencia - artículo 1.6 del Código Civil - complementa el ordenamiento jurídico y como tal se elabora y consolida mediante la aplicación e interpretación reiterada de normas jurídicas concretas, aquí no invocadas explícitamente como infringidas. Por lo demás, que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia no cambia las cosas, ya que el sistema de recursos es el establecido en la ley, a lo que debe añadirse que aunque la defectuosa preparación del recurso debe examinarla la Sala de instancia, es al Tribunal Supremo a quien corresponde definitivamente pronunciarse al respecto.

En suma, ni el escrito de preparación ni el de formalización posterior hacen mínimamente explícito cómo, por qué o de que forma la Sala de instancia ha aplicado incorrectamente la jurisprudencia que contienen las sentencias del Tribunal Supremo objeto de invocación, como también se omiten los preceptos estatales o de Derecho comunitario europeo analizados en las sentencias que pretendidamente se habrían infringido. Todo ello al margen de que, aun prescindiendo de tales insalvables obstáculos, no cabe reconocer que la jurisprudencia invocada haya sido objeto de olvido o preterición en la sentencia *a quo* , puesto que los hechos enjuiciados en este caso y en los analizados en los asuntos precedentes no guardan entre sí la precisa relación de identidad; como tampoco coinciden, en lo más mínimo, las normas aplicadas en uno y otro caso.

Se advierte, pues, que la infracción de jurisprudencia que rubrica este motivo parece dirigida a soslayar la exigencia procesal del artículo 86.2 de la LJCA , toda vez que la jurisprudencia del Tribunal Supremo indicada, aun aceptando que contenga una doctrina general e indiferenciada para distinguir entre modificación y revisión como modalidades de la variación del planeamiento, con independencia de cuál haya sido en cada caso la norma aplicada, se trae a colación aquí para integrar conceptos normativos presentes en una Ley y reglamento autonómicos, los arriba citados. No hay, pues una jurisprudencia que establezca una doctrina general, de validez universal, sobre la distinción entre modificación y revisión de los planes -al margen, por tanto, de los requisitos normativos contenidos en las normas aplicables- y, menos aún, existe una doctrina unánime que deslinde ambos conceptos en función de la escasa entidad o importancia de la reforma proyectada, prescindiendo por tanto de las normas autonómicas que definen la distinción entre ambas figuras, como el Decreto autonómico 105/2008, de 3 de junio, en particular su artículo 33.1, apartados a) y b), en tanto establecen los casos en que tal entidad se manifiesta y requiere la revisión.

Finalmente, la jurisprudencia a que se acoge la recurrente es ajena a la situación controvertida, pues la primera sentencia citada, de 9 de febrero de 2009 (recurso de casación nº 6714/2004 ) alberga la tesis opuesta a la que se propugna, al margen de que aplica los artículos 130 y 132 RPU, aquí inaplicables; la segunda, de 1 de diciembre de 2010 (recurso nº 5714/2006) sólo aborda la cuestión desde una perspectiva probatoria que no es, obviamente, trasladable al caso debatido, al margen también de la norma aplicada; por último, la sentencia de 20 de mayo de 2003 (recurso de casación nº 5352/1999 ) es desestimatoria y, por ende, de extraña invocación, ya que la doctrina declarada es la de que las diferentes modificaciones puntuales del plan general encubrían una auténtica revisión que debió aprobarse por los trámites y con las garantías de publicidad establecidas para ésta, lo que al margen de toda otra consideración hace igualmente inidónea su cita.





**SÉPTIMO** .- Procede la imposición de las costas a la Diputación Foral de Vizcaya recurrente en casación, según dispone el artículo 139.2 LRJCA . Ahora bien, tal como autoriza el apartado 3 del mismo artículo 139, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por los recurridos, debe limitarse la cuantía de la condena en costas a la cantidad de 2.000 euros en concepto de honorarios para la defensa de ésta.

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

#### FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación número 3884/2013, interpuesto por el Procurador Don Manuel Francisco Ortiz de Apodaca García, en nombre y representación de la **DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA** , contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictada el 10 de octubre de 2013 en el recurso contencioso-administrativo nº 532/2012 , con condena a la recurrente a las costas procesales causadas, en los términos y con el límite cuantitativo expresado en el último fundamento jurídico.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Valverde Jose Juan Suay Rincon Cesar Tolosa Tribiño Francisco Jose Navarro Sanchis Jesus Ernesto Peces Morate Mariano de Oro-Pulido y Lopez PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don. Francisco Jose Navarro Sanchis, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.