

201/09/5543 - EC



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 - 28004
33010280
NIG: 28.079.33.3-2011/0174108



RECURSO DE APELACIÓN 415/2011

SENTENCIA NÚMERO 1608

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA**

Ilustrísimos señores:

1 DIC 2012

Presidente.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D. Francisco Bosch Barber

2 DIC 2012

En la Villa de Madrid, a 15 de noviembre de dos mil doce.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 415/2011, interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid, asistido del Letrado Consistorial, recurso al que se adhirió la mercantil Inmobiliaria , S.A., representada por el Procurador D. C. " " Consorcio, contra la Sentencia dictada el 1 de diciembre de 2010 por el Juzgado de lo



Teléfono

Contencioso-Administrativo núm. 11 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 8/2009, estimatoria parcial del recurso planteado por la citada mercantil, anulando la resolución de 27 de octubre de 2008, denegatoria de la licencia solicitada, y ordenando al Ayuntamiento resolver la licencia conforme a las normas generales aplicables para el uso cualificado residencial; la adhesión se refiere únicamente a la obtención de la licencia por silencio. Han sido partes apeladas a su vez el Ayuntamiento de Madrid y la citada mercantil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por providencia en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, y asimismo adherida a la apelación, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y no habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 15 de noviembre de 2012, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales procedentes.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Bosch Barber.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia, dictada el 1 de diciembre de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 8/2009, por la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil Inmobiliaria [redacted], S.A., asimismo apelante, contra la resolución de 27 de octubre de 2008 de la Concejal Presidente de la Junta Municipal de Distrito de Tetuán por la que, en expediente 106/2008/[redacted], se deniega la solicitud de la recurrente de licencia urbanística para la ejecución de obras de nueva planta para edificio en la calle San [redacted] nº 12 de Madrid, sentencia que en su parte dispositiva dice:” Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. [redacted] en nombre y representación de Inmobiliaria [redacted] S.A., contra el Ayuntamiento de Madrid, impugnando el Decreto de la Concejala Presidente del Distrito de Tetuán, de fecha 27 de octubre de 2008, en el expediente nº 106/2008/[redacted], por el cual se deniega la licencia de obras de nueva planta solicitada en fecha 17 de marzo de 2008, debo anular y anulo dicha resolución, por no ser ajustada a derecho, debiendo el Ayuntamiento de Madrid entrar a valorar si las condiciones establecidas en la licencia de obra de nueva edificación solicitada por la recurrente se ajustan al planeamiento urbanístico vigente establecido en las normas generales para el uso calificado residencial, y resuelva la petición de licencia una vez verificada la conformidad o no de la actuación pretendida con el ordenamiento, por motivos de fondo.

En la apelación municipal se alega esencialmente la no viabilidad de ejecución de dicha sentencia, en aplicación del art. 30 de la Ley del Suelo de la CAM, en cuanto a que se permite una altura máxima de dos plantas, y en tanto no se apruebe la correspondiente modificación del PGOUM, interesando se declare ajustada a derecho la actuación municipal.

La parte apelada se opone a dicha apelación, en el sentido de deber aplicarse por analogía la normativa del PGOUM, como por otra parte lleva a cabo el Ayuntamiento cuando existe una laguna, y no cabe reiterar la prohibición de construcción, con lo que se dejaría en manos de la Administración municipal la facultad discrecional de otorgar o no licencias en esos casos, pues bastaría tramitar sine die la modificación referida, siendo la norma aplicable por analogía la de sustitución de edificios de la misma norma zonal 3, art. 8.3.5.3.a.ii, y no la del art. 30 de la citada Ley del Suelo; asimismo se adhirió a la apelación, en el sentido de que la licencia debe entenderse otorgada por silencio administrativo, al cumplirse con la

normativa aplicable; el Ayuntamiento se opuso a dicha cuestión, al contravenir el ordenamiento urbanístico aplicable.

SEGUNDO.- Esta Sala, en sentencia de fecha 1 de marzo de 2012, en asunto análogo, dijo: “Con anterioridad a entrar en el estudio de los razonamientos incluidos en la precitada Sentencia, así como las alegaciones vertidas en esta segunda instancia por las partes personadas, para una mejor comprensión de la problemática litigiosa consideramos necesario dejar sentados los hechos que se exponen a continuación:

Primero: El artículo 8.3.5 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, aplicable a la Norma Zonal 3, grado 1º, establecía que:

“Son admisibles en el ámbito de la zona los tipos de obras en las condiciones que a continuación se detallan:

1. *Obras en los edificios: Todas las incluidas en el art. 1.4.8.*
2. *Obras de demolición: Las incluidas en el art. 1.4.9.*
3. *Obras de nueva edificación:*

a) Obras de sustitución: Se admite la obra de sustitución, cuando la nueva edificación se destine al uso cualificado establecido para esta norma zonal y a cualquiera de los usos compatibles admitidos en el nivel de aplicación.

