ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

RECURSO CASACION Num.: **4045/2009**

Votación: **29/03/2011**

Ponente Excma. Sra. Dª.: **María del Pilar Teso Gamella**

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

TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: QUINTA

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Mariano de Oro-Pulido y López

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Rafael Fernández Valverde
D. Eduardo Calvo Rojas
Dª. María del Pilar Teso Gamella

En la Villa de Madrid, a trece de Junio de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 4045/2009 interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía en la representación que legalmente ostenta (1), el Procurador de los Tribunales D. Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de la Universidad de Sevilla (2) y el Procurador D. Víctor García Montes, en nombre

y representación del Ayuntamiento de Sevilla (3), contra la Sentencia de 4 de junio de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo nº 941/2006, sobre aprobación de revisión de Plan General de Ordenación Urbana.

Ha comparecido como parte recurrida la Procuradora de los Tribunales Dña. Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de C/ Diego de Riaño, nº 9 de Sevilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, se ha seguido el recurso contencioso administrativo deducido por la parte ahora recurrida contra la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de 28 de julio de 2006, que dispuso la publicación de la Resolución anterior de 19 de julio de 2006, que aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla, en lo relativo al proyecto de construcción de la nueva Biblioteca Central Universitaria en parte de los terrenos actualmente ocupados por el parque del Prado de San Sebastián.

SEGUNDO.- La indicada Sala dictó Sentencia, con fecha 4 de junio de 2009, cuyo fallo es el siguiente:

<<Que debemos estimar y estimamos sustancialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución que se recoge en el fundamento jurídico primero de esta sentencia al ser contraria al Orden jurídico, por lo que procede: 1º. La anulación de la resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 19 de julio de 2006, y la de su publicación de 28 de julio de 2006, respecto de la determinaciones relativas a la calificación del frente oriental del Parque o Jardines del Prado de San Sebastian (calle Diego de Riaño) como equipamiento de uso educativo. 2º La anulación de la determinación de la construcción de la nueva Biblioteca Central de la Universidad de Sevilla en terrenos del referido Parque. 3º. La anulación de actos que se dicten o ejecuten como consecuencia de la referidas determinaciones. Sin costas>>.

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se prepara, primero ante la Sala "a quo", y se interpone, después ante esta Sala, recurso de casación, por la representación de las tres partes recurrentes relacionadas en el encabezamiento de esta resolución, Junta de Andalucía, Universidad de Sevilla y Ayuntamiento de Sevilla, solicitando que se estime el recurso y se case la sentencia.

CUARTO.- Mediante auto de esta Sala (Sección Primera) de 1 de julio de 2010 se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía. Y respecto de los recursos interpuestos por el Ayuntamiento y la Universidad de Sevilla se acordó inadmitir el motivo tercero de casación esgrimido por el Ayuntamiento y el primero de los invocados por la Universidad. Admitiéndose los demás motivos alegados.

QUINTO.- La representación procesal de la comunidad de propietarios recurrida presentó escrito oponiéndose al recurso de casación y solicitando que se declarara que no ha lugar al mismo, con imposición de costas.

SEXTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 29 de marzo de 2011, fecha en la que comenzó la deliberación continuándose la misma en sucesivas sesiones hasta el 7 de junio siguiente.

Siendo Ponente la Excma. Sra. Dª. **MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada estima "*sustancialmente*" el recurso contencioso administrativo, en los términos que hemos transcrito en el antecedente segundo. El recurso se había interpuesto por la Comunidad de Propietarios ahora recurrida contra la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de 28 de julio de 2006. Y recordemos que esta resolución dispuso la publicación de la resolución anterior de 19 de julio de 2006, que aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla.

Resulta oportuno, antes de nada, hacer una aclaración sobre el ámbito de la impugnación que tuvo lugar en el recurso contencioso administrativo. Se

centró, no en la realización, o no, del proyecto de construcción de la nueva Biblioteca Central Universitaria sino sobre su concreta ubicación. Dicho de otro modo, lo que se cuestionaba era únicamente el cambio de calificación del suelo, a uso dotacional educativo, que permitía construir el edificio que albergaría la biblioteca sobre los terrenos ocupados por el Parque del Prado de San Sebastián.

