

SENTENCIA Nº 419

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Ilmo. Sres.:

Presidente

Mariano Ferrando Marzal

Magistrados

D. Carlos Altarriba Cano

D. Edilberto José Narbón Lainez

D^a Desamparados Iruela Jiménez

D^a Estrella Blanes Rodríguez

En Valencia, a 25 de abril del año 2013.

VISTO por el Tribunal el Recurso Contencioso-Administrativo promovido por el Procurador D Maria Victoria Mora Crovetto, en nombre y

representación de D. Manuel Francisco Alcaraz Ramos, D^a Maria Remedios Amat Torres, D. Francisco J. Consuerga Panaligan, D^a Araceli-Amparo Pericas Diez, D. Ernesto Blasco Riquelme, D. Rafael Bonet Camarasa, D^a Maria Teresa de Nova Rivas, contra la Generalitat Valenciana y el Ayuntamiento de Alicante.

Ha comparecido en estos autos la administración demandada, Ayuntamiento de Alicante, por medio de la Procuradora D^a Purificación Higuera Lujan, la Generalitat Valenciana, con letrado de su servicio jurídico y además, la entidad "Viviendas Sociales del Mediterráneo SL", con el procurador D. Jorge Ramón Castelló Navarro; la entidad "Pejamuda SL", por medio de la procuradora D^a Beatriz Llorente Sánchez; la entidad "Repsol Comercial de productos petrolíferos SA", con la procuradora D^a Ana María Ballesteros Navarro y D. Carmen Blanquer Sanchis representada por la procuradora D^a Rafael Alario Mont.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los tramites prevenidos por la Ley, se emplazo a los demandante para que formalizara las demanda, lo que verificaron mediante sendos escrito en el que se suplicaba se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.-La representación de la parte demandada, contestaron la demanda mediante escrito en el que se suplicaba se dicte

sentencia por la que se confirme las resoluciones recurridas.

TERCERO.-Habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazo a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 78 de la ley de esta jurisdicción y, verificado, quedaron los Autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.-Se señalo votación y fallo para la audiencia del día 9 de los corrientes, teniendo así lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

Ha sido ponente de estos Autos el Ilmo. MAGISTRADO DON **CARLOS ALTARRIBA CANO**.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y, demás de general aplicación, se hacen los siguientes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra los siguientes actos:

A).-Resolución del Conseller de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y vivienda de 5 de mayo de 2009, por la que definitivamente se aprueba la Homologación y el Plan Parcial del Sector "lagunas de Rabasa", del Municipio de

Alicante.

B).-El Acuerdo del Ayuntamiento de Alicante de fecha 26 de abril de 2005, por el que se aprueba provisionalmente el documento de homologación y Plan Parcial el Programa de Actuación Integrada del citado sector, el Proyecto de Urbanización y su adjudicación, a la mercantil "Viviendas Sociales del mediterráneo SL".

C).-Los acuerdos del Ayuntamiento de Alicante de 13 de junio de 2006, por el que se resuelven las alegaciones contra el anterior y se aprueba provisionalmente, el expediente de homologación, el Plan Parcial, el Programa de Actuación Integrada, con su anteproyecto de urbanización así como el Estudio sobre vivienda protegida, estudio Acústico, Estudio de Trafico, Estudio de impacto ambiental.

D).-El de 5 de diciembre de 2008, por el que se aprueba el Texto Refundido.

Existen diferencias entre la primera y la segunda aprobación provisional pues, entre una y otra, lo único que permanece incólume es, la adjudicación al urbanizador hecha en la primera. Ello indica que, el ayuntamiento, consideraba formal y materialmente cerrado el procedimiento de selección, tras dicha adjudicación.

SEGUNDO.- Para una mejor determinación de los diversos temas sometidos a debate, procede hacer las siguientes precisiones fácticas:

A).-El Instrumento de Planeamiento Vigente en el Término Municipal de Alicante, es el PGOU, aprobado por Acuerdo de la CTU el 27 de marzo de 1987.

B).-El Ayuntamiento de Alicante, presentó documentación relativa a la propuesta de nuevo modelo territorial, previa a la redacción de un nuevo plan, a efectos de concierto previo, que fue evacuada por la Generalitat, mediante Resolución de 25 de marzo de 2003, en la que, en lo que se refiere a la zona de Rabasa, prevé :

Se articulará un crecimiento urbano, tomando como referencias la Vía Parque y la Avda. de la Universidad.

Se preverá un Parque Natural.

El ámbito previsto abarca 370 Ha. En el mismo se encuentran dos fincas de dominio público, el campamento militar de Rabasa y los depósitos de la mancomunidad de los canales de Taiblilla.

Se prevé la creación de un gran parque deportivo.

Se considera una posible ordenación en coronas.

C).-La mercantil "Gestión y promoción espai verd SL", presentó escrito anunciando la incoación de procedimiento simplificado, tendente a la aprobación del Programa de Actuación Integrada para el desarrollo del Sector las lagunas de Rabasa, depositándose

la alternativa técnica en una notaría, para su protocolización, tras lo que se procedió por el aspirante a su publicación en el DOGV de 26 de diciembre de 2002 y en el periódico "La verdad", el 13 de diciembre siguiente, para información pública y presentación de alternativas en el término de 20 días.

Dicha información pública era del siguiente contenido:

Información pública de la propuesta de programa de actuación integrada de la unidad de ejecución única del sector Rabasa del Plan General de Alicante. [2002/M13938]

Mediante este edicto se anuncia la apertura de un periodo de información pública de 20 días, contados a partir del día siguiente a su publicación en el Dari Oficial de la Generalitat Valenciana, de la documentación de la propuesta de programa de actuación integrada de la unidad de ejecución única del sector Rabasa del Plan General de Alicante, promovida por la mercantil Gestión y Promoción Espai verd, SL.

Esta documentación consiste en:

- 1. Programa de actuación integrada.*
- 2. Anteproyecto de urbanización.*
- 3. Plan parcial del sector Rabasa.*
- 4. Proyecto de homologación del sector Rabasa.*
- 5. Estudio de impacto ambiental.*

La documentación antedicha estará a la vista durante los expresados períodos de exposición en la Notaría de Ramón Alarcón Canovas en Alicante, avenida de la Estación, 5, de 09.00 a 14.00 horas, de lunes a viernes, así como en las dependencias del Ayuntamiento de Alicante.

Se hace advertencia de que, dentro del plazo de 20 días contado desde la publicación del último anuncio, cualquier persona podrá comparecer en la notaría antes reseñada para obtener copia del acta notarial de protocolización o solicitar que se le exhiba la

misma, así como presentar alegaciones y/o alternativas técnicas que pretendan competir con la expuesta al público. Igualmente se hace constar la posibilidad de consultar durante el mismo plazo en el Ayuntamiento las actuaciones derivadas de la documentación depositada en éste y de presentar ante el mismo, para su incorporación a las mismas, tanto alegaciones como alternativas técnicas, así como proposiciones jurídicas económicas para ejecutar cualquiera de las alternativas, todo ello según lo dispuesto en los artículos 46 y 48 de la ya citada Ley 6/1994, de 15 de noviembre.

Dichas proposiciones jurídico-económicas se presentarán en el Registro General del Ayuntamiento en plica cerrada, dentro de los cinco días hábiles siguientes desde el vencimiento del plazo anterior, con la documentación establecida en los apartados C) y D) del artículo 32 de la LRAU. El acto de apertura de plicas se celebrará en el Ayuntamiento al día siguiente hábil a la conclusión del plazo para presentarlas. Durante los 10 días siguientes a la apertura de plicas, todas las actuaciones estarán a la vista para consulta y alegaciones, antes de la aprobación del programa y la adjudicación de su Ejecución.

Finalmente, el presente cumple la función de notificación por edictos, de conformidad con lo previsto en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, respecto de los propietarios de parcelas cuya titularidad o domicilio, a efectos de notificación, se desconocen. Las referencias catastrales son las de los polígonos completos 45, 46 y 47 de rústica afectados por la actuación.

Alicante, 11 de diciembre de 2002.– El administrador de Gestión y Promoción Espai verd, SL: Jaime Balaguer Nadal

D) .-El 9 de enero de 2003 por las empresas "Desarrollo Rabasa SL, "Mediterranea MBI SL" y José Antonio Esclapez Durá, se comprometen a presentar una alternativa técnica sustancialmente distinta a la inicial, por lo que solicitan para ello prorroga de 20 días.

Mediante edicto de 10 de enero de 2003, el Ayuntamiento acuerda dicha prórroga.

En el periodo de prórroga, otra entidad, la Sociedad "Viviendas Sociales del Mediterráneo SL", presentó el día 13 de febrero de 2003, una alternativa técnica sustancialmente distinta que incluía, Homologación, Plan Parcial, Estudio de Impacto Ambiental, anteproyecto de Urbanización y Programa.

Dentro de las cinco días siguientes al vencimiento del plazo de la prórroga, se presentaran nueve proposiciones económicas, por otros tantos sujetos, con el propósito de postularse como agente urbanizador, en el concurso de selección de dicha figura.

E).-Tras los informes técnicos oportunos, el Pleno del Ayuntamiento de Alicante, el 26 de abril de 2005 acordó:

1º. Aprobar provisionalmente el Documento de Homologación y el Plan Parcial del Sector "Rabasa" presentado por la mercantil "Viviendas Sociales del Mediterráneo SL"

2º. Aprobar el Programa de actuación Integrada del sector "Rabasa". *"Esta aprobación se considerara provisional hasta que se apruebe definitivamente el expediente de homologación"*

3º. Adjudicar la ejecución del Programa a "Viviendas Sociales del Mediterráneo SL". Esta adjudicación se entenderá provisional y no legitimará la actuación hasta que se apruebe definitivamente el expediente de

homologación y plan parcial.

4°. Imponer al adjudicatario la obligación de presentar un Texto Refundido que recoja las modificaciones introducidas, referidas al Plan Parcial, al Proyecto de Urbanización y a la Proposición Jurídica, bajo el apercibimiento de ineficacia de la adjudicación, si no se verifica en el término de Tres meses.

5°. Delegar al alcalde o Concejal de Urbanismo para que, tras comprobar la idoneidad de las correcciones, se acuerde un nuevo periodo de información pública por término de 20 días.

F).-En cumplimiento de lo anterior, se publica Edicto en el DOGV de 24 de agosto de 2005, abriendo un periodo de información pública a efectos de alegaciones, hasta el 30 de septiembre siguiente.

Información pública del plan parcial del sector Rabasa y del programa de actuación integrada de la unidad de ejecución única del mismo. [2005/F9523]

La concejala de Urbanismo, con fecha 11 de agosto de 2005, ha dictado un decreto por el que resuelve:

Someter a información pública por plazo de 20 días hábiles, a contar a partir del próximo día 1 de septiembre, la documentación refundida del plan parcial del sector Rabasa y del programa de actuación integrada de la unidad de ejecución única del mismo.

Lo que se publica para general conocimiento, significando que el expediente (homologación, plan parcial de mejora, estudio de

impacto ambiental, memoria del programa y anteproyecto de urbanización), podrá ser examinado en la Oficina Municipal de Información Urbanística (calle de San Nicolás, número 2, bajo), y que, durante el indicado plazo, podrán presentarse alegaciones, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.2.B) y 46.3 de la Ley

Reguladora de la Actividad Urbanística.

Alicante, 11 de agosto de 2005. – La concejala de Urbanismo: Sonia Castedo Ramos. El vicesecretario en funciones: José M^a Simón Rodríguez.

Como su texto expresa, esta segunda información pública, no cumple función alguna en materia contractual y exclusivamente va referida a los instrumentos de ordenación, como ya había puesto de manifiesto el acuerdo del ayuntamiento que la ordenaba.

G)..-El día 13 de junio de 2006, el Pleno del Ayuntamiento procede a una segunda aprobación provisional, del siguiente tenor:

1º. Estimar ciertas alegaciones.

2º. Aprobar provisionalmente la nueva documentación (Expediente de homologación, Plan Parcial, Programa de actuación Integrada, con su anteproyecto de urbanización, Estudio sobre necesidad de vivienda protegida, estudio acústico, estudio de tráfico y movilidad, estudio de impacto ambiental), con las modificaciones que se derivan de la aceptación de las anteriores alegaciones.

3º. Solicitar informes a las administraciones competentes afectadas.

4°. Remitir expediente a la Consellería para la aprobación definitiva.

5°. Notificar el acuerdo a los interesados y afectados a fin de que tengan conocimiento de las rectificaciones introducidas.

Esta *segunda* aprobación provisional afecta a todos los instrumentos de ordenación, pero no a la adjudicación del programa.

H).-Durante la tramitación autonómica, además de emitirse Declaración de Impacto Ambiental, el 7 de mayo de 2007, por la Secretaria de Territorio y Medio Ambiente, se emitieron los oportunos informes, siendo desfavorables los siguientes:

1°. Dirección General de Calidad ambiental, sobre la necesidad de que se complete el estudio acústico.

2°. Servicio territorial de medio ambiente de alicante, sobre la necesidad de modificar la ordenación a fin de proteger la "vereda del desert y barranc del infern"

3°. Consellería de Educación, sobre la manzana referida a usos educativos.

4°. Consellería de infraestructuras, favorable condicionado a la ejecución de determinadas infraestructuras viales.

5°. Ministerio de Fomento. Favorable con correcciones.

6°.- Ministerio de Defensa. Desfavorable.

7°.- Ministerio de Medio Ambiente, (Confederación Hidrográfica), Desfavorable, tanto en lo que se refiere a la actuación en relación con el barranco de las ovejas, como en lo que afecta a la disponibilidad de recursos hídricos.

No emitieron informe, pese haber sido solicitado: la Consellería de Sanidad; la mancomunidad de canales de Taibilla; y el Instituto Valenciano de la Viviendas.

I).-La CTU el 27 de marzo de 2008, informó favorablemente la Homologación y Plan Parcial, supeditándolo a la presentación de un Texto refundido; la obtención del informe favorable del ministerio de fomento; y la corrección de determinados elementos puestos de manifiestos por la Consellería de Educación.

J).-Subsanados los anteriores condicionantes, se aprobó definitivamente la Homologación y plan Parcial por la Consellería de medio ambiente, urbanismo, agua y vivienda, el día 5 de mayo de 2009.

TERCERO.- Los actores, forman parte de una organización informal, no constituida como asociación, denominada "*Plataforma de Iniciativas Ciudadanas de Alicante*".

Ninguno de ellos ha acreditado tener interés directo en el sector, esto es ninguno está legitimado por ser propietario y consiguientemente, todos y cada uno de ellos,

ejercitan la acción pública.

En su demanda, ponen de manifiesto los siguientes motivos de nulidad:

a).- El Plan Parcial aprobado no se ha sometido en rigor a exposición pública. Además, se han producido deficiencias en la tramitación que generan indefensión pues, no se ha acreditado el aviso a los titulares catastrales (Art. 46. 3º de la LRAU). Por otra parte, el periodo de información abierto debió ser de 30 días (Art. 38.2º A).

b).-Incumplimiento de los principios rectores de la Ley de contratos en materia de contratación administrativa, en concreto, la falta de publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, por tratarse de un presupuesto superior a los 200 millones de euros y falta de clasificación de la empresa adjudicataria.