Cuando el uso existente coincida con el terciario de oficinas o terciario comercial y éstos se contemplen entre los compatibles sometidos al régimen de autorizable, dichos usos tendrán consideración de uso alternativo.

i) Condiciones para la sustitución de edificios: La nueva edificación deberá inscribirse dentro de la envolvente exterior del edificio preexistente y respetará la superficie total edificada del mismo. Se podrá variar directamente la posición de la nueva edificación respetando los parámetros correspondientes establecidos por la Norma Zonal 5 grado 2º para edificación aislada y por la 8 grado 4º para la edificación en vivienda unifamiliar.

No obstante podrá plantearse mediante Estudio de Detalle una nueva ordenación sujeta a las siguientes condiciones:

- *No sobrepasar la superficie total edificada preexistente.*
- *En edificación aislada en bloques abiertos, se respetarán el resto de los parámetros de la Norma Zonal 5 grado 2º, pudiendo acogerse, en su caso, a la ocupación y altura de este grado.*
- *En vivienda unifamiliar, se respetarán el resto de los parámetros que determine la Norma Zonal 8 grado 4º, pudiendo acogerse a la ocupación y altura de este grado, y*

asimismo a las condiciones especiales que para este grado se especifican en el art. 8.8.15, siempre que el número de viviendas colectivas no supere el de viviendas unifamiliares existentes.

• En cualquier caso se tendrán en cuenta las características del entorno, tipologías edificatorias y demás circunstancias que lo caracterizan.

ii) Condiciones particulares para la sustitución de edificios industriales por edificaciones destinadas a uso residencial o dotacional de servicios colectivos: Como excepción a lo dispuesto en el apartado i) y mediante Estudio de Detalle podrá llevarse a cabo la sustitución de edificios industriales por nuevas edificaciones destinadas a uso residencial, o uso dotacional de servicios colectivos en las siguientes condiciones:

- La parcela o parcelas estarán actualmente destinadas a uso industrial.
- La sustitución abarcará la totalidad de los edificios industriales existentes, en la parcela o conjunto continuo de parcelas.
- La edificabilidad será de uno con cuatro (1,4) metros cuadrados por metro cuadrado de parcela edificable.
- El resto de condiciones de edificación se regirán por lo regulado en la Norma Zonal 5 grado 3º.
- La ordenación propuesta tendrá en cuenta las características tipológicas del entorno edificado.

b) **Obras de nueva planta:** Se admiten en parcelas existentes que, a la entrada en vigor del presente Plan General, se encuentren libres de edificación y constituyan fincas registrales independientes. La edificación será enteramente subterránea, los espacios libres sobre rasante deberán ser arbolados y tratados como áreas estanciales, y las edificaciones estarán destinadas a:

i) **Servicios infraestructurales**

ii) **Garajes-aparcamientos para vehículos:** Sometidos a las condiciones reguladas en el Capítulo 7.5.

Se admiten, asimismo, obras de nueva planta destinadas a usos dotacionales, en parcelas calificadas como tales, sometidas a las mismas condiciones que para las obras de ampliación de usos dotacionales se fijan en el art. 8.3.7, con una edificabilidad máxima de uno con cuatro (1,4) metros cuadrados por metro cuadrado.

c) **Obras de ampliación:** Además de las reguladas en los artículos siguientes, se admiten obras de ampliación en situación enteramente subterránea, siempre que se destinen a la mejora de las instalaciones o servicios de la edificación, o a garaje-aparcamiento en las

condiciones reguladas en el Capítulo 7.5 y se resuelva la dotación de aparcamiento al servicio de los edificios situados en la parcela objeto de las obras de ampliación. Asimismo, se admiten obras de ampliación bajo cubierta destinadas a trasteros o zonas comunitarias, en vivienda colectiva, con las condiciones del art. 7.3.4 apartados d) y e).

Análogamente, los espacios libres podrán acondicionarse en superficie en los términos regulados en el art. 6.10.20.”

Segundo: El citado artículo 8.3.5.3.b), aplicable a la Norma Zonal 3, grado 1º, fue declarado nulo por las Sentencias de la Sección 1ª de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de julio y 31 de diciembre de 2002, confirmadas en casación por Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006.

Tercero: Con fecha 4 de abril de 2007, la mercantil recurrente presentó solicitud de licencia urbanística para la construcción de una edificación en el solar sito en la calle Chapinería núm. 3 de Madrid, consistente en 35 viviendas en bloque, con sus respectivos trasteros y garajes. Dicho solar aparece incluido en la denominada Norma Zonal 3, grado 1º.