SEGUNDO.- La estructura de la sentencia que se recurre contiene un relato de los hechos que considera relevantes para la resolver el recurso, resume las posiciones de las partes en el recurso contencioso administrativo, hace unas consideraciones generales sobre el desarrollo sostenible, razona sobre los límites de la discrecionalidad en el ámbito urbanístico y explica que el emplazamiento de la nueva biblioteca universitaria no era posible con el planeamiento urbanístico anterior. En el fundamento duodécimo, se indica que *<<la nueva calificación llevada a cabo por la revisión del Plan General vulnera frontalmente los preceptos y conceptos recogidos en el fundamento jurídico precedente. (...) La nueva calificación de determinada parcela del Parque como equipamiento de uso educativo olvida que la parcela está integrada en unos terrenos delimitados como Parque dentro de un Sistema General que como tal forma parte de las determinaciones integrantes de la ordenación estructural. La calificación de equipamiento de uso educativo, en determinados terrenos calificados anteriormente como Parque atenta frontalmente contra la racionalidad y coherencia del desarrollo urbanístico>>*.

Además, considera que la nueva calificación de los terrenos como equipamiento de uso educativo tampoco encuentra justificación en el "ius variandi" (fundamento décimo tercero) pues esta calificación *<<no favorece los intereses generales de la ciudad que supone el parque público, antes al contrario los debilita en un claro retroceso para favorecer intereses educativos universitarios que no pueden primar sobre los generales, máxime cuando los intereses educativos que representa la construcción de la biblioteca de la Universidad pueden perfectamente satisfacerse con otras opciones discrecionales reconocidas por la Administración, lo que supone la arbitrariedad de la calificación elegida>>*. Ni se adecua a las exigencias de protección del medio ambiente del artículo 45 de la CE (fundamento décimo cuarto). Ni, en fin, tampoco encuentra justificación en la memoria del plan (fundamento décimo quinto), toda vez que dicha nueva calificación *<<no pueden entenderse que suponga una correcta y racional estrategia de*

desarrollo sostenible, pues no se puede afirmar que tendiese a la búsqueda de factores de equilibrio entre naturaleza y ciudad, antes al contrario la eliminación de una parte del parque determinaría un desequilibrio de los conceptos perseguidos por la Memoria>>.

TERCERO.- El examen de los motivos de casación invocados en los tres escritos de interposición --presentados por la Junta de Andalucía, la Universidad de Sevilla y el Ayuntamiento de Sevilla-- han de ser abordados, además de la limitación que establece la resolución de esta Sala (Sección Primera) de 1 de julio de 2010 de la que hemos dejado constancia en el antecedente cuarto, dando preferencia a los invocados por el cauce procesal del artículo 88.1.c) de la LJCA. Esta preferencia obedece a las consecuencias que se anudan a su estimación, ex artículo 95.2.c) y d) de la LJCA y determina, por tanto, que posterguemos el examen de los invocados al amparo del artículo 88.1.d) de la misma Ley.

Los motivos que denuncian quebrantamiento de forma por infracción de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 88.1.c/ de la LJCA), son los motivos primero y segundo invocados por la Junta de Andalucía, y primero y segundo de los que cita el Ayuntamiento de Sevilla, de similar confección y contenido.

Estos cuatro motivos reprochan a la sentencia un vicio de incongruencia omisiva, pues consideran que la parte recurrente en el recurso contencioso administrativo no identificaba los preceptos de la disposición recurrida cuya revocación pretendía, y por ello la sentencia impugnada tampoco hace mención expresa a los mismos. Se ha infringido, por tanto y a juicio de las recurrentes, el artículo 71.1.a) de la LJCA.

También se aduce un vicio de incongruencia por exceso y de falta de motivación, toda vez que el apartado 3 del fallo de la sentencia no se ajusta al carácter revisor de esta jurisdicción, ni en su fundamentación se explican las razones de su inclusión en la parte dispositiva de la sentencia.

CUARTO.- Los indicados cuatro motivos, del artículo 88.1.c) de la LJCA, no pueden prosperar por las razones que seguidamente expresamos.