Además pone de manifiesto que, se han alterado los principios de buena fe, confianza legítima y pública competencia pues, tras seleccionar una propuesta, el ayuntamiento introdujo una serie de modificaciones esenciales y substanciales, de manera que quedo alterado la identidad de la alternativa primeramente seleccionada, sin que el resto de los participantes en el proceso pudieran intervenir.

c).- La extensión de la zona de dominio público, según un informe vinculante del Ministerio de Fomento, pasando de los 107.670 m2 previstos a 421.600 m2, supone un cambio

substancial en la ordenación del sector.

d).- La segunda aprobación provisional del Plan Parcial, el 13 de junio de 2006, vinculada a la aprobación definitiva, exigía la convocatoria de un nuevo concurso ajustado a las previsiones de la LUV, dado la DT 5ª del D 67/2006.

e).- Falta la Evaluación Ambiental estratégica.

f).- Nulidad de la prórroga del concierto previo a efectos de la revisión del Plan General,

g).- Falta el estudio de sostenibilidad económica y el de integración paisajísticas.

g).- Ausencia de recursos hídricos para el desarrollo de una actuación de esa magnitud.

h).- Necesidad de revisar el Plan General como requisito para desarrollar una actuación de estas características.

CUARTO.- Antes de cualquier otra determinación, es preciso resolver

las **inadmisibilidades propuestas.**

En este sentido se dice que:

A).- Los acuerdos que se recurren tienen la

naturaleza de aprobaciones provisionales y consiguientemente, el valor de un acto de trámite;

B)..-Se alega que el recurso es intempestivo, por anticipatorio pues, se ha interpuesto sin que se haya publicado el Programa.

En relación con estas alegaciones debemos hacer las siguientes precisiones:

I)..-Evidentemente, en los supuestos en los que a un programa, acompañe un Plan Parcial modificativo de la ordenación estructural, es obvio que la aprobación definitiva del Plan Parcial correrá cargo de los órganos autonómicos, mientras que la aprobación del Programa, que es un instrumento de gestión, corre a cargo de los Ayuntamientos.

Por ello, en estos casos, la aprobación del programa se produce antes que la aprobación definitiva del Plan Parcial de Cobertura, de forma tal que, tanto esta Sala como el Tribunal Supremo han considerado que, la aprobación del programa por la administración municipal, esta sometida a la condición suspensiva de que se apruebe el Plan Parcial de Cobertura.

Así las cosas, es perfectamente tempestivo el recurso articulado contra el Programa cuando se publica ese Plan Parcial en que se funda, como ha ocurrido en el presente caso, pues solo con esa publicación, ha perdido eficacia la suspensión que afectaba al programa, deviniendo este, con la aprobación-publicación del Plan de cobertura, plenamente

eficaz y consiguientemente, susceptible entonces de recurso contencioso.

Estas consideraciones determinan que, esta causa de inadmisibilidad, deba ser descartada.

B).-Por otra parte se dice que, que el recurso contra la adjudicación del Programa es anticipatorio pues, dicho adjudicación y el programa no había sido publicada cuando se recurrió.

En este sentido hay que poner de manifiesto que, el acto de selección de una alternativa y adjudicación del programa, es un acto administrativo, no una disposición normativa, por lo que, en principio, su eficacia no estaría determinada por la publicación, sería eficaz desde su notificación o desde que, el interesado tiene conocimiento de esos actos e interpone el pertinente recurso.

Ello no obstante, la LRAU en su Art. 59, exige la publicación del acuerdo aprobatorio del Programa, para su entrada en vigor y ejecutividad

La publicación en este caso, no tiene el valor de la publicidad normativa, como lo demuestra el texto publicado, que no es sino un mero y simple anuncio del acto de aprobación y adjudicación, sin ningún contenido, mas allá de la simple expresión de los acuerdos que se han dicho.

En nuestro caso, la publicidad a posteriori

salva el posible defecto inicial.

C).-En fin, también debe descartarse la hipotética falta de legitimación, pues se dice que, el ejercicio de la acción pública impide recurrir los aspectos determinantes de la contratación.

Desde luego, la cuestión tiene diversos tintes, según se enfoque bajo la incidencia de la LUV o bajo la de la LRAU, pero en ambos casos y para el tema que se nos plantea la solución es simétrica.

En este sentido, lo que fundamentalmente hay que hacer constar es que, la materia objeto del contrato administrativo que integra la asunción de una programación, formalmente puede revestir el carácter de un contrato administrativo, pero materialmente, solo integra elementos urbanísticos determinantes de la ordenación de un sector.

Así las cosas, aun cuando la contratación, por sí sola y abstracción hecha de su contenido, no podría ser objeto de acción pública, en el caso que venimos examinado, la contratación, integra una programación que, contiene elementos determinantes de carácter exclusivamente urbanístico, de manera que, por su naturaleza, se regulan en una ley del suelo y precisamente, por esa evidente y determinante incidencia urbanística, es posible el ejercicio de la acción pública, incluso en esas materias o aspectos contractuales de la aprobación de los programas, pues en el iter formativo de estos complejos mecanismos de gestión indirecta que

estamos examinado, los aspectos contractuales involucran necesariamente elementos urbanísticos. No podemos diseccionar, separar, esos dos elementos, porque ambos explican la realidad jurídica del Programa.

QUINTO.- En cuanto al fondo, la primera alegación consiste en que, el Plan Parcial aprobado no se ha sometido en rigor a **exposición pública**.

Además, dicen se han producido deficiencias en la tramitación que generan indefensión pues, no se ha acreditado el **aviso** a los titulares catastrales (Art. 46. 3º de la LRAU).

Por otra parte, afirman, el **periodo de información**abierto debió ser de 30 días (Art. 38.2º A).

A).-Comenzando por la primera cuestión referida a la información pública, debemos hacer constar, para comprender medianamente lo ocurrido, que aquí se ha producido la aplicación de lo que disponía el último inciso del párrafo 4º del Art. 46 de la LRAU, que disponía:

Se podrán presentar alternativas técnicas y alegaciones durante veinte días, contados desde la última publicación del edicto. Las proposiciones jurídico-económicas se presentarán durante los cinco días siguientes al vencimiento del plazo anterior. Estos plazos quedarán prorrogados, por veinte días adicionales, si durante los diez primeros de información pública, alguna persona se

comprometiera a presentar una alternativa técnica sustancialmente distinta a la inicial y prestara caución de ello en la cuantía que reglamentariamente se determine. La prórroga se hará constar en el expediente, se anunciará en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y se comunicará a quienes, por desconocerla, presenten plicas prematuramente.

En el caso de autos, dentro de los diez primeros días de la información, dos sociedades, manifiestan su intención de formular una alternativa técnica sustancialmente distinta, por lo que solicitan una prórroga de veinte días adicionales. Pero dentro de los veinte días prorrogados, no son ellos los que formulan la alternativa sino un tercero, que la presenta el último día de la prórroga.

Será esta última alternativa, la que resultará escogida y determinará la adjudicación del programa.

Desde la perspectiva de la contratación, este tema ha sido tratado entre otras, por diversas sentencias del TS, como son la de 9 de diciembre de 2008 y la de 27 de febrero de 2008, la segunda de las cuales pone de manifiesto que:

Si la alternativa no fuese sustancialmente distinta de la inicial, la información pública ya se ha cumplido con la primera, pero si la alternativa técnica es sustancialmente distinta de la primera, una recta interpretación del Art. 46 de la Ley Valenciana 6/94, requiere abrir un nuevo

periodo de información pública.

Ciertamente, en el supuesto de autos existe una primera aprobación provisional con adjudicación del contrato y una segunda información pública que se abre para todo, menos a efectos de contratación y concurso, pues la adjudicación materializada en la primera aprobación provisional subsiste incólume.

Así las cosas, se ha producido una alteración de los principios de igualdad en materia de concurso y contratación administrativa, determinante de nulidad, pues la alternativa que ha sido elegida no ha sido sometida a publicidad alguna a efectos contractuales.

Además, en el caso de autos, la infracción es todavía más grave si cabe pues, en rigor, la adjudicación de la condición de urbanizador y para la ejecución del programa, se materializa por el ayuntamiento el 26 de abril de 2005 y la aprobación del programa, (sometido a la condición suspensiva de la ratificación autonómica), se realiza el 13 de junio de 2006.

De esta forma, se otorga en 2005, la ejecución de un programa que se aprobará después, con lo que se ha producido una inversión de la dinámica que la normas prevén para llegar a su adjudicación.

Esa segunda información, es suficiente a efectos de cobertura normativa y en concreto, desde la perspectiva de la Planificación, esto es desde la óptica del Plan Parcial y la

Homologación. Pero no es suficiente, para la legalidad de la contratación pues, esa segunda información, no se abre a estos efectos, ya que como hemos visto, no afecta la adjudicación que había quedado formalizada en un acto anterior.

Esto determinará la anulación del programa por esta causa.

B).- Por otra parte y en relación con los restantes temas anunciados, de carácter formal, entendemos que, no puede decirse que exista violación de lo dispuesto en el Art. 46.3, relativo al aviso a los propietarios catastrales, pues aunque es cierto que ese aviso, por razones de seguridad, debe materializarse en forma de notificación, como ha dicho la sala y el TS, no lo es menos que, los actores, no son propietarios, ya que su legitimación se articula función de la acción pública que ejercitan, de forma que no han sufrido indefensión alguna por esta causa, cualquiera que hubiera sido la forma de notificación del aviso.

C).- Finalmente, son correctos desde la perspectiva de la LRAU, los periodos de 20 días para la información pública, no siendo de aplicación aquí lo dispuesto en el Art. 38 de dicho cuerpo legal, pues no nos encontramos ante Planes Generales, Especiales o Catalogo de bienes.

SEXTO.- Se alega también el **Incumplimiento de los principios rectores de la Ley de contratos en materia de contratación administrativa** en concreto la falta de

publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, por tratarse de un presupuesto superior a los 200 millones de euros, así como la falta de clasificación de la empresa adjudicataria.

Debe observarse que, este requisito de publicidad era exigible, ya estuviera el programa sujeto a las normas procedimentales emanadas de la LRAU, ya estuviera sujeto a las prescripciones de la LUV; en el primer caso porque lo exige la jurisprudencia del Supremo; en el segundo, porque lo determina la propia norma actualmente vigente.

En nuestro caso, dada la fecha de la primera información pública, el sometimiento es a la LRAU, por lo que es plenamente aplicable la doctrina aludida del Tribunal supremo.

Efectivamente, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse de manera reiterada sobre la aplicación a la selección de urbanizador de las normas de Contratos de las Administraciones Públicas, así lo ha hecho, entre otras en las sentencias de 22 de noviembre de 2006, de 28 de diciembre de 2006, 27 de marzo de 2007, 8 de abril de 2008, 22 de enero de 2010, 4 de abril de 2012 y 20 de diciembre de 2012.

De todo ello se desprende que, ya que se trata de una obra de más de 200 millones de Euros, era indispensable que el procedimiento de licitación se hubiera publicado en el ámbito de las Comunidades Europeas. Al no haberse hecho así, el acto material de adjudicación del Programa y su Aprobación, es nulo.

La cuestión debe mantenerse a pesar de la sentencia la STJCE de 26 de mayo de 2011, pues el Tribunal Supremo, en relación con esta cuestión ya se ha manifestado en diversas sentencias, como son:

a).-Nº de Recurso 6378/2008; Fecha de Resolución 04/04/2012; Ponente MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA;

b).-Nº de Recurso 6531/2008; Fecha de Resolución 04/04/2012; Ponente JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ;

c).-Nº de Recurso6531/2008; Fecha de Resolución04/04/2012; PonenteJORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ.

d).-Igualmente, en Nº de Recurso6460/2008; Fecha de Resolución04/04/2012; PonenteJESUS ERNESTO PECES MORATE.

En todas ellas se hace constar que la exposición del Tribunal Europeo, no afecta a la tesis sobre la aplicación de las normas de contratación administrativa al supuesto que estos autos contemplan.

De la misma manera y por aplicación de la misma doctrina, vigente la LRAU, era aplicable al supuesto que contemplamos, las normas sobre clasificación del contratista, que en el caso de autos brilla por su ausencia, con lo que este motivo, aparece como uno más de anulación del Programa aprobado.

SÉPTIMO.-El siguiente motivo se refiere a la extensión de la zona de dominio público, que según un informe vinculante del Ministerio de Fomento, ha pasado de los 107.670 m² previstos a 421.600 m² y supone un cambio substancial en la ordenación del sector, ya que se dice, implica una alteración de los parámetros estructurales de la zona.

Se trata de un informe vinculante por el que el Ministerio de Fomento informa negativamente el Plan General Revisado del Termino Municipal de Alicante, por posible violación de las limitaciones impuestas por el reglamento que desarrolla la Ley del sector ferroviario 39/2003. Así entiende el informe que, en la extensión que señala ese

reglamento, deberá establecerse un suelo de reserva ferroviaria, que respete esas limitaciones, referidas a la "red arterial ferroviaria de Alicante", según un documento de 26 de septiembre de 2006.

Así las cosas, lo que se trae a colación, es un informe vinculante emitido para la revisión del PGOU, no para estos Autos, en relación a los cuales, el Ministerio de Fomento, no ha articulado ninguna pretensión.

Ciertamente, cuando se apruebe el Plan General de Ordenación Urbana, si es que se establece ese suelo de reserva ferroviaria, se podrá analizar la cuestión de la relación entre los dos instrumentos que se consideran, lo que ahora no podemos hacer, porque esa relación no existe, ya que el Plan General no ha sido aprobado.

OCTAVO.- Alega también el actor, Falta como instrumento, la Evaluación Ambiental Estratégica.

El requisito se reclama en función la DT 1ª de la Ley 9/2006, y el efecto directo de la Directiva 91/11/CEE, ya que la información pública primera se produjo antes del 21 de julio de 2004 y la aprobación definitiva el 5 de mayo de 2009. Se dice además que, aunque fue sometido a Declaración de Impacto Ambiental este instrumento no es suficiente.

Disposición Transitoria Primera, de la citada Ley, se refiere a los *Planes y programas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley*, concretamente dispone

1. *La obligación a que hace referencia el Art. 7 se aplicará a los planes y programas*

cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004.

2. La obligación a que hace referencia el Art. 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable. A los efectos de lo previsto en esta disposición transitoria, se entenderá como primer acto preparatorio formal, el documento oficial de una Administración pública competente que, manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que, hagan posible su presentación para su aprobación.

En consecuencia, de la misma resulta, como regla general, que la evaluación ambiental estratégica se aplicará a aquellos planes cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 julio 2004, aunque, como excepción, (prevista en el apartado segundo), dicha evaluación será exigible con relación a planes cuyo primer acto preparatorio formal fuese anterior a dicha fecha, cuando su aprobación se produzca con posterioridad al 21 julio 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable.

En el supuesto de autos, la cuestión no resulta complicada pues, el primer acto procedimental tuvo lugar, en el año 2002,

cuando se someten a información pública los instrumentos que se consideran.

Por otra parte, se ha seguido el procedimiento simplificado del Art. 48 de la LRAU, de manera que, el acto que, determina la decisión de la administración de someter el Sector a la Programación, es el primer acuerdo de aprobación Provisional, que es precisamente cuando la administración decide programar pues, hasta ese momento, la administración, puede rechazar todas las alternativas y no ejecutar ninguna de ellas, (Art. 47 4 de la LRAU), resolviendo la no programación del sector.