Cuarto: Ante el silencio a dicha solicitud por parte del Ayuntamiento, la recurrente, en fecha 29 de octubre de 2007, presentó un nuevo escrito en el que ponía de manifiesto la concesión de la licencia por silencio administrativo positivo.

Quinto: En fecha 9 de enero de 2009 la recurrente presentó nuevo escrito recordando que la licencia solicitada ya se encontraba concedida por silencio administrativo, e instaba al Ayuntamiento a que emitiera un acuerdo expreso de concesión.

Sexto: Por Decreto de 8 de febrero de 2008 se acuerda inadmitir la solicitud de licencia urbanística, al considerar que “Las obras de nueva planta no son admisibles para el ámbito de ordenación regulador por norma zonal 3 grado 1º, conforme se establece en la sesión 46 de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, tema 298 (publicación en el Boletín del Ayuntamiento de Madrid nº 5743 del 15 de febrero de 2007), por el que se anula el art. 8.3.5.3.b) que regula las obras de nueva planta para dicho ámbito de ordenación, en acatamiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 442/2002 de 30 de julio”.

Séptimo: El Acuerdo de 19 de diciembre de 2006, de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997. Sesión nº 46, en relación con el Tema nº 298: “Anulación del artículo 8.3.5.3. b) que regula las obras de nueva planta en el grado 1º de la Norma Zonal 3 (volumetría específica). Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1, de 31 de diciembre de 2002, confirmada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006”;

aparece adoptado el siguiente Acuerdo: “Dar cuenta del contenido, repercusión y alcance de dos sentencias firmes dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por las que se anula el artículo 8.3.5.3. b) de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, por la trascendencia que supone a la Norma Zonal 3”.

La mercantil recurrente, en su escrito de demanda, partía de la consideración, en atención al tenor de lo acordado por la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, que el fundamento utilizado por la resolución impugnada para la inadmisión de la solicitud de licencia presentada “es a todas luces disparatado y absurdo ... Nada en dicho acuerdo sirve para justificar la decisión de la Administración demandada...”. Y en cuanto al fondo del asunto, sostiene que la nulidad del artículo citado 8.3.5.3. b) por el Tribunal de Justicia de Madrid viene a eliminar los límites establecidos en dicho precepto a las obras de nueva planta (uso residencial) sobre rasante, y por ello estima que, en defecto de aprobación de una normativa específica que cumpla con las exigencias derivadas del uso cualificado residencial aplicable a la zona, habrá de estarse a lo establecido en el artículo 8.3.5.3.a.i), regulador de las condiciones de la edificación de obras de sustitución de edificios ya existentes en la zona, con las salvedades necesarias derivadas de la falta de una edificación preexistente; norma que, con carácter general, remite a la Norma Zonal 5 Grado 2ª, para la edificación aislada en bloque abierto. Y por último, al no haber dado oportuna respuesta la Administración a la solicitud de licencia, en el plazo establecido en el artículo 154.5 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, considera que debe entenderse concedida la licencia por silencio positivo en los términos resultantes del proyecto de obras de edificación.

Por el contrario, el Ayuntamiento demandado-apelado sostuvo en su escrito de contestación a la demanda la inaplicabilidad de la norma contenida en el artículo 8.3.5.3.a.i), relativo a las obras de sustitución de edificios, toda vez que lo que la actora pretende es la construcción de una nueva planta, no de sustitución. Además invoca el artículo 7.3.1 de las Normas Urbanísticas del PGOUM, definidor del uso residencial, y en cuyo último párrafo establece que “las normas zonales u ordenanzas particulares de los planeamientos que contemplen este régimen, articularán, en su caso, condiciones adicionales”, y dichas condiciones adicionales, para el caso examinado, no han sido establecidas. Y en cuanto al transcurso de los plazos para el silencio administrativo considera, en aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 y artículo 8.b) de la Ley del Suelo, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, según la cual en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo

facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, de aplicación al caso presente en la medida que el proyecto tiene en cuenta una normativa que no le resulta de aplicación.

La Sentencia de instancia, y tras admitir que las Sentencias del Tribunal de Justicia de Madrid y del Tribunal Supremo invocadas por la recurrente, habían declarado la nulidad del artículo 8.3.5.3.b), considera que en la fecha de solicitud de la licencia no estaban reguladas las condiciones de obras sobre el solar vacío de su propiedad, en la zona 3 grado 1 del PGOUM, sin que, ni las Sentencias que declaren la nulidad de un precepto reglamentario, como tampoco el intérprete, no pueden determinar el modo en el que queden redactados los preceptos que los sustituyan, en aplicación del artículo 71.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Constata, en definitiva, que existe una laguna legal, que solo puede ser colmada por el Ayuntamiento.