En primer lugar, la incongruencia, con carácter general, exige que se produzca un desencuentro entre lo solicitado por las partes procesales --que comprende el ejercicio de pretensiones y la invocación de cuestiones-- en relación con lo decidido y razonado por la sentencia. Y lo cierto es que en los cuatro motivos que examinamos no se produce esa falta de correspondencia o desencuentro que constituye el núcleo de cualquier tipo de incongruencia. Ni se ha dejado de pronunciar sobre pretensiones o cuestiones planteadas, ni ha resuelto sobre otras no invocadas.

Recordemos que, según sea la desorientación de la sentencia en relación con las posiciones de las partes en el proceso, distinguimos entre incongruencia omisiva o por defecto, incongruencia positiva o por exceso, e incongruencia mixta o por desviación. Así, es incongruente la sentencia cuando no se pronuncia, *citra petita partium (menos de lo pedido por las partes)*, sobre alguna de las pretensiones y cuestiones esgrimidas en la demanda --estamos ante una "incongruencia omisiva o por defecto" también denominada incongruencia *ex silentio*--. Igualmente se puede incurrir en incongruencia cuando se resuelve sobre pretensiones que no se han ejercitado las partes como sucede en la incongruencia *ultra petita partium (más allá de las peticiones de las partes)* --es la denominada "incongruencia positiva o por exceso"--; Y, en fin, es también incongruente la sentencia cuando resuelve *extra petita partium (fuera de las peticiones de las partes)* sobre cuestiones diferentes a las planteadas "incongruencia mixta o por desviación".

Pues bien, a tenor del citado cuadro sobre la tipología de la incongruencia, la falta de designación explícita de los artículos del plan general que se anulan, únicamente podría ser considerada como una falta de claridad de la sentencia, con trascendencia sobre la exigencia de la congruencia, cuando no se pudiera determinar a qué tipo de normas o determinaciones afectaba el vicio de nulidad sobre el que razona la sentencia. Lo que, obviamente, no sucede en este caso, toda vez que, no sólo en la fundamentación de la sentencia, sino también en el fallo, se expresa claramente que la nulidad afecta al cambio de calificación de los terrenos del frente oriental del Parque de Jardines del Prado de San Sebastián, que pasan a ser equipamiento de uso educativo, para permitir la construcción de la nueva Biblioteca Central de la Universidad de Sevilla sobre los terrenos del citado parque. Es decir, se declara la nulidad de todas las determinaciones del plan

que disponen ese cambio de calificación concebido para permitir la ubicación de la Biblioteca Central en ese concreto lugar, por lo que ninguna duda cabe albergar al respecto.

QUINTO.- La infracción del artículo 71.1.a) de la LJCA, en segundo lugar, no puede prosperar porque no se ha lesionado el contenido propio de las sentencias estimatorias. Así es, las sentencias estimatorias deben declarar no conforme a Derecho, por lo que hace al caso, la disposición general recurrida en la instancia y declarar nula "*total o parcialmente*" esa norma reglamentaria.

Y en este caso, si bien la sentencia estima el recurso con la atípica fórmula de hacerlo *sustancialmente*, y no en todo o en parte, lo cierto es que del contenido del apartado 2 del fallo se deduce que la nulidad alcanza a todas las normas contenidas en la revisión del plan general que se refieran a las "*determinaciones relativas a la calificación del frente oriental del Parque de Jardines del Prado de San Sebastián (...) como equipamiento de uso educativo*". Añadiendo, por más señas, que se anula igualmente la determinación de la "*construcción de la nueva Biblioteca Central de la Universidad de Sevilla en terrenos del referido Parque*". Pronunciamientos que se ajustan a lo solicitado en el suplico del escrito de demanda, y que no vulneran ni las estipulaciones contenidas en el artículo 71.1.a) de la LJCA de aplicación a las sentencias estimatorias, ni las exigencias que se derivan de la congruencia de las sentencias.

SEXTO.- En tercer lugar, el cuestionado apartado 3 del fallo de la sentencia impugnada, cuando dispone que la "*anulación de los actos que se dicten o ejecuten como consecuencia de las referidas determinaciones*", no incurre en la incongruencia por exceso que se denuncia. Así es, la sentencia no ha resuelto cuestiones no planteadas por las partes y que, por tanto, irrumpen en el proceso por primera vez de la mano de la sentencia. No. La parte recurrente incluyó ya tal prevención en el suplico de su demanda.