Así las cosas, si seguimos el primer criterio, indudablemente será exigible la AAI, de acuerdo con lo dispuesto en el p. 2 de la TD 1ª y de la misma forma, si seguimos el segundo criterio, sería igualmente exigible la AAI de acuerdo con lo que dispone el párrafo 1º de este mismo precepto.

En cualquier caso, la Autorización Ambiental Integrada, era una exigencia para la aprobación de los instrumentos que se consideran.

La demandada autora de los instrumentos y la administración autonómica, ponen de manifiesto que todos ellos, (los instrumentos), han sido sometidos a la Evaluación de Impacto Ambiental y consideran que, a efectos ambientales, la Declaración de Impacto es suficiente.

Esta tesis, intenta justificar un

incumplimiento de la norma vigente, lo que no puede admitir la Sala, pues las diferencias entre la Declaración de impacto preexistente y, la Autorización Ambiental Integrada, aunque fases de un proceso de protección ambiental, son evidentes, como lo demuestra la exposición de motivos de la nueva Ley, al decir que:

“Los fundamentos que informan tal directiva son el principio de cautela y la necesidad de protección del medio ambiente a través de la integración de esta componente en las políticas y actividades sectoriales. Y ello para garantizar que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras sean tenidas en cuenta antes de la adopción y durante la preparación de los planes y programas en un proceso continuo, desde la fase preliminar de borrador, antes de las consultas, a la última fase de propuesta de plan o programa. Este proceso no ha de ser una mera justificación de los planes, sino un instrumento de integración del medio ambiente en las políticas sectoriales para garantizar un desarrollo sostenible más duradero, justo y saludable que permita afrontar los grandes retos de la sostenibilidad como son el uso racional de los recursos naturales, la prevención y reducción de la contaminación, la innovación tecnológica y la cohesión social.

Entre otras cosas, la base de la Autorización Ambiental Integrada, es precisamente el estudio de las diversas alternativas, de manera que la evaluación de los efectos

significativos sobre el medio ambiente, se hace en función de alternativas razonables, incluida, necesariamente entre otras, la "alternativa cero", que consiste necesariamente en la no ejecución de dicho plan o programa.

De esta forma y como dice la exposición de motivos, lo esencial en la Evaluación de Impacto era el Plan, de forma que ese instrumento aparecía como un elemento que lo justificaba, mientras que en la Autorización Ambiental Integrada, lo esencial es el medio ambiente y lo básico ya no es que el Plan se apruebe; sino *afrontar con decisión los modos de integración del plan en el uso sostenible y racional de los recursos, la contaminación y la cohesión social*. Esto último no lo decimos nosotros, así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley citada.

Es decir, ha cambiado radicalmente la perspectiva ya que, ahora, el instrumento ambiental no está al servicio del plan, sino al revés, el Plan al servicio de la realidad ambiental.

Lo mismo deberíamos decir respecto de la Memoria Ambiental que, en rigor, no existe, al menos en los términos que señala el Anexo II de la norma que comentamos.

Así pues, entendemos que no es lo mismo una cosa que la otra. No da lo mismo que las cosas se hagan de un modo o de otro. La Autorización Ambiental Integrada ve la luz precisamente para solventar y superar las deficiencias de las Declaraciones de Impacto

Ambiental. De forma que, la declaración de impacto es insuficiente, cuando media la obligación de articular la Autorización Ambiental Integrada.

De esta forma, al no haberse sometido el Instrumento Planificador, a la Autorización Ambiental Integrada, dichos elementos padecen una grave irregularidad invalidante, que los hace nulos.

NOVENO.- Falta el estudio de Sostenibilidad Económica y de Integración Paisajística.

El primero por incumplimiento del Art. 15.4 de la Ley del Suelo Estatal; el segundo por violación de la Ley 4/2004 de la ley de ordenación del territorio y protección del Paisaje, así como 48 del RGTU.

Así mismo se dice, que es ilegal el pago forzoso en terrenos de la obra urbanizadora.

Trataremos los diversos temas del siguiente modo:

a).-El Art. 15 4º establece que, *“la documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización debe incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará en particular el impacto de la actuación en las haciendas públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha o prestación de los servicios*

resultantes, así como la suficiencia o adecuación del suelo destinado a usos productivos"

Este precepto entró en vigor al día siguiente de la publicación de la norma que comentamos, de manera que, al no existir en las disposiciones transitorias determinación alguna de su aplicación a los planes en tramitación, no era exigible para planes cuya aprobación provisional fuera anterior a dicha norma estatal, de lo contrario dotaríamos a la norma de carácter retroactivo.

b)..-En cuanto al Estudio sobre el paisaje, aunque es verdad que es un requisito del Art. 11 de la Ley de Ordenación y Protección del Paisaje, ello no obstante, la Disposición Transitoria 1ª de dicha norma, excluida su aplicación, (salvo sometimiento voluntario), a los instrumentos de gestión que hubieren pasado la fase de información pública, lo que ocurría en el supuesto de autos en el que, la primera información pública, tuvo lugar en el año 2002, esto es antes de publicarse la norma de Ordenación y Paisaje que comentamos.

c)..-Por otra parte, se afirma que es ilegal el pago forzoso en suelo de los gastos de urbanización, porque aunque lo autorizaba la LRAU en su Artículo 71.3, ello no obstante, no lo permite la LUV.

La tesis es incorrecta, a nuestro entender, en varios aspectos, de una parte porque la determinación de la retribución al urbanizador, sigue en la LUV pautas parecidas a la LRAU, de manera que esa retribución, en

aquella norma, (la LUV) puede ser en metálico, en terrenos o mixta, lo que desvirtúa la tesis del actor.

Pero es que además, como veremos, la norma aplicable no es la LUV.

Efectivamente, se trata de un Programa iniciado antes de la entrada en vigor de la LUV, pero con aprobación provisional por el ayuntamiento, sometida a la condición suspensiva de aprobación por la administración autonómica de los instrumentos de cobertura, lo que tuvo lugar después de la aprobación de este texto normativo, pero sometido a las prescripciones de la LRAU, porque la información pública se había materializado antes de la entrada en vigor de la LUV.

En consecuencia, toda la programación se sometió a las prescripciones de la LRAU y consiguientemente, era de plena aplicación la excepción que consagraba el párrafo 3 del n° 2° del Art. 71 de dicho texto legal, referida al pago forzoso con suelo de las obras de urbanización, cuando excepcionalmente el programa integre el compromiso de promover viviendas sociales u otros usos de interés social.

De esta manera, siendo así las cosas, eran perfectamente viables las disposiciones en este sentido de manera que, el Plan, por esta causa no es nulo.

Esta cuestión hoy carece de trascendencia, por lo dicho, pero será significativa si se

ha operado alguna modificación de este Plan que de al traste con esta teleología de la ordenación aprobada, porque en tal supuesto, acaso no estaría justificado el privilegio que se dispensa al urbanizador.

DÉCIMO.-Nulidad de la prórroga del concierto previo a la revisión del Plan General.

En este sentido, se alega que, la vigencia del concierto previo se vio limitada aun año, mediante D 36/2007, de 13 de abril, que modifico el D 67/2006, (ROGT); de esta forma, la vigencia del concierto previo habría finalizado el 18 de abril del 2008, (dada la fecha de publicación del Decreto de 2007), de forma tal, que han quedado sin efecto tanto el concierto, como los instrumentos que traigan su causa del mismo.

El 216 RGTU, modificado por el D. 36/07, establece

Artículo 216 se añade un apartado 4EDL 2006/64854:«Una vez superada la fase de concierto previo éste tendrá un plazo de vigencia de un año. Transcurrido el indicado plazo sin que se haya continuado la tramitación del Plan General se considera que el Ayuntamiento ha desistido del procedimiento siendo necesario iniciar una nueva fase de concierto previo, , quedando sin efecto, igualmente, todos los instrumentos de planeamiento

▣

que traigan causa de dicho concierto previo».

▮

No ha quedado acreditado que no se continuase con la aprobación del Plan General.

Desde luego, parece que existe un Proyecto de PGOU, en el está integrado el sector que ahora se considera, que ha sido objeto de sucesivas aprobaciones provisionales, la última en el ejercicio de 2010, incluso informado favorablemente por diversos organismos.

DÉCIMO.- Se menciona como causa determinante de la nulidad la **ausencia de recursos hídricos suficientes para desarrollar una actuación de esta magnitud**, con violación del Art. 25.4 del RDL 1/2001, de 20 de julio; así como el Art. 19 de la Ley de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.

En orden al tema de la disponibilidad de recursos hídricos, la doctrina de la Sala coincidente con la del Tribunal Supremo, es la siguiente:

a).-El Informe de la Confederación Hidrográfica, es preceptivo, para todos aquellos planes que comporten nuevas demandas de recursos hídricos.

b).-De acuerdo con el Texto original del RDL 1/2001, el informe se entiende favorable, si no se emite en el plazo indicado.

c).-A raíz de la entrada en vigor de la Ley

11/2005, de 21 de junio, el informe se entiende desfavorable, si no se emite en el plazo indicado.

d)..-El informe de Confederación hidrográfica, según la más reciente sentencia del Tribunal Supremo, se entiende que es vinculante.

De esta forma, el informe negativo, no permite la aprobación del instrumento.

e)..-Por disponibilidad, el Tribunal Supremo entiende, disponibilidad jurídica de manera que, no será viable el Plan desde esta perspectiva, si no se dispone de la concesión de aguas necesaria para suministrar los caudales que demande la nueva ordenación.

f)..-Los informes de las entidades gestoras del suministro municipal de agua potable, no pueden nunca suplir el preceptivo de la Confederación.

g)..-De la norma Valenciana no pueden deducirse alteraciones en el régimen que establece la ley estatal. En concreto, los informes particulares de las sociedades que gestionan el suministro municipal de agua, nunca pueden suplir el desfavorable informe de la Confederación.

Descendiendo a la singularidad del pleito, conviene hacer las siguientes precisiones derivadas del expediente que se examina:

a)..-La Confederación Hidrográfica, (el 20 de enero de 2006) a raíz de una intervención del Sindic de Greuges, solicita del Ayuntamiento

se le informe sobre las actuaciones del Plan Parcial Rabasa, dado que la Confederación no ha emitido el informe que exige el Art. 25.4 de la Ley de Aguas y 19.2 de la Ley de Ordenación del Territorio.

b)..-El Ayuntamiento, en fecha de 24 de febrero, contesta la confederación, da manera que podríamos calificar de paradójica pues, afirma que, de acuerdo con la fecha en que se materializó la primera exposición pública, (26 de diciembre de 2002), el informe sobre disponibilidad de recursos hídricos no era necesario.

Decimos que paradójica porque, aunque no estaba vigente la ley sobre Ordenación del territorio y Paisaje, si lo estaba el Texto Refundido de la Ley de aguas, de manera que la preceptividad del informe era una evidencia.

c)..-La confederación Hidrográfica el 25 de abril de 2006, vuelve a insistir, indicando el carácter preceptivo del informe y ratificando la necesidad de su emisión para la validez del instrumento que se estaba gestando

d)..-Finalmente, por exigencias de la Declaración de Impacto Ambiental, el 17 de noviembre de 2006, la Confederación Hidrográfica, emite informe desfavorable tanto en lo que se refiere al origen del agua, como en lo relativo a su disponibilidad, pues los caudales que se mencionan en los informes de las sociedades privadas que fundamentan la pretensión de la

administración de suficiencia hídrica, no están disponibles, ya que no tiene el ayuntamiento la necesaria concesión para su explotación.

e)..-Así las cosas y con estos antecedentes, la administración aprueba definitivamente el Plan Parcial, lo que constituye una ilegalidad, pues lo hace con el informe expreso en contra de la administración hidrológica.

Sin que en ningún caso, pueda sustituirse el informe de la confederación por el emitido por las sociedades municipales suministradoras de agua potable, por más que en algún supuesto así lo haya entendido esta Sala pues, la jurisprudencia del tribunal Supremo, dictada en aplicación de los preceptos citados de la Ley de aguas, es manifiestamente contraria a esta posibilidad.

f)..-La administración y el urbanizador, ponen de manifiesto que, con motivo de la tramitación del Plan General, la Confederación Hidrográfica, para todo el Plan General, ha emitido un informe favorable respecto de la existencia de recursos hídricos.

En el Plan General está integrado el sector Rabasa objeto de estos autos.

g)..-Ello no hace sino ratificar la conclusión anterior de que el plan aquí objetado se ha aprobado sin ese requisito medioambiental.

De manera que, a la fecha de su aprobación,

que es la que aquí debemos considerar, no existía informe favorable, ni disponibilidad de recursos hídricos suficientes para asumir el incremento de población que el Plan Parcial pretendía hacer efectivo sobre el territorio que ordenaba.

h)..-El argumento de las administraciones, arriba expuesto, no se puede acoger, pues ese Plan General que se cita está en trámite, ni siquiera hoy esta aprobado definitivamente de manera que, sus previsiones, no han sido traducidas en realidades y constituye una simple hipótesis de trabajo.

j)..-Además, según se desprende del propio informe, no existe disponibilidad efectiva del caudal requerido, no solo porque no está construida la depuradora de Muxamiel, sino además porque el ayuntamiento no tiene la disponibilidad jurídica, esto es, la concesión administrativa para utilizar los caudales que se mencionan, de aquí que ese informe explicita la necesidad de autorizaciones posteriores a resultas de estudios más detallados o nueva documentación.

k)..- En todo caso, desconocemos porque no constan en los autos ni se han materializado jurídicamente, las relaciones entre ese Plan General en proceso de generación y los planes parciales previos. Igualmente, desconocemos en que medida y de que forma, la nueva planificación General, acogerá las realidades normativas previas; si las alterará o no, y como subsisten, en la planificación general en proyecto, las normas antecedentes que

ordenaban esos previos suelos urbanizables.

De esta forma, es ahora cuestionable si, la normatividad de la planificación previa, le otorgará el plan parcial antes aprobado, o el plan general ahora en proceso formativo que al parecer la acoge.

Por eso afirmamos que, el único juicio que podemos hacer hoy es el histórico, debiendo valorar los planes parciales que tenemos entre manos por sí mismos y no por estar integrados en un hipotético y futuro Plan General, más o menos posible.

Esto indica que, ese informe que se dice, emitido para un Plan inexistente y futuro, no salva la nulidad que padece el Plan Parcial que en el presente examinamos.

Otra cosa será que, el Plan General convalide este Programa y el Plan Parcial que lo integra, pero esto es ahora harina de otro costal.

ÚNDECIMO.- Necesidad de revisar el PGOU, para acometer una actuación de estas características, según se desprende del Art. 13.5 de la Ley De ordenación del territorio y protección del paisaje.

En este sentido el Art.13.5 dispone que:*5. Cualquier propuesta de modificación del planeamiento que suponga una alteración de las directrices definitorias de la estrategia de evolución urbana y de ocupación del territorio establecida en los planes*

generales municipales requerirá para su aprobación la presentación ante la Conselleria competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo, a efectos de concierto previo, del nuevo modelo territorial municipal que se propone, acorde con su contexto supramunicipal, iniciándose así el procedimiento de revisión del plan.

En principio, el precepto se ha cumplido, pues al margen de que tanto la LRAU como la LUV, permiten Planes Parciales Modificativos de la ordenación estructural, por lo que la definitiva la probación de los mismos correrá a cargo de la administración autonómica; lo cierto es que, en el caso que contemplamos, existe el concierto previo que se menciona, que ha dado lugar a la revisión del Plan, actualmente en tramitación.