La postura de las partes en esta apelación vienen a reproducir, en esencia, las tesis respectivas mantenidas en la instancia.

SEGUNDO.- En orden a dar una adecuada respuesta a la problemática que se nos ha presentado a nuestra consideración, esquemáticamente expuesta en el punto anterior, necesario resulta partir de las consideraciones jurídicas que se exponían en las Sentencias de la Sección 1ª de esta Sala, ya citadas, que declararon la no conformidad a Derecho del referido artículo 8.3.5.3. b) del PGOUM, y en concreto, la dictada el 31 de diciembre de 2002, nº 1662/2002, rec. 1213/1997, en cuyo fundamento jurídico tercero se dejaba constancia, a modo de cuestión previa, que:

“La Norma Zonal 3 corresponde, según el art. 8.3.1 de las NNUU., a áreas de suelo urbano donde totalmente, o en su mayor, parte se considera concluido el proceso de ocupación del espacio y, consecuentemente, en la misma medida se ha agotado el aprovechamiento urbanístico, estableciéndose, como uso cualificado el residencial en el art. 8.3.2.2.

Respecto de las obras admisibles, en grado 1, el art. 8.3.5 admite todas las obras en los edificios incluidas en el art. 1.4.8, las de demolición incluidas en el art. 1.4.9, y obras de nueva edificación. Dentro de éstas últimas, el art. 8.3.5.3 admite las de sustitución, ampliación y nueva planta, que son las que interesan al caso litigioso, y respecto de las que se dispone que se admiten en parcelas existentes que, a la entrada en vigor del presente Plan General, se encuentren libres de edificación y constituyan fincas registrales independientes.

La edificación será enteramente subterránea, los espacios libres sobre rasante serán enteramente arbolados y tratados como áreas estanciales, y las edificaciones estarán destinadas a servicios infraestructurales o garajes aparcamientos para vehículos, sometidos a las condiciones reguladas en el Capítulo 7.5”.

En el cuarto y quinto de los fundamentos jurídicos, entrando de lleno a conocer la cuestión controvertida, se exponía que:

“CUARTO.- Es claro que el art. 8.3.5.3.b), al regular las obras de nueva planta que se permiten en aquellas parcelas que a la entrada en vigor del Plan General se encontraran libres de edificación y constituyera fincas registrales independientes, excluye el uso cualificado residencial establecido para la Zona en el art. 8.3.2.2, y sólo permite los usos de servicios infraestructurales o garajes aparcamientos para vehículos, siempre que sea en edificación subterránea -además de usos dotacionales en parcelas calificadas como tales, lo que no interesa al caso-.

Ya es de por sí irregular que el uso cualificado se altere mediante una norma que se limita a regular las obras permitidas en la Zona, pero resulta mucho más decisivo comprobar que el Régimen de Usos Compatibles y Autorizables establecido sin ningún tipo de limitación para el Grado 1 en los arts. 8.3.11, 8.3.12 y 8.3.13, resulta de imposible aplicación a los usos de servicios infraestructurales o garajes -aparcamientos para vehículos, en edificación subterránea-.

Así, por ejemplo, el art. 8.3.12 b) en el Nivel a) permite como usos complementarios el industrial en situación de planta baja e inferior a la baja, el terciario en sus clases de oficina, comercial, recreativo otros servicios y hospedaje en situación de planta inferior a la baja, baja y primera; y el apartado b) del precepto citado permite como uso alternativo el terciario, en sus clases de oficina y hospedaje y el dotacional, todos en edificio exclusivo.

Sin embargo, el art. 7.13.2, incluido en el Capítulo 7.13, referido a las Condiciones Particulares del Uso de Servicios Infraestructurales, no contempla como compatibles o alternativos ninguno de los usos del art. 8.3.12. La misma incongruencia se advierte respecto de los usos complementarios y alternativos que para los Niveles b) y c) establecen los apartados 2 y 3 del citado art. 8.3.12, y lo mismo cumple significar en relación a los usos autorizables que para los tres Niveles se permiten en el art. 8.3.13 de las Normas Urbanísticas.

Sin perjuicio de que el Régimen de Usos Compatibles y Autorizables establecido en los arts. 8.3.11 a 8.3.13 de las Normas Urbanísticas parece estar

diseñado para edificios en altura, si no se considerara que existe una antinomia en la redacción del 8.3.5.3.b), llegaríamos a la ilógica conclusión de que basta una sola norma reguladora de las obras de nueva edificación permitidas para enervar el régimen de usos cualificados, compatibles y autorizables de una zona.

QUINTO.- Se afirma en la demanda que, por la razón indicada en el precedente fundamento jurídico, en el caso presente ha tenido lugar un ejercicio irracional y arbitrario de facultades administrativas discrecionales.