Por otra parte, no resulta de aplicación la DT 4ª de la Ley estatal RDL 2/2008, por la que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo, que habla sobre criterios de sostenibilidad ambiental, al impedir que a través de planes de desarrollo se provoquen alteraciones de la realidad urbanística que implique incrementos de población superiores al 20 %. Todo ello porque, la población que asume el Plan que examinamos, no supera ese índice porcentual.

Ciertamente existen muy diferentes modelos de desarrollo urbano, lo que no solo está ligado a la política o la economía, sino también a la ética e incluso a la estética, pero nuestra valoración, nunca puede ser estética, lo que sin duda se puede hacer desde otros

ámbitos.

Nuestro juicio, obviamente, ha de ser eminentemente jurídico y es, desde esta juricidad, desde donde podemos y debemos examinar los patrones de sostenibilidad ambiental.

De esta forma, a raíz de las normas que hemos examinado, (que podrían ser otras, pero en este caso son las que son) y desde luego, de sus disposiciones taxativas, debemos concluir que, no se han sobrepasado los umbrales del uso sostenible del suelo.

DUODÉCIMO.- Todo lo anterior determina la íntegra estimación del recurso planteado.

Más en concreto, **anulamos el Programay** su adjudicación:

a).-Por falta de publicación de la última alternativa técnica, presentada el último día de la prorroga solicitada al efecto, que fue la finalmente elegida.

b).-Por Falta de publicidad del concurso para aprobación y adjudicación del programa, en el ámbito europeo, así como por no estar acreditada la clasificación del contratista seleccionado.

Anulamos el Plan, específicamente:

a).-Por falta de Autorización Ambiental Estratégica.

b).- Por falta de disponibilidad de recursos hídricos.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas, pues no se observa el concurso de las determinantes circunstancias, que señala el artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

F A L L A M O S

Que **DEBEMOS ESTIMAR** el recurso Contencioso-Administrativo formulado por el Procurador D. Maria Victoria Mora Crovetto, en nombre y representación de D. Manuel Francisco Alcaraz Ramos, D^a Maria Remedios Amat Torres, D. Francisco J. Consuerga Panaligan, D^a Araceli-Amparo Pericas Diez, D. Ernesto Blasco Riquelme, D. Rafael Bonet Camarasa, D^a Maria Teresa de Nova Rivas, contra la Generalitat Valenciana y el Ayuntamiento de Alicante, **contra LOS SIGUIENTES ACTOS:**

a).-Resolución del Conseller de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y vivienda de 5 de mayo de 2009, por la que definitivamente se aprueba la Homologación y el Plan Parcial del Sector "Lagunas de Rabasa" del Municipio de Alicante.

b).-El Acuerdo del Ayuntamiento de Alicante de fecha 26 de abril de 2005, por el que se

adjudicaa la mercantil "Viviendas Sociales del mediterráneo SL", el Programa para la gestión indirecta del sector citado.

c).-El acuerdo del Ayuntamiento de Alicante de 13 de junio de 2006, por el que se aprueba el Programa de Actuación Integrada.

d).-El Acuerdo de 5 de diciembre de 2008, por el que se aprueba el Texto Refundido.

ACTOS TODOS ESTOS QUE ANULAMOS POR SER CONTRARIOS A DERECHO.

Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo a su centro de referencia.

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

Voto particular que formula el Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Lainez, a la sentencia nº 419/2013 (rec. 243/2009) de fecha 25 Abril de 2013.

Tras el examen de la sentencia dictada por la mayoría de la Sala, con todo respecto, formulo voto particular al no estar de acuerdo con los razonamientos de la sentencia ni con el fallo. Plantea la sentencia mayoritaria tres cuestiones que es preciso abordar.

a. Inaplicación del procedimiento y normativa estatal sobre contratación pública al proceso de selección del agente urbanizador.

b. Falta de recursos hídricos.

c. No existencia de evaluación ambiental estratégica.

PRIMERO.- Para un adecuado análisis sobre la aplicación en el proceso de selección de agente urbanizador de la normativa de contratación pública estatal, en la época examinada, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP 2000)y en la actualidad Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP 2011), debemos comenzar analizando la naturaleza jurídica del proceso de selección del agente urbanizador.

El art. 29 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística Valenciana (en adelante, LRAU-hoy derogada), estableció dos principios generales en cuanto al proceso de selección:

1. Según el art. 29.6 de la LRAU, el agente urbanizador tenía que ser seleccionado en pública concurrencia al aprobar el programa.

2. Según el art. 29.13 de la LRAU, la adjudicación del programa se regía por las normas rectoras de la contratación administrativa en lo que éstas no contradigan lo dispuesto por esta Ley.

Sobre estos dos principios, la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título II de la LRAU reguló los procedimientos para la adjudicación del programa, la publicidad de concurso la podemos ver en el art. 45.2.B) y 46 y la pública concurrencia en el art. 46 que lleva como rúbrica “ *Información pública y simultánea competencia entre iniciativas*”.

En la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, se examinaron las competencias de las Comunidades Autónomas en relación con el urbanismo y ordenación del territorio, así como el alcance de la intervención del Estado para la salvaguarda de sus competencias en materias como propiedad, medio ambiente, bases del procedimiento etc. El art. 177 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante, TRLS 1992) regulaba el proceso de selección del agente urbanizador, llevaba como rúbrica “ *Concursos para la formulación y la ejecución de programas de actuación urbanística*”, el precepto fue declarado inconstitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 al tratarse de una competencia exclusiva de las comunidades autónomas

conexa al urbanismo (art. 148.1.3º de la Constitución), el Estado no podía dictar derecho supletorio. Con este prisma, se hace difícil incardinar el proceso de selección en alguno de los contratos que rigen la contratación pública y apunta hacia la existencia de un contrato especial.

El paso siguiente lo dio este Tribunal planteando cuestión de inconstitucionalidad sobre la aplicación de las directivas de contratación al proceso de selección del agente urbanizador, el Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión.

La actual Ley 16/2005, Urbanística Valenciana (en adelante LUV), ajustó el proceso de selección del agente urbanizador y empresario constructor a la normativa de contratación estatal (TRLCAP 2000) y directivas de contratación; separa la figura del Agente Urbanizador y Empresario Constructor, que realiza materialmente la obra, sin tener ninguna obligación de hacerlo, exige solvencia económica, técnica y financiera (arts. 122 y 123), publicidad (art. 132 y 134) y concurrencia competitiva (arts. 136 y 137).

El siguiente paso lo da la Comisión Europea demandando a España porque la legislación urbanística valenciana, en la selección del agente urbanizador, no respectaba las directivas de contratación. La respuesta vino de la mano de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 26.05.2011 (nº C-306/2008), en el fundamento de derecho 98 nos dice:

“(…) De todo ello resulta que la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado(…).

Finalmente, se cuestionó si en el proceso de selección del agente urbanizador era de aplicación la normativa estatal sobre contratación pública. El Tribunal Supremo en tres sentencias de 4.4.2012 (**RRC. 6378/2008, 6460/2008y 6531/2008**) afirmaque: al proceso de selección del Agente urbanizador, *sin pretender definir su naturaleza jurídica*, le son aplicables los principios de la legislación estatal (publicidad y libre concurrencia):

(…)Esta Sala del Tribunal Supremo, en las Sentencias citadas por la Sala de instancia y en las que hemos reseñado, no ha definido la naturaleza jurídica de la selección del urbanizador en el ordenamiento urbanístico valenciano, es decir que nunca se ha pronunciado sobre el significado jurídico de la adjudicación de los Programas de Actuación Urbanística al agente urbanizador, sino que se ha limitado a declarar que, dada su finalidad, tal adjudicación debe respetar los principios recogidos en la legislación estatal de contratosde las Administraciones Públicas, que ha incorporado los principios que las

repetidas Directivas europeas exigen en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras o de servicio (...).

El Tribunal Supremo realiza una interpretación integradora, pone de relieve que la competencia para regular el procedimiento de selección del agente urbanizador es competencia de las Comunidades Autónomas (no define la naturaleza jurídica de la selección del agente urbanizador), matizando que se deben respetar los principios de la legislación de contratación pública (publicidad, concurrencia competitiva y solvencia).

La conclusión que se obtiene del relato que se acaba de hacer es que la selección del agente urbanizador podría incardinarse dentro de los denominados por la legislación estatal “contratos especiales”, regulados hoy en el art. 19.1.b) del TRLCSP de 2011. El precepto, al igual que en su momento hizo el art. 29.13 de la LRAU (1994), establece que se regirán: en primer término, por sus normas específicas y como supletoria la legislación estatal sobre contratos del sector público. Los límites del legislador autonómico serían los principios que hemos puesto de relieve y el objeto del propio proceso de selección, es decir, urbanizar un determinado suelo. La tesis que se acaba de exponer es la que recoge el art. 6.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo (en adelante TR 2008), estableciendo como derecho de los particulares la iniciativa,

sean o no propietarios, a la ejecución de la urbanización:

(...) La habilitación a particulares, para el desarrollo de esta actividad deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia(...)

SEGUNDO.- El motivo de impugnación que dio lugar a la sentencia mayoritaria ponía de relieve:

A. Falta de publicidad y concurrencia del programa.

B. Deficiencias en la tramitación que producen indefensión, el argumento es el siguiente:

(...) La falta de información pública del Plan Parcial es consecuencia también del sistema seguido en la tramitación de este PAI dado que la alternativa seleccionada se presenta el último día de plazo de prórroga sin que el público tenga conocimiento, y además luego se altera sustancialmente, la segunda publicación no subsana este aspecto puesto que impide la concurrencia y además da por supuesto que el Plan no va a variar en aspectos sustanciales.....tales como la falta de acreditación de los titulares catastrales a efectos del aviso previsto por la LRAU o establecer para la única, aunque defectuosa exposición pública del Plan Parcial (DOGV de 24 de Agosto de 2005) un plazo de veinte días, cuando al tratarse de un Plan Modificativo del Plan General el plazo debería

ser de un mes (art. 38 de la LRAU), ambas son causas de nulidad (...).

C. Incumplimiento flagrante de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de las directivas europeas. Falta de publicación en el DOCE y falta que la parte llama calificación.

El procedimiento de selección del agente urbanizador siguió las normas de la entonces vigente Ley 6/1994 (LRAU), procedimiento donde hubo publicidad y concurrencia competitiva:

a. Normativa valenciana aplicable. El art. 46.1 de la LRAU establecía: Información pública y simultánea competencia entre iniciativas

1. El Ayuntamiento puede someter a información pública propuestas de programa, elaboradas de oficio o presentadas por un particular, con la documentación expresada en el artículo anterior debidamente formalizada.

Durante la información públicase admitirán tanto alegaciones como alternativas técnicas a la expuesta al público y, tras su conclusión, quienes -siendo o no propietarios del terreno- interesen competir por ser seleccionados como adjudicatarios del correspondiente programa, podrán presentar proposiciones jurídico-económicas.

...3. **La información pública se anunciará mediante edicto....** advirtiendo de la posibilidad de formular alegaciones, proposiciones jurídico-económicas en competencia y alternativas técnicas....Se podrán presentar alternativas técnicas y alegaciones durante veinte días, contados desde la última publicación del edicto.

...5... Todas la actuaciones podrán ser objeto de consulta y alegación por los interesados durante los diez días siguientes al de apertura de plicas. Los competidores, durante este período, podrán asociarse uniando sus proposiciones.

b. Publicidad. En el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana, de 26.12.2002, así como en el periódico La Verdad (13.12.2002), se publica el edicto por el que se somete a información pública la alternativa técnica del programa de actuación integrada Sector “Las Lagunas de Rabassa”. La referida alternativa técnica estaba compuesta de memoria, documento de homologación, plan parcial, anteproyecto de urbanización y estudio de impacto ambiental. Asimismo se procedió a la remisión de avisos a los titulares catastrales afectados. El período de exposición pública se prorrogó por veinte días adicionales, en virtud de edicto de fecha 10 de Enero de 2003, por haberse personado en el expediente las mercantiles “Desarrollo Rabassa S.L., Mediterraneam MBI, S.L. Y D. José Antonio

Escaplez Durá, comprometiéndose a presentar una alternativa técnica sustancialmente distinta a la inicial y a prestar caución suficiente para ello, todo ello de conformidad con el art. 46.4 de la LRAU.

c. Pública concurrencia. Durante el período de prórroga, aportaron alternativas técnicas de programa las siguientes mercantiles:

- Gestión de Ambientes residenciales S.L.
- Viviendas Sociales del Mediterráneo S.L.

Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo anterior se presentaron nueve proposiciones jurídico económicas:

- Proyectos Inmobiliarios S.A. (dos plicas).
- Gestión y Promoción Espai Ver S.L.(dos plicas).
- Gestión de Ambientes residenciales S.L.
- Viviendas Sociales del Mediterráneo S.L.
- Agroboltes S.A. (tres plicas).

Finalmente, con fecha 26.04.2005, el Pleno del Ayuntamiento de Alicante acuerda, aprobar provisionalmente el PAI “Las Lagunas de Rabassa” y adjudicar la condición de Agente Urbanizador a Viviendas Sociales del Mediterráneo S.L; es decir, hasta tal punto hubo concurrencia competitiva que la empresa que

promueve el PAI (Gestión y Promoción Espai Ver S.L.) no fue la adjudicataria.

Según la propia sentencia hubo publicidad y libre concurrencia, se basa la sentencia:

“ (...) Ciertamente, en el supuesto de autos existe una primera aprobación provisional con adjudicación del contrato y una segunda información pública que se abre para todo, menos a efectos de contratación y concurso, pues la adjudicación materializada en la primera aprobación provisional subsiste incólume.....Así las cosas, se ha producido una alteración de los principios de igualdad en materia de concurso y contratación administrativa, determinante de nulidad, pues la alternativa que ha sido elegida no ha sido sometida a publicidad alguna a efectos contractuales(...).”

La sentencia mayoritaria, con independencia de examinar el tema dedicado a la legitimación, no pone de relieve ni la naturaleza del proceso de selección ni el incumplimiento de ningún precepto de la Ley 6/1994, reguladora de la actividad urbanística. Como puede observarse del relato de hechos, existe una primera publicación de la totalidad del programa, como quiera que en el último día de prórroga presentan dos empresas alternativa sustancialmente diferente, la Administración da por cerrada la presentación de proposiciones; como quiera que se eligió una alternativa técnica diferente a la inicial, el

instrumento de planeamiento y programa tuvo que volver a publicarse y permitirse alegaciones desde el punto de vista urbanístico no del proceso de selección del agente urbanizador que estaba cerrado que estaba cerrado. Afirma la sentencia mayoritaria que se ha vulnerado el principio de igualdad en materia de concurso y contratación administrativa, determinante de nulidad, pues la alternativa técnica no ha sido sometida a publicidad a efectos contractuales; la alternativa técnica ha tenido la publicidad que marcaba la legislación valenciana y no se entiende el alegato de falta de igualdad.

TERCERO.- La sentencia pone de relieve como título de legitimación de los recurrentes:

“ (...) Los actores, forman parte de una organización informal, no constituida como asociación, denominada “Plataforma de Iniciativas Ciudadanas de Alicante”.

Ninguno de ellos ha acreditado tener interés directo en el sector, esto es ninguno está legitimado por ser propietario y consiguientemente, todos y cada uno de ellos, ejercitan la acción pública(...).

A mi juicio en materia de selección del agente urbanizador no existe legitimación pública, máxime con la tesis de la parte actora y de la sentencia mayoritaria que

consideran que es aplicable íntegramente la normativa estatal de contratación. La sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Supremo 26.12.2007 (fd 9) ponía de relieve que la falta de impugnación de los pliegos, una vez publicados, impide la impugnación posterior una vez adjudicado el concurso, salvo el supuesto de nulidad absoluta siguiendo la vía de las acciones de nulidad:

"(...)Y como recuerda la STS de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000, con cita de otra anterior de 4 de noviembre de 1997, puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico (...). Y añade este Tribunal en su sentencia de 28 de junio de 2004, "(...)la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de

los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación(...)".

No se pueden desconocer los recientes avances en materia de legitimación en materia de contratación pública. El Tribunal Constitucional ha resaltado para el proceso contencioso-administrativo y ejecución de las sentencias (STC, 188/2012, 111/2009) el carácter abierto de la legitimación y la interpretación restrictiva que debe darse a las causas de inadmisibilidad. En concreto, en materia de contratación, la sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1ª, nº 119/2008, BOE 263/2008, de 31 de octubre de 2008, rec. 9129/2006, fd 4) de 13.10.2008 puso de relieve:

"(...) éste último defecto concurre en la decisión de inadmisión impugnada. Si, como antes hemos señalado, respecto de la legitimación activa ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, el interés legítimo se caracteriza como una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, siendo incluso suficiente ser titular potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión que se materializaría de prosperar ésta, resulta evidente en el presente caso que negar la legitimación de la recurrente por el mero hecho de

no tomar parte en el concurso que trató de recurrir, sin ponderar otras circunstancias, debe calificarse como lesiva a su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Procede recordar que la empresa demandante tiene un ámbito de actuación directamente relacionado con el objeto del concurso, como lo demuestra el hecho de haber sido la titular de la concesión para el servicio municipal del abastecimiento del agua hasta los momentos previos al concurso que pretendía recurrir, lo que implica, como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, que la impugnación intentada tuviera una especial repercusión en su esfera jurídica, al insertarse de lleno en su ámbito mercantil. Como explicó la propia empresa recurrente en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, su interés en la impugnación del pliego estaba justificado en conseguir la nulidad del mismo, y poder así participar en otro concurso con un pliego de condiciones que se ajustara a Derecho (...).

También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha abierto la legitimación en materia de impugnación en la contratación pública, así, a título ejemplificativo se pueden impugnar:

a. Los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación. Incluso la información para tomar parte en un concurso, así,

TPICE Sala 3ª, S 12-3-2008:

“(...) El TPI estima el recurso de anulación interpuesto contra la Decisión de la Comisión de adjudicación del contrato objeto de licitación para el desarrollo y suministro de servicios en apoyo del Servicio de Información Comunitario sobre Investigación y Desarrollo -CORDIS-. El Tribunal declara que la Decisión impugnada vulnera el principio de igualdad de trato de los licitadores al no poner a disposición de todos ellos, desde el inicio del procedimiento de licitación, la documentación relativa a la arquitectura técnica y al código fuente de CORDIS pudiendo ésto influir en la adjudicación del contrato y causar un efecto negativo sobre el precio ofrecido por la demandante, privándola de la posibilidad de conseguir el contrato objeto de adjudicación (...).”

b. La cuantía de un contrato, en tanto en cuanto, puede determinar su régimen jurídico y su inclusión o exclusión del procedimiento especial y afectar al propio contratista en las clasificaciones. TJCE Sala 2ª, S 21-2-2008, nº C-412/2004

c. La decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJCE de 18 de junio de 2002).

d. El acto por el que la entidad adjudicadora descarta la

oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJCE de 19 de junio de 2003), por condiciones personales o por no llegar a los umbrales.

e. La decisión que establece si un determinado contrato está o no comprendido dentro del ámbito de aplicación personal y material de la Directiva 92/50 (La STJCE de 11 de enero de 2005).

f. Las modificaciones de los pliegos a la hora de puntuar mediante matizaciones a los mismos que pueden llegar a su desnaturalización. TJCE Sala 1ª, S 24-1-2008, nº C-532/2006

“(...) El TJCE resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación de los art. 23,1; 32 y 36 de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios en relación con la adjudicación de un contrato para realizar un estudio sobre el registro catastral, la urbanización y el acto de aplicación de una pedanía. La Sala declara que el art. 36,2 de la Directiva, interpretado a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación

establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación(...)”.

Ahora bien, el propio Tribunal Supremo ha descartado la defensa de la legalidad como título de legitimación para impugnar un proceso de selección del contratista, la sentencia 6.11.2012(Sección Cuarta-rec. 3002/2010), pone de relieve:

(...)los motivos que invocan para solicitar la nulidad de las Resoluciones recurridas determinan una actuación en mera defensa de la legalidad, (siendo conocida la jurisprudencia que exige con carácter general para reconocer la condición de interesado a efectos de impugnación de la resolución por la que se adjudica un contrato administrativo, que el recurrente haya participado en el concurso o sistema de adjudicación de que se trate (S. 30-6-97y 4-6-2001), no pudiendo según reiterada doctrina del Tribunal Supremo -entre otras en STS de 31 de marzo de 1999 - confundirse el interés legítimo con el mero interés por legalidad que, sólo determina la legitimación en aquellos campos de la actuación administrativa en que por Ley está reconocida la acción pública, circunstancia que aquí no concurre (...).

En consecuencia, debería haberse inadmitido este motivo de impugnación. Para acreditar su legitimación, la

parte debería haber acreditado su título de intervención en el proceso de selección del Agente Urbanizador y que el motivo de impugnación guarda relación con su intervención en dicho proceso por afectar a sus derechos o intereses. (STS 12.04.2012-Sección Séptima, rec. 3812/2009).

CUARTO. No pone de relieve los preceptos que entiende infringidos en el proceso de selección del Agente Urbanizador. El Ayuntamiento de Alicante resalta en su demanda que esa forma de actuar causa indefensión; la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Quinta) de 8.04.2008, analizando la normativa urbanística valenciana, afirmó que no bastaba con alegaciones genéricas para entender vulnerada la normativa estatal de contratación o la normativa europea, sino que se ha de determinar en qué modo, forma o manera el procedimiento seguido ha infringido un concreto precepto estatal. En nuestra sentencia (Sección Primera) 407/2008 de 17.03.2008, pusimos de relieve que el art. 29 de la Ley 6/1994, de 15 de Diciembre, Reguladora de la Actividad Urbanística, se remite a la normativa de contratación en varios de sus apartados, es decir, lleva a cabo un proceso de selección del Agente urbanizador tomando como parámetro la existencia de las normas de contratación estatales, de tal forma que, no basta con el alegato genérico de incumplimiento de las normas de contratación en la selección del Agente Urbanizador para que automáticamente el recurso sea estimado, criterio reiterado

en la sentencia de esta Sala 465/2010 de 1 de Abril de 2010. Por esta vía debería haberse desestimado el recurso.

QUINTO.El agente urbanizador no está clasificado. A este respecto me remito a lo expuesto en el primer fundamento sobre la aplicación de la normativa de contratación estatal; no obstante, esta cuestión la resolvió la sentencia de la Sala Tercera (sección Quinta) del Tribunal Supremo 5422/2007 de 6 de Junio de 2007 donde puso de relieve que el artículo 23.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 , reproducido en el artículo 15 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, el T.S, “...*al recabar para el procedimiento de adjudicación del Programa un estricto respeto de los principios de no discriminación y libre concurrencia, abre las posibilidades de obtener tal adjudicación a terceros, incluidos los propietarios, dispuestos a promover la transformación del suelo...*”. La doctrina que se acaba de exponer sobre la clasificación se recoge en el art. 6.a) in fine del TR 2008 donde permite excepcionar, incluso del procedimiento de concurso y por supuesto clasificación a los propietarios del suelo:

“(...) sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo (...)

SEXTO.- La sentencia mayoritaria “ignora” la existencia

de una normativa autonómica que establece un procedimiento de selección del agente urbanizador, declara la nulidad por este motivo sin hacer ninguna referencia a la legislación autonómica. El punto de partida del jurista debe ser la consideración de que las leyes autonómicas valencianas (o cualquier otra) se ajustan a la Constitución; tanto la Ley 6/1994 como la Ley 16/2005, regulan un procedimiento de selección del agente urbanizador donde existe publicidad y concurrencia competitiva como hemos tenido ocasión de ver; por tanto, mientras no sean declaradas inconstitucionales, el juzgador deberá aplicarlas o plantear cuestión de inconstitucionalidad, así lo pone de relieve la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 2ª, de 7-3-2013, (rec. 838/2006):

“(…) En efecto, el Tribunal Constitucional viene reiterando desde sus primeros pronunciamientos que «debe partirse en principio de la presunción de constitucionalidad de las normas objeto de recurso (por todos, ATC 105/2010, de 29 de julio, FJ 2)» (ATC 44/2011, de 12 de abril, FJ 2; en el mismo sentido, entre los últimos, todos ellos, como el anterior, al decidir sobre la suspensión de la vigencia de una norma con rango de Ley, AATC 43/2011, de 12 de abril, FJ 2; 42/2011, de 12 de abril, FJ 2; 24/2011, de 3 de marzo, FJ 2; 105/2010, de 19 de julio, FJ 2; 104/2010, de 28 de julio, FJ 2; 100/2010, de 22 de julio, FJ 5; 75/2010, de 30 de junio, FJ 2; 56/2010, de 19 de mayo, FJ 3; 278/2009, de 10 de diciembre, FJ 2), razón por

la cual, en los procesos abstractos como los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad ha venido señalando la necesidad de «apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación (por todas, STC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3)» (STC 101/2008, de 24 de julio, FJ 9). Y de ese «principio de conservación de la norma atendiendo a la presunción de constitucionalidad de la que goza por resultar emanada de un legislador democrático» (STC 101/2008, cit., FJ 9)(...).

La consecuencia de lo expuesto, reiterando anterior argumento, es que para declarar la nulidad la sentencia mayoritaria debería fijar con claridad y precisión el precepto infringido y la forma, medio y medida en que dicho precepto se ha incumplido.

En su lugar, sin citarlo, aplica el principio de prevalencia y acuerda la nulidad. La sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2ª, de 29.10.2012, nº 187/2012, BOE 286/2012, de 28 de noviembre de 2012, (rec. 2028/2010), con cita de las sentencias (SSTC 163/1995, 173/2002, 58/2004, 163/2005, 66/2011) pone de relieve:

“ (...) En consecuencia, conforme con la doctrina constitucional expuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales

debemos concluir que la Sentencia impugnada, “por más que pueda resultar aparente o formalmente motivada” (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 7) no es una resolución fundada en Derecho, porque el órgano judicial incurrió en exceso de jurisdicción ex art. 163 CEy concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo. El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad y lo fundamentó en la aplicación de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal ex art. 149.3 CE, con un entendimiento de la misma que no resulta conforme con la doctrina constitucional, tal y como ha quedado expuesta.....En el caso de autos “habiendo preterido el órgano judicial el sistema de fuentes existente relativo al control de normas, tanto por negarse a aplicar el art. 163 CE como por desconocer la eficacia de una norma legal plenamente vigente, ha violado una de las garantías que integran el contenido del proceso debido. Y además ha colocado, por ello, a la recurrente en amparo en situación de efectiva indefensión pues ni tuvo oportunidad u ocasión de prever, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, tal preterición del sistema de fuentes, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones del art. 35 LOTC (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10 (...)).

A tenor de lo expuesto sobre este “motivo” por la parte y estimado por la sentencia sería:

1. Plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, si se duda de la constitucionalidad de las Leyes Autonómicas Valencianas, no es mi caso dada la naturaleza que he puesto de relieve.

2. Inadmitir el recurso por falta de legitimación.

3. Desestimar el recurso por este motivo.

CUARTO.- Procede abordar la segunda cuestión planteada, es decir, la falta de informe favorable sobre recursos hídricos. La cuestión se centra en dos informes:

a) En primer lugar, el informe de la Confederación cifra el consumo de agua para la ciudad de Alicante en 25'5 Hm³/año y el previsto para el Plan Rabassa 1'9 Hm³ dando lugar a 27'4 HM³/año. A tenor del informe de Aguas Municipalizadas de Alicante (6.10.2006 y 16.02.2007), en el año 2008 AMAEM disponía como recursos hídricos por concesión de la Confederación Hidrográfica de 41'6 Hm³/año para Alicante Capital y 52'24 para el total incluida su área de influencia (la Mancomunidad de Aguas del Taibilla). Los cálculos que hace el informe de futuro consumo son de 1'9 hm³/año en lugar de 5'5 hm³/año que tiene como previsión la Confederación. La diferencia estriba en que la Confederación toma como parámetro 13.503 viviendas a razón de 4 habitantes por vivienda y 250 l/día

habitante; en tanto que, el informe toma como parámetro 13.503 viviendas a razón de 356 litros por vivienda. El informe sobre consumos lo tomaba de las previsiones que había hecho la propia Confederación para otras poblaciones de la Comunidad Valenciana, la Sala ha visto rechazar a municipios como Catarroja (Valencia) su Planeamiento, entre otras cosas, porque sobrepasaba los 150 litros por habitante y día.

b. Los datos que aportó el informe que acabamos de relatar, no sólo no fueron desvirtuados por la Confederación Hidrográfica, sino de alguna forma avalados por la Delegación del Gobierno en la Mancomunidad del Taibilla, órgano que gestiona entre otras el servicio en Alicante, cuyo informe puso de relieve:

“ (...)A partir del año 2008 los recursos hidráulicos legalmente disponibles superan a las necesidades previsibles, situación que se verá incrementada a la terminación de las desalinizadoras de Torre Vieja y Águilas. Tales circunstancias son puestas de manifiesto a los Organismo de la Cuenca, posibilitando la emisión de los pronunciamientos expresos de existencia de recursos (Art. 25.4 de la Ley de Aguas) para atender las nuevas demandas derivadas de actos o planes correspondientes a nuestros municipios y Entidades (...).”

c. El plan parcial que estamos examinando ha sido

incorporado al revisión del Plan General que se está tramitando en estos momentos, La Confederación Hidrográfica emite informe el 27.01.2011, respecto de la revisión del Plan General aprobado por el Ayuntamiento de forma provisional el 3.09.2010 donde se analiza desde el año 2010 al 2030, nos dice el informe:

“ (...) a lo largo de este año los recursos mínimos legalmente disponibles por el Organismo superan en el corto plazo a las necesidades previsibles...La demanda total prevista para el Plan General que nos ocupa, a plena ocupación, es de 42'27 hm³ a partir del año 2030(...).

El informe que recoge todo el término municipal de Alicante, por tanto, el suelo y plan que estamos examinando, en el punto “3.1 DEMANDA” prevé unas necesidades de 42.271.361 m³/año y unos recursos hídricos disponibles para 2015 de 46.128.453 m³/año, concluye:

“ (...) Por todo lo expuesto y a los efectos previstos en el art. 25 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y en el art. 19.2 de la Ley de la Generalidad Valenciana de Ordenación y Protección del Paisaje, este Servicio propone INFORMAR FAVORABLEMENTE, el PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANA en el término municipal de Alicante, sin perjuicio de las determinaciones que, como consecuencia de estudios más detallados o nueva documentación, se puedan establecer en las autorizaciones

o informes que preceptivamente se deben obtener de este Organismo sobre los proyectos de ejecución o los planes de desarrollo de los sectores ubicados en la zona de policía de cauce público...el presente escrito no presupone autorización administrativa para realizar obras(...)