Es de recordar al respecto que la doctrina jurisprudencial declarada en las sentencias del TS. de 24.3.92, 12.5.87 y 27.2.97, conforme a las que la naturaleza reglamentaria de los Planes y la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes de la realidad y a lo que el interés público reclama, justifican plenamente el "ius variandi".

Sin embargo, -sentencias del TS. de 9.4.94, 4.4.88 y 27.4.83- el control jurisdiccional de la Administración se extiende a los aspectos discrecionales de la potestad administrativa de Planeamiento, bien con la doctrina de la desviación de poder, bien a través del control de los hechos determinantes, que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad, bien mediante el enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho, porque ni aun en el caso de actos discrecionales, las facultades de la Administración son omnímodas, ya que su potestad de elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, conforme a criterios extrajurídicos de oportunidad o de conveniencia, ha de estar presidida por la idea del buen servicio al interés general.

En el caso presente, dado que el art. 8.3.5.3.b) de las NNUU. del Plan ha incurrido en antinomia respecto de las normas ya reseñadas, al permitir sólo el uso dotacional de servicios infraestructurales o el de garajes aparcamientos para vehículos en las parcelas libres de edificación a su entrada en vigor que estuvieran ubicadas en Zona 3, sin ni siquiera contemplar aisladamente la situación individual de cada uno de los solares libres de edificación de la Zona, es procedente concluir que la decisión ha sido arbitraria y no se ha sujetado a los fines para los que la ley concedió a la Administración la libertad de elegir porque la decisión planificadora discrecional no guarda coherencia lógica con otras Normas reguladoras de las Condiciones Particulares de la Zona 3, por lo que es procedente estimar el presente recurso contencioso administrativo".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2006, rec. 3365/2003, confirmatoria de la anterior, y dando contestación las alegaciones formuladas en el recurso de casación formalizado por el Ayuntamiento de Madrid, se nos dice:

“QUINTO.- Por lo que hace referencia a los motivos planteados por el Ayuntamiento de Madrid, hemos de estar a lo ya resuelto -para motivos parecidos a los de autos- en nuestras SSTs de 15 de febrero y 23 de junio de 2006.

De los dos motivos de casación alegados por el Ayuntamiento recurrente, en el primero se invoca la infracción de una serie de preceptos (artículos 103 y 9.3 de la Constitución, 3.1 e, 10, 11, 57.1 y 57.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 154. 2 y 3 del Reglamento de Planeamiento y 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) porque -como hemos señalado- el motivo por el que se definió en la Norma Zonal 3 (“Volumetría específica”) un régimen diferenciado en el régimen de obras para las fincas edificadas respecto de las fincas libres de edificación sin que haya sido vulnerado el principio de igualdad, aparece suficientemente razonado en la propia Memoria del Plan General (página 535, punto 5.3); mientras que en el segundo se asegura que la Sala de instancia ha conculcado también la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo relativa a la motivación in allunde de los actos administrativos, según la cual es suficiente la implícitamente contenida en la documentación del Plan.

Pues bien, estos dos motivos se basan en una premisa incierta, cual es que el tratamiento diferenciado o limitado de obras permitidas en las parcelas libres dentro de una zona residencial a que el recurso se contrae, aparece explicado y justificado en la Memoria -Norma Zonal 3 (“Volumetría específica”)- y en la documentación del Plan General, cuando lo cierto es que en la primera se contienen indicaciones generales sobre las denominadas situaciones intermedias de determinadas zonas, resultado de la ordenación urbanística existente; y contemplándose en la documentación la distinta ordenación de unas y otras parcelas dentro de una misma zona o de un mismo sector, pero sin justificar el diferente tratamiento para estas parcelas en función de la Norma Urbanística en concreto impugnada (artículo 8.3.5.3.b) de las Normas Urbanísticas del PGOU), y dedicada a las obras permitidas, tras ser la misma calificada de uso residencial cualificado.

Tal limitación -y así ha sido calificado por la Sala de instancia- carece de justificación alguna, ya que la aludida motivación lo único que hace es perderse en consideraciones generales, circunstancia que ha conducido -por los términos en que

se redacta- a la interpretación verificada por la Sala de instancia, que, por una parte, como hemos expuesto, se trata de una interpretación de una norma autonómica de planeamiento, y, de otra, el resultado de tal interpretación jurídica se nos presenta como lógica y en modo alguno absurda o arbitraria, por lo que estamos obligados a mantenerla.

Por otra parte los motivos han de ser igualmente rechazados desde la perspectiva de la falta de motivación de la sentencia de instancia, aspecto al que también parecen referirse los motivos municipales (.....)”.