Con estas premisas fácticas, el recurso debió inadmitirse por carencia de objeto sobrevenida y, en todo caso, desestimarlos.

QUINTO.- En este punto, procede analizar la naturaleza vinculante del informe de la Administración del Estado, según relata la sentencia mayoritaria y sobre la necesidad de concesión administrativa.

A. Naturaleza del informe como preceptivo y vinculante.

1.-Respecto a la naturaleza no vinculante del informe, el art. 15.3. (a) del Real Decreto Legislativo 2/2008 afirma: “En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: a) El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico...”, el

precepto continua "...Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada...". AQUI PODRÍAMOS TERMINAR EL VOTO PARTICULAR SOBRE ESTE PUNTO, DE LOS INFORMES PRECEPTIVOS Y VINCULANTES NO SE PUEDE DISSENTIR SINO IMPUGNARLOS.

En definitiva se trata de informes no vinculantes sino determinantes de los que se puede separar la Comunidad Autónoma de forma motivada, todo ello teniendo en cuenta que más del 90% de los procesos que revisa esta Sala se refieren a "aguas subterráneas" cuya competencia "exclusiva" según el art. 49.1.16 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (en la versión modificada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril) corresponde a la Comunidad Valenciana.

El juego de la normativa estatal y autonómica en materia de agua ha creado un sistema complejo y un tanto absurdo:

a) El informe debería solicitarse por parte del Ayuntamiento en la fase previa al afectar a la viabilidad del plan o proyecto (criterio que ya recoge art. 15.3. (a) del Real Decreto Legislativo 2/2008). El momento lógico sería la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación o programas, es decir, cuando se traté de gestión directa en la fase de estudio del art. 128.1 de la Ley 16/2005, de 30 de

diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana; y, de tratarse de gestión indirecta, en el estudio de viabilidad del art. 130 de la LUV. De tal forma que, el consumo máximo de agua permitido estuviese incluido de las bases del concurso. De esta forma, el informe final de la Administración Estatal en la Comisión Territorial sería de supervisión (máxime cuando la Administración Autonómica lo tiene que analizar y aprobar en la Evaluación de Impacto Ambiental o Evaluación Ambiental Estratégica); se evitaría un gran despliegue burocrático, económico y que general numerosas expectativas para estimarlo inviable a la hora de aprobación de la Comisión Territorial.

b) El informe favorable, debería generar unos derechos similares a la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, es decir, una reserva futura cara a la concesión por un tiempo. De nada vale un informe favorable si a la hora de materializarlo a través de la concesión administrativa cuya solicitud puede demorarse años (por la tardanza en la elaboración de planes y programas), en el ínterin, puede haberse adelantado otra persona en la solicitud de la concesión y verse frustrada una actuación urbanística. La solución será la creación de un registro donde los informes favorables supongan una reserva de derechos al menos durante un tiempo.

c) El art. 25 del TRLA al establecer el informe negativo vía silencio administrativo a mi juicio está vulnerando la

Constitución Española, es decir, esta limitando o condicionando una competencia de una Administración (en este caso Administración Autonómica y Local) en base al incumplimiento de la obligación de emitir informe por parte de la Confederación Hidrográfica; máxime, cuando el silencio administrativo negativo no es más que una simple ficción legal como se desprende de las SSTC 220/2003, 188/2003, 14/2006 y 243/2006, entre otras. **El absurdo del sistema lo podemos ver a la inversa, es decir, si todas las Comunidades Autónomas, en sus relaciones con el Estado establecieran un precepto similar al examinado, dando a la falta de contestación el carácter negativo, el Estado sería ingobernable. Estamos en presencia de una competencia estatal instrumental y no material.**

B.- Exigencia de concesión. En cuanto al punto segundo, es decir, la exigencia de concesión administrativa para que exista “informe favorable” por parte de la Confederación Hidrográfica, base de la denegación en multitud de procesos que se han visto en esta Sala. Muestro mi disconformidad al no ajustarse a la naturaleza del “informe” ni al propio criterio de la legislación. Básicamente, se pueden dar dos situaciones:

1. La actuación urbanística está prevista en el instrumento de planeamiento que ha sido informado por la Confederación Hidrográfica.

Este era el supuesto que contemplaba el art. 25 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, hasta la reforma por Ley 11/2005: “...*No será necesario el informe previsto en el párrafo anterior en el supuesto de actos dictados en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe previo por la Confederación Hidrográfica...*”. Con base a la dicción de este precepto se redactó el art. 19.2 de la Ley Valenciana 4/2004 de Ordenación del Territorio: “...*No será necesaria la emisión del informe previsto en el párrafo anterior cuando la implantación de los referidos usos se verifique en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe...*”. Se podrá afirmar que la desaparición del párrafo citado del Real Decreto Legislativo 1/2001 supone que el informe se debe pedir en todos los casos; sin embargo, deberíamos distinguir la petición de informe para la mera constancia en la Confederación Hidrográfica de que se va a realizar una determinada actuación urbanística y se mantienen las características iniciales del informe que se diera en su momento al instrumento de planeamiento, del informe donde se demandan nuevos recursos hídricos. Éste último es el que afecta a la viabilidad del instrumento de ordenación y al que se refiere realmente tanto el art. 19 de la Ley 4/2004 autonómica y 25 del TR de 2001. La interpretación que se acaba de hacer del citado precepto viene corroborada por la propia legislación estatal; así, el

art. 15.3. (a) del Real Decreto Legislativo 2/2008 afirma: “En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y **no hubieran sido ya emitidos** incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: a) El de la Administración hidrológica **sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico...**”, el precepto continua “...Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada...”. Es decir, si la actuación urbanística no supone la satisfacción de nuevas demandas de recursos hídricos, podríamos interpretar que más que un informe es una comunicación y, desde luego, salvo que la Confederación Hidrográfica pusiera obstáculos legales de relieve no tendría el carácter determinante a que hace referencia el art. 15.3 del TR de 2008 citado. Lo contrario supondría convertir una competencia hídrica de la Administración del Estado en una competencia de tutela sobre el urbanismo y ordenación del territorio que corresponde a las Comunidades Autónomas.

2. La actuación urbanística no está prevista en el instrumento de planeamiento que ha sido informado por la Confederación Hidrográfica.

En este supuesto cobran plena vigencia las normas que hemos citado en el punto anterior, que no se discuten en el presente voto particular, sino que se pretende matizar los informes negativos que está haciendo el Ministerio de Medio Ambiente en base a que el solicitante “no tiene concesión administrativa” como en el caso examinado.

Exigir concesión administrativa para emitir un informe favorable en una actuación urbanística nueva es una pura contradicción. Efectivamente, si el nuevo instrumento de planeamiento a desarrollar ya tiene concesión administrativa por formar parte de un instrumento de ordenación superior que ya fue informado favorablemente y en su momento obtuvo la concesión, estamos en el supuesto del punto anterior. Por tanto, no sería de aplicación el art. 15.3 del TR. De 2008, a lo sumo, una comunicación meramente informativa.

De no existir concesión y no haber obtenido informe favorable previo, la Administración Estatal **no puede exigir concesión administrativa porque no es posible legalmente que la obtenga**. Un nuevo instrumento de ordenación que se está tramitando no es más que una expectativa de futuro, su aprobación definitiva y publicación la hace nacer al ordenamiento jurídico; por tanto, la Confederación Hidrográfica no puede otorgar una concesión administrativa de un recurso tan escaso como el agua a una mera expectativa. Esa es la razón de la exigencia legislativa de “informe” y no de “concesión”, con la deficiencia legislativa

apuntada de no suponer una reserva por un tiempo determinado como se ha apuntado en el punto primero de este voto. Será la aprobación definitiva y publicación del instrumento de ordenación la que haga nacer una necesidad real del recurso hídrico y necesitará la correspondiente concesión administrativa para su otorgamiento y explotación. La interpretación de la sentencia mayoritaria, **vista a la inversa significa que, aunque cuente con informe favorable, de no haber concesión, se debería denegar la aprobación. Cabe preguntarse, si existe concesión y el uso se ajusta a la misma ¿para que es necesario el informe?**

Tanto la Administración Estatal como Autonómica se refieren constantemente al criterio base que se marcó por esta Sala y Sección Primera en el auto de 15.01.2007(del que fui ponente), sin embargo, en dicho auto nunca se hizo referencia a la necesidad de concesión para hacer un informe favorable. En dicha resolución se pedía un informe o propuesta por parte de la Administración que solicitase el informe a la Confederación Hidrográfica que contuviese:

a.- Titularidad de los Pozos.

b.- Disponibilidad presente o futura del agua de los mismos.

c.- Aforo, para saber la cantidad de agua y la previsión del art. 52.2 del T.R. de la ley de aguas y 84 del Reglamento

según se sobrepasen o no los 7000 metros cúbicos de volumen anual.

d.- Calidad de las aguas teniendo en cuenta que en este caso son para consumo humano. La calidad del suministro humano en el fondo determinará la cantidad de agua disponible para este uso esencial, el art. 40.1.a) del Decreto 67/2006 se remite al Real Decreto 140/2003 de 7 de febrero, desarrollado en la Orden SCO/1 591/2005, de 30 de mayo, sobre el Sistema de Información Nacional de Agua de Consumo y el Plan de Autocontrol aprobado por las Autoridades Sanitarias. La normativa sobre la calidad de las aguas en la Comunidad Valenciana ha sido desarrollada por Decreto 58/2006, de 5 de mayo, del Consell, por el que se desarrolla, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano.

e.- Necesidad o no de tratamiento.

f.- Necesidad o no de hacer obras de infraestructura.

Lo que se pretendió estableciendo estos requisitos, es que dicho informe fuese la base de una futura concesión o desistimiento de la actuación, como se ha puesto de relieve en el presente voto particular. La “disponibilidad” en modo alguno hacía referencia a la exigencia de “concesión

administrativa” sino dar sentido al art. 25 del TR 2001 o 15 del TR 2008 cuando habla de “existencia”. El precepto no se puede referir a “mera existencia física” sino a existencia jurídica; es decir, los obstáculos que, según la legislación o el Plan Hidrológico de Cuenca, tiene la “disponibilidad” de ese agua; obstáculos, que pueden ser del más variado tipo así: que el agua no esté previamente concedida (existiría físicamente pero no jurídicamente), sobre explotación de acuíferos (art. 56 del T. Refundido de la Ley de Aguas, procedimiento del art. 171 del Reglamento), revisión de concesiones (art. 65.1 del TR 2001), caudales ecológicos (art. 59.7 del TR 2001), previsiones del Plan General o Planes de la Cuenca etc.

En consecuencia con lo expuesto, el fundamento de “falta de concesión administrativa” no es ajustado a derecho.

SEXTO. Tanto la propia legislación (silencio por omisión) como la interpretación que se ha hecho del informe que debe emitir el Estado sobre la existencia de recursos hídricos, a mi juicio, vulnera el art. 148.1.3 de la Constitución en relación con el art. art. 49.1.9 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana que establecen la competencia exclusiva de la Comunidad Valenciana:

(...)Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (...).

La vulneración de estos preceptos se produce por tres vías:

1. El art. 25 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en la redacción dada por Ley 11/2005, concretamente en el inciso donde dice:

“...El informe se entenderá desfavorable si no se emite en el plazo establecido al efecto...”.

En la medida en que se considere que dicho informe es además vinculante, este precepto resultará inconstitucional; y se debería haber formulado respecto al mismo cuestión de inconstitucionalidad.

Ello deriva de lo siguiente: reiteradamente, el TC, en sentencias como la 243/06 y la 40/07, entre otras muchas, afirma que el silencio administrativo implica un incumplimiento del deber de resolver y notificar; de tal modo que la Administración no puede beneficiarse de dicha situación de inactividad.

De esta manera, la Administración estatal no puede incidir negativamente sobre las competencias autonómicas, obstaculizando e impidiendo su ejercicio, mediante su simple inactividad. Si entendemos que el informe negativo impide la aprobación del plan, afirmar además que su falta de emisión en plazo comporta que el mismo es negativo

comportará la inconstitucionalidad de la norma, por vulneración del principio de autonomía. El ejercicio de las competencias autonómicas no puede verse impedido por la simple inactividad de un órgano estatal. Pensemos, en sentido inverso, que en un caso en que por imperativo del Derecho Comunitario no existe silencio positivo –el de la declaración de impacto ambiental; STJUE Comisión contra Bélgica- es el Estado el competente para evaluar ambientalmente sus propios proyectos; no tendría sentido que la inactividad autonómica a la hora de emitir la DIA obstaculizara el ejercicio de las competencias estatales, pero esto mismo hay que aplicarlo también, con carácter general, a la inversa.

Y la prueba la tenemos en que ya incluso con la LPA de 17.7.58, bajo la cual el silencio era con carácter general negativo, sin embargo, art. 95, dicho silencio era positivo cuando se trataba de relaciones interadministrativas; y ello incluso en una época en que el principio de autonomía era algo desconocido. De la misma manera, siguiendo una tradición inveterada en nuestro Derecho desde la ley de 12.5.56, el art. 11 TRLS 2008 indica que, en los procedimientos bifásicos de aprobación del planeamiento, el silencio en la aprobación definitiva es positivo; una vez el Ayuntamiento se ha pronunciado positivamente sobre la aprobación provisional. Si esto se proyecta sobre los ayuntamientos, con mayor razón deberá proyectarse sobre las CCAA, que poseen autonomía política.

Defender la constitucionalidad del precepto exige

considerar que el informe resulta preceptivo, pero no vinculante.

2. La interpretación que se hace sobre la naturaleza del informe al considerarlo “preceptivo y vinculante”, no se desprende ni del art. 25 del Real Decreto Legislativo 1/2001 en su redacción dada por Ley 11/2005 ni mucho menos con el art. 15.3 del TR 2/2008: “...*Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada...*”. De los informes preceptivos y vinculantes no se puede disentir sino impugnarlos (Ley 16/2002 estatal o Ley 2/2006 autonómica) autónomamente.

A este respecto, por lo pronto el art. 83 de la ley 30/1992 indica que, salvo que se indique lo contrario, los informes son facultativos y no vinculantes. En particular, en relación con esto último, hay que recordar que el carácter vinculante o cuasivinculante del informe comporta a la postre una suerte de coparticipación en el ejercicio de la potestad de decisión; y en tal medida, muy claramente cuando nos encontremos ante Administraciones públicas diferenciadas, ese carácter vinculante o cuasivinculante deberá venir establecido en una norma con rango de ley.

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha admitido la viabilidad de los informes vinculantes del Estado en los procedimientos tramitados por las CCAA; en la medida en que a través de dichos informes el Estado no se exceda del

ejercicio de su propia competencia. A este respecto fue muy significativa la STC 149/91, sobre el informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Medio Ambiente en relación con los planes urbanísticos que afecten al litoral; pero asimismo se puede hacer referencia a otras, como la STC 40/98, sobre puertos, STC 65/98, sobre carreteras; y STC 204/2002, sobre aeropuertos. La STC 46/2007 declara por su parte la inconstitucionalidad de una ley balear que, ilegítimamente y excediéndose de sus competencias, había exigido informe vinculante de la Comunidad autónoma sobre procedimientos en que el Estado estaba ejerciendo competencias exclusivas.