Esto es, en definitiva, la razón última de que tanto la Sección 1ª de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, como el Tribunal Supremo, declarasen no conforme a Derecho el precepto impugnado, fue en base a considerar que la limitación impuesta en el mismo, y la diferenciación de régimen jurídico que ello suponía a los solares sin edificación previa con respecto a los ya edificados, en cuanto a la futura realización de obras de edificación, carecía de toda justificación, calificándose de forma expresa en la Sentencia dictada por esta Sala de “arbitraria”.

Consecuencia jurídica ineludible de dicha declaración de nulidad, tanto para la Administración como para los órganos judiciales, es que la diferenciación de régimen jurídico que el PGOUM establecía inicialmente en su artículo 8.3.5 para los solares o parcelas que estuvieran edificados y para los que no lo estuvieran a la entrada en vigor del PGOUM, con grave quebranto de estos últimos, ha desaparecido por completo. En la Zona 3, Grado 1, sólo existirá un único régimen jurídico para las obras de edificación, siendo éste, por lógica jurídica, el contemplado en el artículo 8.3.5.3.a), que es, además, el conforme con el uso cualificado residencial establecido para la Zona en el previo artículo 8.3.2.2. Concretamente, y tal como sostiene el recurrente, el contemplado en el artículo 8.3.5.3.a).i) que se remite con carácter general, a la Norma Zonal 5 Grado 2ª, para la edificación aislada en bloque abierto

En contra de lo sostenido en la Sentencia de instancia, que parece ser la perspectiva adoptada por el Ayuntamiento de Madrid, no estamos, en ningún caso, ante una especie de supuesto vacío o laguna legal respecto al régimen jurídico aplicable a determinadas parcelas, no edificadas, integrantes de la Norma Zonal 3, grado 1, para la realización de obras de edificación, por lo que no es necesario acudir al instituto de la analogía para colmar aquélla.

Y menos aún, como parece inclinarse la Sentencia apelada, tras admitir de forma expresa que no existe limitación alguna vigente, concluye a continuación que ello es debido a la falta de regulación y no porque la autoridad urbanística hubiera decidido permitir la edificación en cualquier condición.

Como tampoco, y desde aquí lo negamos, estamos ante un supuesto de inexistencia de planeamiento urbanístico en virtud de resolución judicial, contemplado en el artículo 30.3 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, al que también se alude en la Sentencia de instancia.

Y por supuesto, tampoco estamos de acuerdo con la conclusión final a la que llega la Ilma. Magistrada de instancia, de postergar la solución del problema jurídico suscitado, a una futura modificación del planeamiento, sin limitación o condicionamiento temporal alguno, en el Ayuntamiento tuviese a bien establecer un determinado régimen jurídico. Y no estamos de acuerdo con ello por la simple y sencilla razón de que, como proclama el artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio “El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino **que tenga en cada momento**, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien”. Esto es, el régimen jurídico que debe ser aplicado es el que en cada momento exista, y ello por evidentes razones y exigencias de seguridad jurídica, y que de admitirse lo contrario, se estaría dando carta de naturaleza a la más absoluta arbitrariedad en el seno de las relaciones jurídico-urbanísticas, con grave quebranto de los derechos y deberes inherentes a la propiedad del suelo.

Por otra parte, y no menos importante, la postura o tesis acogida en la sentencia de instancia implica, de forma indirecta o refleja, dejar sin contenido ni efectos jurídicos la declaración de nulidad efectuada por los Tribunales de Justicia de un precepto de naturaleza reglamentaria, lo que contraviene claros y contundentes mandatos constitucionales, como el expresado en el artículo 118 de la Constitución.

La cuestión jurídica que se nos presenta es bastante simple: el Planificador, en un momento dado, impuso una determinada limitación a determinadas parcelas, apartándolas del régimen jurídico establecido para el resto de las parcelas integrantes de una determinada Zona, que, con posterioridad, los Tribunales de Justicia declararon la no conformidad a Derecho, tanto por su falta de justificación como por su manifiesta arbitrariedad. Consecuencia jurídica de ello es que la limitación impuesta (especie de “vinculación singular”) desaparece del mundo jurídico, y por tanto, el régimen de edificación será el establecido con carácter general para el resto de los solares y parcelas integrantes de la misma Norma Zonal. El que unos estuvieron edificados y otros no carece ya de relevancia jurídica. Todos, unos y otros, y hasta que no se disponga otra cosa mediante la oportuna modificación

del PGOUM, estarán sometidos a idéntico régimen jurídico respecto a la realización de obras de edificación.