Esta sentencia afirmó asimismo que, en la medida en que las competencias exclusivas estatales se proyectan sobre el territorio, las mismas pueden incidir sobre las competencias autonómicas en esta materia, condicionando su ejercicio; y en tal sentido es adecuada la técnica del informe vinculante estatal.

Pero, por supuesto, el Estado no puede pretender que su informe sea vinculante más allá de lo que es su propia competencia; la STC 149/91 viene a decir que el informe vinculante no puede proyectarse más allá de las competencias ejecutivas del Estado, de manera que el mismo no se sostiene cuando el Estado ostenta una mera potestad normativa pero no una competencia ejecutiva.

Por otra parte, salvo esta sentencia, el resto se refieren a infraestructuras estatales; es decir, competencias sustantivas del Estado que se proyectan sobre el territorio.

Es significativo que la STC 149/91, relativa al dominio público marítimo terrestre, haya sido precisamente la que ha acotado el alcance del informe vinculante estatal. Justamente esta sentencia afirmó que el dominio público no es título atributivo de competencias; aunque lo cierto es que, efectuándose un análisis global de la sentencia, se llega a la conclusión de que la titularidad demanial sí comporta una competencia genérica de protección del dominio público y de su integridad, incluyendo la perspectiva ambiental.

En el caso del agua, con independencia de la declaración de demanialidad estatal de las aguas continentales, cuya validez proclamó la STC 227/88, lo cierto es que el art. 149-1-22 CE confiere competencias al Estado cuando las aguas excedan del territorio autonómico; es decir, en el caso de las cuencas intercomunitarias. En concreto, se le reserva en esta materia la ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos. Además, el Estatuto valenciano, dejando aparte el polémico precepto relativo al derecho al agua –y que quedó sin contenido real y efectivo con la STC 247/07- no prevé ningún tipo de competencia autonómica sobre las cuencas intercomunitarias.

En este sentido, en principio puede tener sentido un informe vinculante estatal en relación con las actuaciones autonómicas que incidan sobre esta competencia estatal relativa a las cuencas intercomunitarias. Sin embargo, es indudable que, para que ello sea así, será preciso que el

informe vinculante se prevea en una norma con rango de ley.

Esta norma con rango de ley no es desde luego el art. 25 TRLA, que únicamente exige un informe preceptivo, pero en modo alguno dice que el mismo sea vinculante. De hecho, en los numerosos recursos de inconstitucionalidad ya resueltos por el TC en relación con la ley 11/2005, en ninguno se plantea el problema del informe vinculante; precisamente porque esta ley no lo establece así.

Cuando el Tribunal Supremo alude a que el informe es vinculante, se basa para ello en la adicional segunda, apartado cuarto, de la ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obra pública, que efectivamente establece el carácter vinculante del informe estatal en relación con los procedimientos de aprobación del planeamiento urbanístico o territorial. Se indica además que este informe se entiende desfavorable cuando, no habiendo sido emitido dentro de plazo, afecte al dominio público o servicios públicos de competencia estatal. Pues bien, con independencia de que esta previsión –informe negativo en caso de falta de emisión en plazo, y además vinculante en lo atinente al ejercicio de la competencia estatal- sea de dudosa constitucionalidad, lo cierto es que este apartado cuarto no puede desvincularse del resto de apartados de la disposición; y todos los anteriores, sin excepción, se refieren al ejercicio de la competencia estatal sobre obras públicas del Estado.

Esto claramente se corrobora si tenemos en cuenta la

Exposición de motivos, que indica: “a continuación de la disposición sobre la planificación de las obras públicas, las disposiciones adicionales segunda y tercera contienen las correspondientes precisiones para asegurar en todo momento la cooperación mutua de los poderes públicos *en la materia*, sin perjuicio de aplicar los principios y modalidades regulados ya en nuestro ordenamiento (título I de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), *traducen de manera expresa en la norma la doctrina de las sentencias del Tribunal Constitucional, dictadas con ocasión del análisis del alcance de la competencia estatal sobre obras públicas concretas de interés general y su articulación con el ejercicio de las demás competencias concurrentes.*”

En suma, el informe no puede ser vinculante porque ninguna norma legal lo indica así. Precisamente el art. 15 del TRLS de 2008 dice todo lo contrario.

3. La interpretación del art. 25 del TR 2001 exigiendo concesión administrativa es inconstitucional por imposible.

Efectivamente, el TRLA está hablando de informe; no está hablando de concesión. Informe y concesión son conceptualmente cosas distintas; la concesión supone el otorgamiento de un derecho exclusivo de aprovechamiento del dominio público hidráulico.

La concesión, en cuanto derecho real administrativo,

exige un objeto. Pero además, la concesión de recursos hídricos debe vincularse a una determinada finalidad. El TRLA 2001 así lo indica en el art. 60, que establece una priorización de finalidades para las que se pueden otorgar estas concesiones; siendo la primera el abastecimiento de agua a las poblaciones. El art. 61 exige que el agua concedida quede vinculada a esa finalidad concreta para la que se concedió; sin que quepa utilizarla para fines distintos, sin perjuicio de una posible reordenación y sustitución de los usos por la Administración hidráulica.

Desde esta perspectiva, no tiene sentido exigir la preexistencia de una concesión con carácter previo a la aprobación del plan urbanístico que atribuye nuevos usos al suelo; y muy en particular, aquellos planes que crean suelo urbanizable. Resulta imposible que, antes de la aprobación del plan, se haya podido otorgar la correspondiente concesión de aguas. Es posible que exista alguna concesión de aguas para abastecimiento a poblaciones en alguna zona cercana; pero esa concesión abarca lo que abarca, y se concede por unas cuantías máximas anuales en función de las concretas necesidades.

Es imposible, en suma, que pueda otorgarse una concesión de aguas en el vacío, en previsión de que en un futuro absolutamente incierto y quizá lejano se pueda aprobar un planeamiento que atribuya nuevos usos urbanísticos al suelo, creando suelo urbanizable o ampliando significativamente el aprovechamiento existente y la población potencial a abastecer.

Resulta de una absoluta ilogicidad exigir, como requisito previo para aprobar un plan urbanístico, la existencia de concesión: ni lo exige el TRLA ni tendría sentido que lo exigiera, ya que la aprobación del plan es un prius lógico del otorgamiento de una concesión para abastecimiento de agua a las poblaciones.

La consecuencia que se obtiene del análisis sobre la naturaleza preceptiva y vinculante del informe es que la Comunidad Autónoma no podrá aprobar ningún instrumento de planeamiento sin informe favorable de la Confederación Hidrográfica (entiéndase concesión). Las implicaciones son claras, ante el informe desfavorable o falta de informe (al ser negativo) o falta de concesión, la Comunidad Autónoma no puede aprobar el instrumento de planeamiento, de aceptar la tesis de la sentencia mayoritaria (ciertamente respaldada por más de 40 sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo) puede impugnar el informe por su contenido, si no acepta la naturaleza del informe como preceptivo y vinculante debe plantear al Estado conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional.

Todo el problema a lo largo de estos años referido a los informes de la Confederación Hidrográfica sobre los instrumentos de planeamiento se puso en su momento de relieve en el auto de 15.01.2007. Las Confederaciones Hidrográficas en general, y la Confederación Hidrográfica del Júcar en particular, seguramente por falta de medios dado su buen hacer y eficiencia demostrada a lo largo de

toda su historia, han incumplido los deberes que le imponía la legislación europea y española. Como se puso de relieve en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 15-1-2007 (rec. 1003/2006), los informes que ha emitido a lo largo de los años, no responden mínimamente a los planteamientos de la legislación, se trata de meros formularios donde se afirma que no existe disponibilidad, pero en modo alguno se hacen de forma positiva afirmando que el Plan Hidrológico impide emitir informe favorable por los estudios realizados sobre una determinada zona:

“ (...) Por parte del Organismo de la Cuenca, a la hora de emitir informe deberá hacerlo tomando como parámetros:

A) Planificación Hidrológica.

Por imperativo del art. 25.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas; singularmente en la Comunidad Valenciana, el Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar aprobado por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio y Orden de 13 de agosto de 1999 por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de Cuenca del Júcar, aprobado por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio y el Plan Hidrológico de Cuenca del Segura, aprobado por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio EDL1998/44922 y Orden de 13 de agosto de 1999 por la que se dispone la

publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de Cuenca del Segura, aprobado por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio EDL 1998/44922 . Con las singularidades de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional .

B.-Estudios sobre aguas en la Comunidad Valenciana.

Según La Directiva 2000/60 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, los nuevos Planes Hidrológicos de Cuenca no tienen obligación de presentarlos los estados miembros hasta diciembre de 2009, pero la directiva está vigente en muchos aspectos que deben estar en poder del Organismo de la Cuenca y a disposición de las Comunidades Autónomas, Municipios y particulares:

a.-Según el art. 5 de la Directiva, antes del día 22.12.2004 los Estados habrán de realizar un exhaustivo estudio de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y subterráneas conforme a las especificaciones técnicas establecidas en el Anexo II y una evaluación de impacto sobre las mismas, de este resumen inicial sólo quedarían excluidas las masas de agua costeras y de transición. Con el grado de detalle que exige la Directiva, sobre todo cuando entramos en el anexo V.

b.-Los Estados miembros deberán tener confeccionados antes del 22.12.2004 un Registro de las Zonas Protegidas en cumplimiento de las normas comunitarias sobre aguas superficiales y subterráneas incluidos los mapas con la ubicación de las mismas.

c.- Seguimiento del estado de las aguas superficiales, del estado de las aguas subterráneas y de las zonas protegidas antes del 22.12.2006.

Plazos que también recoge la Disposición Adicional Undécima del T.R. de la Ley de Aguas en los núm. 2, 3, 4, 5, 6 y 7. En definitiva, se trata de plazos que han finalizado donde el Organismo de la Cuenca cuenta o debe contar con gran información sobre todas las aguas de la Comunidad Valenciana, superficiales, subterráneas etc, calidad, usos etc. En definitiva cuenta con todos los elementos para hacer un informe completo que será el exigible por parte del Tribunal (...).

Lo que era una afirmación de la Sala en la resolución citada y otras que le siguieron, en la actualidad ha sido corroborada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (CE) Sala 6ª, de 4.10.2012, nº C-403/2011, declara que:

“ (...) declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben al no haber adoptado, a 22

diciembre 2009, los planes hidrológicos de cuenca, salvo en el caso del Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, y al no haber enviado a la Comisión Europea y a los demás Estados miembros interesados, a 22 marzo 2010, un ejemplar de dichos planes, conforme a los arts. 13, 1 a 3 y 6, y 15,1 Dir. 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 octubre 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas , en su versión modificada por la Dir. 2008/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 2008, y al no haber iniciado, a más tardar el 22 diciembre 2008, salvo en el caso de los planes hidrológicos de Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña, Islas Baleares, Tenerife, Guadiana, Guadalquivir, Cuenca Mediterránea Andaluza, Tinto-Odiel-Piedras, Guadalete-Barbate, Galicia-Costa, Miño-Sil, Duero, Cantábrico Occidental y Cantábrico Oriental, el procedimiento de información y consulta públicas sobre los proyectos de los planes hidrológicos de cuenca, conforme al art. 14,1 c), de la citada Directiva(...).

SEPTIMO.- Tampoco estoy de acuerdo con la tesis sobre la falta de “Evaluación Ambiental Estratégica”, se afirma que tanto el Ayuntamiento de Alicante como la Generalidad Valenciana han incumplido su obligación de someter al citado instrumento al Plan Parcial Lagunas de Rabassa. La afirmación es cierta con las matizaciones que se deben introducir a esta cuestión. La Directiva 2001/42/CEE, en su artículo 13 obligaba a los estados

miembros a la transposición de la Directiva antes del 21.07.2004:

“ (...) Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 21 de julio de 2004. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.(...).

La primera y clara conclusión es que España incumplió la Directiva que se acaba de exponer en cuanto a su plazo de transposición. El fundamento de derecho primero de la sentencia pone de relieve:

(...) el Ayuntamiento de Alicante de 13 de junio de 2006, por el que se resuelven las alegaciones contra el anterior y se aprueba provisionalmente, el expediente de homologación, el Plan Parcial, el Programa de Actuación Integrada, con su anteproyecto de urbanización así como el Estudio sobre vivienda protegida, estudio Acústico, Estudio de Trafico, Estudio de impacto ambiental(...)

La Ley Estatal 9/2006, para paliar los efectos de su propio incumplimiento, establece una disposición transitoria primera donde retrotrae la obligación de efectuar la evaluación ambiental estratégica a 21.07.2004, estableciendo en el nº 1 de la Disposición transitoria primera:

“ (...) La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004(...).

Se ha puesto de relieve, que el Plan Parcial Lagunas de Rabassa, es anterior al 21.07.2004 (conforme a la dis. trans. Primera nº 3), se hicieron las primeras publicaciones en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana, de 26.12.2002, así como en el periódico La Verdad (13.12.2002). Por lo que se refiere al nº 2 de la Disposición transitoria primera tampoco sería de aplicación al caso que nos ocupa:

“ (...) La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable(...).

Esta disposición no podemos aplicarla al presente caso porque está haciendo referencia a “planes o programas” que deban remitirse a las Cortes Generales o a las

Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, lo que no sucede en el presente caso. El nº 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2006 ha sido transpuesto de forma incompleta, pretende transponer el art. 13.3 de la Directiva 2001/42/CEE:

“ (...) La obligación a que hace referencia el apartado 1 del artículo 4 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior a la fecha mencionada en el apartado 1. Los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior a esta fecha y cuya adopción o presentación al procedimiento legislativo produzca transcurridos más de 24 meses a partir de esta fecha serán objeto de la obligación a que hace referencia el apartado 1 del artículo 4, salvo cuando los Estados miembros decidan, caso por caso, que esto es inviable e informen al público de su decisión(...).

Como puede observarse, los planes y programas que no deban someterse a procedimiento legislativo, se rigen por el nº 1 de la disposición transitoria primera. Los planes o programas que deban someterse a procedimiento legislativo, deben aplicar la disposición transitoria primera nº 2, que no es el supuesto que nos ocupa; a pesar de ello, la sentencia mayoritaria aplica directamente el nº 2 como si se tratase de un procedimiento legislativo. De todas formas, la Generalidad Valenciana da una interpretación razonable dado lo excepcional de la norma y su carácter

retroactivo nada menos que en dos años. Con anterioridad al plazo de transposición de la Directiva, en vista de que el Estado no la transponía, adelantó su legislación para adaptarse o aproximarse a la legislación europea, la disposición transitoria segunda de la , estableció:

“ (...) *Segunda Régimen transitorio de las previsiones de evaluación ambiental estratégica*

1. *En tanto no se desarrolle la normativa para la evaluación ambiental estratégica prevista en la [Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente](#), se seguirán realizando estudios de impacto ambiental conforme a su legislación.*

2. *Los estudios de impacto ambiental de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, además de los contenidos requeridos por la legislación de impacto ambiental, deberán incluir el análisis y la integración de las políticas territoriales en la propuesta de planificación, y evaluar los efectos de una actuación concreta sobre el territorio. En concreto incluirán los siguientes contenidos:*

▣a) *Definición de objetivos, que serán todos los expresados en esta ley, además de los de la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana u otros más pormenorizados si fuera procedente.*

▣b) *Descripción de los impactos directos que quieren producir sobre el territorio o la sociedad a través de la actuación de que se trate. Se expresará su magnitud*

cuantitativa y cualitativa, como consecuencia de comparar los cambios previsibles en la situación futura considerando que la actuación se lleva a cabo, respecto de lo previsible si no se realizara.

c) Descripción de los impactos indirectos o no voluntarios que puede producir la actuación de que se trate sobre la sociedad y el territorio. Se desarrollará conforme a como se ha indicado en el apartado anterior. Esta descripción exigirá de la valoración de estos impactos indirectos como positivos o negativos.