De cuanto queda dicho se desprende inequívocamente que las razones expuestas por el Ayuntamiento de Madrid para inadmitir a trámite la solicitud carecen de todo fundamento (jurídico), al señalar que las obras de nueva planta no son admisibles para el ámbito que nos ocupa, y sobre todo cuando, como acertadamente se indica por la representación procesal de la mercantil apelante, cuando dicha conclusión se intenta amparar en un Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, adoptado en la sesión 46, que se limitó, como hemos reflejado en el primero de los fundamentos de la presente, a “Dar cuenta del contenido, repercusión y alcance de dos sentencias firmes dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por las que se anula el artículo 8.3.5.3. b) de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, por la trascendencia que supone a la Norma Zonal 3”. Esto es, en definitiva, la denegación de la tramitación se basa, lisa y llanamente, en un Acuerdo que, en realidad, no supone o no contiene ningún acuerdo jurídicamente relevante. Se trataba, sin más, de un acuerdo en el que se patentiza y se constata la realidad de la nulidad decretada por los órganos judiciales (no por un órgano administrativo, como parece dar a entender la resolución impugnada).

En definitiva, el acuerdo impugnado se nos presenta como un claro supuesto de arbitrariedad, merecedor de la declaración de nulidad interesada por la recurrente.

TERCERO.- Como consecuencia de dicha declaración de nulidad, la actora solicitó en su demanda la declaración de la concesión de la licencia de obras solicitada para la ejecución de las obras de la Calle Chapinería núm. 3 en los estrictos términos que se recogieron en la correspondiente solicitud y en el proyecto sobre cuya base se solicitó, ordenándose a la Administración demandada a la emisión del acuerdo confirmatorio de dicha concesión, y ello al estimarse concedida por silencio administrativo positivo.

Para la correcta resolución de la expresada cuestión debemos tener presente, en primer lugar, que el artículo 154.5 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid dispone que: *“Transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud de licencia sin notificación de requerimiento o resolución municipales, o un mes desde el cumplimiento del requerimiento de subsanación de deficiencias o mejora de la solicitud que hubiera podido ser formulada, se entenderá otorgada la licencia por silencio positivo en los términos resultantes del correspondiente proyecto de obras de edificación”*.

Para la correcta interpretación de dicho precepto tenemos que traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de enero de 2009, dictada en el recurso de casación en interés de la ley nº 45/2007, en la que se declaraba en el fallo, como doctrina legal, que el artículo 242.6º del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1.992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2º de la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

Dicha Sentencia en los fundamentos cuarto y siguientes expresa lo siguiente:

“Vaya por delante que el artículo 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2.008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general.

Este, declarado expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 6/1.998, de 13 de abril, y no derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 8/2.007, establecía que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

El artículo 8.1 b), último párrafo, del nuevo Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2.008, de 20 de junio, dispone que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística».

Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1.976), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir (Disposición final primera 1 del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1.992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1.999, de 13 de enero, según el cual «los interesados podrán entender estimadas por silencio

administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”.

Pues bien, en el caso concreto la solicitud de licencia fue presentada en fecha 4 de abril de 2007, sin que la misma hubiera merecido respuesta expresa alguna por parte de la Administración en el plazo de los tres meses aludidos en el citado artículo 154.5 de la Ley autonómica del Suelo. Tampoco mereció respuesta alguna la posterior advertencia de la recurrente cursada en fecha 29 de octubre de 2007. Y tampoco la petición presentada el posterior 9 de enero de 2009. Ello, en principio, podría conducirnos a la conclusión de la obtención de la licencia por silencio positivo.

Ahora bien, el artículo 154.1 de la ya citada Ley 9/2001 nos indica que sólo podrá comenzarse la ejecución de las obras previa licencia urbanística, que hubiese sido solicitada con la aportación de los documentos reseñados en dicho precepto. Por tanto, requisito imprescindible para la adquisición por silencio administrativo de la licencia solicitada, aparte del transcurso del plazo para su resolución, es que con la solicitud se hubiesen presentado los documentos requeridos por el citado precepto.

Entre dichos documentos, y en lo que ahora nos interesa, se encuentra la “*Declaración del técnico o los técnicos autores sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable*”. Esta declaración, según tiene declarado esta Sala y Sección, del técnico autor del proyecto resulta ser esencial, toda vez que dicho precepto legal desplaza, en un primer momento, al profesional de la construcción al que se refiere la responsabilidad de la comprobación de la conformidad del proyecto de obra a dicha ordenación, lo cual representa una colaboración o compromiso del técnico autor con el cumplimiento de la normativa urbanística, de modo análogo a otros campos del Derecho Administrativo en el que los poderes públicos, sin perjuicio de una ulterior potestad de inspección, delegan en los particulares la acreditación del cumplimiento de una normativa a través de la certificación de un técnico (por ejemplo así ocurre en el ámbito de las industrias). Nos encontramos, por tanto, ante un deber de colaboración de los técnicos con la Administración, en garantía precisamente de que una solicitud hecha por un particular a un arquitecto de construcción de obra contraria al Plancamiento no será aceptada por aquél.