▣d) La descripción de los impactos directos o indirectos se referirá a los efectos socioeconómicos y a los efectos urbanístico-territoriales.

▣e) Medidas correctoras o compensatorias de dichos impactos.

3. A los efectos establecidos en esta disposición, se considerarán:

1a) Efectos socioeconómicos: las afecciones al empleo, a la inversión, a la renta, al valor del suelo y de las edificaciones, a las variaciones sobre la población residente, a su nivel de formación, salud, seguridad y calidad de vida en general, así como cualquier otro aspecto de esta índole que sea relevante.

2b) Efectos urbanístico-territoriales: los que afectan a la clasificación y calificación urbanística del suelo, a la accesibilidad y a la movilidad, al equilibrio territorial, a la segregación espacial de los asentamientos, a la renovación urbana y otros análogos que resulten pertinentes.

4. Los estudios de impacto ambiental incluirán estudios de paisaje, conforme a lo establecido en el artículo 32.1 de esta ley (...).

Dicha norma se completó con la Orden de 3.01.2005, de la Consellería del Territorio y Vivienda, por la que se establece el contenido mínimo de los estudios de impacto ambiental, en concreto el apartado A-5 de su Anexo, referido al “*contenido mínimo de los estudios de impacto ambiental de los instrumentos de ordenación del territorio*”. La sentencia mayoritaria no dice una palabra de este argumento, una interpretación razonable hubiera sido hacer un examen del estudio de impacto ambiental y de la declaración de impacto ambiental, para determinar el posible incumplimiento por parte del Ayuntamiento y de la Generalidad Valenciana, una Ley de que retrotrae sus efectos dos años y que afectó a miles de instrumentos de ordenación que estaban en trámite en toda España no se puede aplicar con rigor y sin hacer un análisis de la concreta situación, máxime cuando la disposición transitoria no era aplicable en la forma que lo hace la sentencia mayoritaria. Se hizo un argumento genérico y la sentencia lo recoge sin ningún examen de la situación concreta, en consecuencia, el motivo a mi juicio debe ser desestimado.

EL FALLO DE LA SENTENCIA DEBERÍA SER

A. Respecto de la vulneración de las normas de contratación, de forma subsidiaria:

1. Inadmitir por falta de legitimación.
2. En caso de duda, plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional sobre si la legislación urbanística valenciana está sujeta a las normas de contratación del estado, y, en su caso, en función de su naturaleza si son contrarias a la Constitución.
3. Desestimar el recurso por este motivo.

B. Respecto al tema de la falta de recursos hídricos, subsidiariamente:

1. Inadmisión por pérdida sobrevenida de objeto.
2. En caso de que el informe fuese emitido por silencio administrativo negativo, situación que no se da en el presente caso, plantear cuestión de inconstitucionalidad por invasión de competencias autonómicas.
3. En caso de ser positivo, de entenderlo vinculante o exigir concesión antes de la aprobación del Plan como hace la sentencia mayoritaria, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias de la Comunidad Autónoma y llevar a cabo una exigencia de cumplimiento imposible. Se debería plantear cuestión de inconstitucionalidad

4. Desestimar el recurso por este motivo.

C. En cuanto a la falta de estimación de impacto ambiental.

Desestimar.

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Da Desamparados Iruela Jiménez al amparo del art. 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por disentir de la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 243/2009.

Con el debido respeto al contenido de la sentencia mayoritaria dictada por la Sala, expreso, por los motivos que paso a exponer a continuación, mi discrepancia con la misma, no en cuanto a la decisión estimatoria del recurso a que llega, pero sí en lo relativo a los siguientes particulares:

1.- el apartado c) del fundamento jurídico cuarto la sentencia descarta la falta de legitimación de los actores para impugnar “los aspectos determinantes de la contratación” con base en argumentos de los que discrepo, y considero en este punto plenamente acertados los razonamientos jurídicos que expone el Magistrado D. Edilberto Narbón Lainez en el epígrafe tercero de su voto particular, a cuyo contenido me remito íntegramente y doy por reproducido, sin necesidad de transcribirlo de nuevo aquí.

2.- en el apartado d), in fine, de su fundamento jurídico sexto, y en el fundamento jurídico duodécimo, la sentencia considera, como un motivo más de anulación del programa impugnado, la falta de acreditación de la clasificación del contratista seleccionado.

Ante ello, estimo conveniente especificar que, a mi juicio, no resulta aplicable a las empresas, para promover programas, concurrir al procedimiento de licitación de los mismos y ser designadas agente urbanizador, el requisito de la correspondiente clasificación en sustitución, o además, de la acreditación de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional —arts. 15 y 25 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable por razones temporales, al caso de autos—. Ha de ser tenido en cuenta que, conforme a la normativa urbanística valenciana, pueden ser urbanizadores mediante gestión indirecta todas las personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, sean o no propietarias de los terrenos afectados, así como las agrupaciones urbanísticas, lo que hace inexigible, para lograr el estricto respeto de los principios de no discriminación y libre concurrencia, el requisito de una clasificación especial. Basta, por tanto, la acreditación al efecto de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, aplicándoseles a los urbanizadores, claro está, las prohibiciones para contratar establecidas en la legislación estatal de contratos. De ello no

resulta, por otra parte, ninguna disminución en cuanto a la justificación por las empresas de su solvencia, pues la clasificación del contratista lo que persigue, en definitiva, es facilitar y objetivar esa acreditación de solvencia, pero a dicho resultado se puede llegar igualmente a través de la exigencia de la acreditación del cumplimiento de los criterios de solvencia económica y financiera, técnica y profesional.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS 3ª, Sección 5ª, de 4 de abril de 2012 —recurso de casación número 6460/2008, que remitiéndose a su vez a otra sentencia anterior de dicho Tribunal, manifiesta lo siguiente:

[“...esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003), citada por la recurrida, declaró, en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico cuarto, que no era exigible, para resultar designado urbanizador, estar clasificado como contratista de obra pública, ya que pueden resultar designados urbanizadores de sus terrenos los propietarios , pues con ello se respetan estrictamente los principios de no discriminación y libre concurrencia.

Por esta razón precisamente, ya que el Tribunal a quo transcribe literalmente lo declarado en esa nuestra Sentencia de fecha 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003), la sentencia recurrida, en contra de lo que opina la representación procesal del Ayuntamiento recurrente, no fundamenta su decisión en la consideración de que el Programa de Actuación Integrada se adjudica formalizando un contrato de obra sujeto a los requisitos de capacidad y clasificación del contratista previstos en las normas estatales de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que la Sala de instancia en otros supuestos así lo haya considerado indebidamente, en contra de lo declarado por esta Sala del Tribunal Supremo en la referida Sentencia”.]

En la actualidad, ello se recoge así expresamente en el art. 119.5 de la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana, no aplicable por razones temporales al supuesto enjuiciado —“En ningún caso se requerirá una clasificación especial para ser urbanizador”—.

3.- en su fundamento jurídico quinto, A), la sentencia mayoritaria afirma que se ha producido en el caso concernido una alteración de los principios de igualdad en materia de concurso y de contratación administrativa determinante de nulidad, porque la alternativa elegida no ha sido sometida a publicidad alguna a efectos contractuales.

No comparto esta afirmación y nuevamente me remito, en cuanto a esa cuestión, a los razonamientos contenidos al respecto en el último apartado del epígrafe segundo del voto particular emitido por el Magistrado D. Edilberto Narbón Lainez. La sentencia, a mi juicio, confunde la normativa que sobre la presentación de alternativas técnicas sustancialmente distintas a la inicial se regulaba en el art. 46.4 de la L.R.A.U., de un lado, y de otro, la necesidad de abrir en la elaboración de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística un nuevo trámite de información pública cuando se hubieran introducido modificaciones sustanciales con relación al documento inicialmente aprobado, trámite contemplado en la legislación estatal de suelo y cuya finalidad es posibilitar la participación de la generalidad de los ciudadanos en la elaboración de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística (ver en este sentido, por todas, la STS3ª, Sección 5ª, de 9 de diciembre de 2008 —recurso 7459/2004—).

4.- en el apartado c) de su fundamento jurídico noveno, la sentencia mayoritaria entra a examinar —desestimándola— la alegación formulada por los actores acerca de que era ilegal en el caso de autos el pago forzoso en terrenos por los propietarios al urbanizador como retribución por su labor urbanizadora.

Pues bien, se trata de una cuestión sobre la que la sentencia, a mi juicio, no debió pronunciarse en cuanto al fondo, por versar sobre una materia a la que no alcanza la acción pública urbanística, al venir referida a aspectos que, mas que a la observancia del planeamiento, afectarían a puros intereses privados, debiendo ser los propios propietarios afectados los que, en su caso, podrían haber planteado dicha cuestión, de manera que los actores, al invocarla, se atribuyen competencias en defensa de intereses de terceros para los que carecen de legitimación.

5.- Por último, la sentencia mayoritaria, en sus fundamentos jurídicos octavo y duodécimo, estima nula la resolución impugnada por no haberse sometido a autorización ambiental integrada el instrumento urbanístico impugnado. No comparto los razonamientos que al respecto efectúa la sentencia en el precitado fundamento jurídico octavo, pues si bien es cierta la afirmación que en mismo se efectúa relativa a que tanto el Ayuntamiento de Alicante como la Generalidad Valenciana han incumplido su obligación de someter el Plan Parcial Lagunas de Rabassa al mencionado instrumento ambiental, considero sin embargo que, como pone de

manifiesto en su voto particular el Magistrado D. Edilberto Narbón Lainez, la cuestión ha de ser matizada en el siguiente sentido:

La Directiva 2001/42/CEE, en su artículo 13 obligaba a los estados miembros a la transposición de la Directiva antes del 21.07.2004:

“ (...) Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 21 de julio de 2004. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.(...).

La primera y clara conclusión es que España incumplió la Directiva que se acaba de exponer en cuanto a su plazo de transposición. El fundamento de derecho primero de la sentencia pone de relieve:

(...) el Ayuntamiento de Alicante de 13 de junio de 2006, por el que se resuelven las alegaciones contra el anterior y se aprueba provisionalmente, el expediente de homologación, el Plan Parcial, el Programa de Actuación Integrada, con su anteproyecto de urbanización así como el Estudio sobre vivienda protegida, estudio Acústico, Estudio de Trafico, Estudio de impacto ambiental(...)

La Ley Estatal 9/2006, para paliar los efectos de su propio incumplimiento, establece una disposición transitoria primera donde retrotrae la obligación de efectuar la evaluación ambiental estratégica a 21.07.2004, estableciendo en el nº 1 de la Disposición transitoria primera:

“ (...) La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004(...).

Se ha puesto de relieve, que el Plan Parcial Lagunas de Rabassa, es anterior al 21.07.2004 (conforme a la dis. trans. Primera nº 3), se hicieron las primeras publicaciones en el Diario Oficial de la Generalidad Valenciana, de 26.12.2002, así como en el periódico La Verdad (13.12.2002).

La Generalidad Valenciana da una interpretación razonable dado lo excepcional de la norma y su carácter retroactivo nada menos que en dos años. Con anterioridad al plazo de transposición de la Directiva, en vista de que el Estado

no la transponía, adelantó su legislación para adaptarse o aproximarse a la legislación europea, la disposición transitoria segunda de la Ley Valenciana 4/2004, de 30 de Junio, de la Generalidad, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, estableció:

“ (...) *Segunda* Régimen transitorio de las previsiones de evaluación ambiental estratégica:

1. En tanto no se desarrolle la normativa para la evaluación ambiental estratégica prevista en la [Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente](#), se seguirán realizando estudios de impacto ambiental conforme a su legislación.

2. Los estudios de impacto ambiental de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, además de los contenidos requeridos por la legislación de impacto ambiental, deberán incluir el análisis y la integración de las políticas territoriales en la propuesta de planificación, y evaluar los efectos de una actuación concreta sobre el territorio. En concreto incluirán los siguientes contenidos:

3a) Definición de objetivos, que serán todos los expresados en esta ley, además de los de la Estrategia Territorial de la Comunidad Valenciana u otros más pormenorizados si fuera procedente.

4b) Descripción de los impactos directos que quieren producir sobre el territorio o la sociedad a través de la actuación de que se trate. Se expresará su magnitud cuantitativa y cualitativa, como consecuencia de comparar los cambios previsibles en la situación futura considerando que la actuación se lleva a cabo, respecto de lo previsible si no se realizara.

5c) Descripción de los impactos indirectos o no voluntarios que puede producir la actuación de que se trate sobre la sociedad y el territorio. Se desarrollará conforme a como se ha indicado en el apartado anterior. Esta descripción exigirá de la valoración de estos impactos indirectos como positivos o negativos.

6d) La descripción de los impactos directos o indirectos se referirá a los efectos socioeconómicos y a los efectos urbanístico-territoriales.

7e) Medidas correctoras o compensatorias de dichos impactos.

3. A los efectos establecidos en esta disposición, se considerarán:

1 a) Efectos socioeconómicos: las afecciones al empleo, a la inversión, a la renta, al valor del suelo y de las edificaciones, a las variaciones sobre la población residente, a su nivel de formación, salud, seguridad y calidad de vida en general, así como cualquier otro aspecto de esta índole que sea relevante.

2b) Efectos urbanístico-territoriales: los que afectan a la clasificación y calificación urbanística del suelo, a la accesibilidad y a la movilidad, al equilibrio territorial, a la segregación espacial de los asentamientos, a la renovación urbana y otros análogos que resulten pertinentes.

4. Los estudios de impacto ambiental incluirán estudios de paisaje, conforme a lo establecido en el artículo 32.1 de esta ley (...).

Dicha norma se completó con la Orden de 3.01.2005, de la Consellería del Territorio y Vivienda, por la que se establece el contenido mínimo de los estudios de impacto ambiental, en concreto el apartado A-5 de su Anexo, referido al "contenido mínimo de los estudios de impacto ambiental de los instrumentos de ordenación del territorio". La sentencia mayoritaria no dice una palabra de este argumento, una interpretación razonable hubiera sido hacer un examen del estudio de impacto ambiental y de la declaración de impacto ambiental, para determinar el posible incumplimiento por parte del Ayuntamiento y de la Generalidad Valenciana, una Ley de que retrotrae sus efectos dos años y que afectó a miles de instrumentos de ordenación que estaban en trámite en toda España no se puede aplicar con rigor y sin hacer un análisis de la concreta situación, máxime cuando la disposición transitoria no era aplicable en la forma que lo hace la sentencia mayoritaria. Se hizo un argumento genérico y la sentencia lo recoge sin ningún examen de la situación concreta; en consecuencia, el motivo a mi juicio debe ser desestimado.

PUBLICACION. Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia y sus votos particulares por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso contencioso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, el día diez de junio, fecha en que se entrega en esta Secretaría el voto particular, de lo que como Secretaria de la misma Certifico.