Pues bien, en el caso presente, con la solicitud de la licencia no fue presentado dicho esencial documento por lo que, necesariamente debemos concluir, que pese al transcurso del indicado plazo de los tres meses, no podemos entender concedida por silencio administrativo la licencia solicitada. Bien entendido, sin embargo, que una vez presentada dicha declaración relacionada con el cumplimiento de la urbanística aplicable (que es la reseñada en el punto

anterior de la presente fundamentación jurídica), en vía administrativa y como complemento a la inicial solicitud que nos ocupa, la Administración local dispondrá de un plazo de tres meses para dar respuesta expresa a la licencia solicitada, a salvo el supuesto de subsanación de deficiencias.

De todo ello se deduce la estimación parcial del recurso de apelación, con la consiguiente revocación de la Sentencia apelada, y en su lugar, con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, declaramos la nulidad de la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho”. En el presente caso, sin embargo, la diferencia respecto al caso referenciado, es la de que se ha denegado la licencia por la misma causa por la que se inadmitió la anteriormente resuelta, siendo evidente que la Sala comparte totalmente el contenido de dicha sentencia, que resuelve las cuestiones planteadas y a lo que debe estarse, procediendo la confirmación de la sentencia de instancia, al compartirse sus fundamentos.

CUARTO.- En el presente supuesto la solicitud de licencia es de 17 de marzo de 2008, y se deniega por haberse anulado el art. 8.3.5 de las NN.UU. del PGOUM, con lo que dado lo resuelto en la sentencia anteriormente referida queda clara la cuestión, procediendo que el Ayuntamiento resuelva a la mayor brevedad acerca de la conformidad o no a la normativa aplicable, es decir, la contemplada en el art. 8.3.5.3.i que se remite con carácter general a la norma zonal 5, grado 2, para edificación aislada en bloque abierto, al no existir laguna alguna, como no se está ante un supuesto de inexistencia de planeamiento urbanístico, en virtud de resolución judicial, y por ello no es aplicable el art. 30 de la Ley del Suelo, por cierto no alegado en el procedimiento; es claro que la ausencia de regulación no supone que no se pueda aplicar una normativa como la referida en el presente caso, es decir, la posibilidad de efectuar obras de nueva planta para uso residencial en solar sito en terreno al que se aplica la norma zonal 3, y no cabe interpretar que dichas edificaciones estén prohibidas por dicha norma zonal para solares vacantes, dado que ello conllevaría la misma consecuencia de la norma anulada, e incluso sería posible una aplicación analógica de la norma del art. 8.3.5.3.a.ii., dado que existe un planeamiento aplicable, al no haberse anulado dicha norma zonal 3 y darse incluso las identidades exigidas en el art. 4 del Código Civil; es claro que debe aplicarse la normativa referida e incluso la de obras de sustitución, al ser asimismo de nueva edificación, por lo que el Ayuntamiento no puede alegar que debe modificarse el PGOUM para resolver sobre la licencia.

Procede por todo ello la desestimación de la apelación planteada por el Sr. Letrado municipal y la confirmación de la sentencia recurrida en todas sus partes

QUINTO.- En cuanto a la obtención de la licencia por silencio administrativo, y pese a que no se acredita que el proyecto sea contrario a la normativa aplicable, con lo que podría proceder la obtención de la licencia por ello, sin embargo el Ayuntamiento debe resolver sobre la licencia en aplicación de la referida normativa, con lo que no cabe decidir sobre ello en este momento, compartiendo la Sala lo referido en la sentencia de instancia al respecto, dado que no se ha entrado a valorar si la licencia se ajusta o no a la normativa aplicable, debiendo desestimarse la apelación de la parte actora.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en redacción anterior a la dada por la Ley 37/2001), no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta doble alzada.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Letrado Consistorial, en nombre y representación del Ayuntamiento de Madrid, contra la Sentencia dictada el 1 de diciembre de 2010 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 8/2009, sentencia que estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto ,por la mercantil recurrente Inmobiliaria . . . , S.A., anulando la resolución, de fecha 27 de octubre de 2010, de la Junta del Distrito de Tetuán, denegatoria de licencia de obras de nueva planta para edificio sito en calle San . . . 12, de Madrid, y ordenando al Ayuntamiento a resolver acerca de la conformidad o no a la normativa aplicable a la licencia solicitada, por motivos de fondo, Sentencia que debemos Confirmar y Confirmamos en todas sus partes; y por otra parte desestimamos también la apelación planteada por la referida mercantil en cuanto a la obtención por silencio de dicha licencia. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas alzadas.



Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso alguno; y verificado, remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de su procedencia.

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

D. Juan Francisco López De Hontanar

D. José Daniel Sanz Heredero

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

D. Francisco Bosch Barber