Es más, podríamos considerar que tal apartado resulta superfluo, pues se limita a señalar aquello que la ley dispone. Repárese que las disposiciones generales, como es el plan general que se revisa, admiten sólo una forma de invalidez, la nulidad plena ex artículo 62.2 de la Ley 30/1992. De modo que no

pueden sostenerse aquellos actos o disposiciones dictados al amparo de una disposición que ha sido declarada nula por sentencia judicial.

Además, el artículo 103.4 de la LJCA sanciona con la nulidad plena a los actos o disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

SÉPTIMO.- En cuarto lugar, en fin, la sentencia no incurre en falta de motivación pues las recurrentes demuestran en sus escritos un conocimiento preciso y pleno de las razones por las que la sentencia llega a la conclusión que expresa en el fallo. Cuestión diferente es que disientan de tales razones, pero éste es un asunto ajeno al déficit de motivación que se reprocha en casación, y sobre lo que tendremos oportunidad de pronunciarnos al examinar los motivos de fondo, que se canalizan por el apartado d) del artículo 88.1 de la LJCA.

Conviene reparar que la motivación es una exigencia insoslayable de la sentencia, con trascendencia constitucional (artículo 24.1 y 120.3 CE), de tal modo que la tutela judicial efectiva exige que se exponga el razonamiento en que el Tribunal basa su fallo, poniendo de manifiesto que responde a una concreta aplicación del Derecho, que no es fruto de una arbitrariedad o capricho del juzgador --enlazando con la proscripción de la arbitrariedad--, sino que responde a una específica interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Como sucede en el caso examinado en el que la sentencia fundamenta su decisión y razona, de modo extenso y fundado, en los diecisiete fundamentos de derecho, las razones por las que estima el recurso, lo que permite a las partes recurrentes fundar su impugnación y a esta Sala realizar su función casacional.

OCTAVO.- Los motivos de casación esgrimidos al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de nuestra Ley Jurisdiccional --tercero y cuarto invocados por la Junta de Andalucía, cuarto, quinto y sexto del Ayuntamiento y segundo de la Universidad--, denuncian la infracción de los artículos 9, 33, 45, 53.3, 103, 106, 140 y 148 de la CE, la Ley de Bases de Régimen Local, el Reglamento de Planeamiento de 1978, la Ley de Suelo andaluza, y la jurisprudencia de esta Sala sobre el "*ius variandi*".

La panorámica de los motivos alegados, y sobre todo el desarrollo argumental de los mismos, revela que la doctrina sobre el "*ius variandi*" constituye el epicentro de todas las lesiones normativas que se atribuyen a la sentencia recurrida en los motivos aducidos por el cauce del artículo 88.1.d) de la LJCA. Y ello nos remite a la cuestión medular suscitada en la presente casación, y es si la sentencia ha respetado la discrecionalidad que le es propia al planificador urbanístico, o ha invadido el ámbito discrecional que le corresponde en la toma de decisiones sobre el modelo de ciudad, la clasificación y calificación del suelo, la atribución de usos y el concreto emplazamiento de las edificaciones.

De manera que ya sea al invocar las competencias municipales, con cita de los artículos 140 y 148 de la CE, ya sea al alegar los principios de la actuación administrativa y su servicio a los intereses generales (artículos 103 y 106 CE), ya sea al invocar la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la CE), o, en fin, ya sea al aducir la infracción del derecho al medio ambiente (artículo 45 y 53.3 de la CE), las infracciones normativas denunciadas en casación confluyen en una cuestión: acotar los límites de la discrecionalidad, en general, y del planificador urbanístico, en particular, cuando se trata de cambiar la calificación de una zona verde para edificar sobre tales terrenos una nueva biblioteca.

NOVENO.- Con carácter general, la discrecionalidad del planificador, el conocido "*ius variandi*", no es más que la especie dentro del género de la discrecionalidad administrativa, que se proyecta también sobre otros ámbitos materiales de la actuación administrativa, que no viene al caso especificar.

El ejercicio de esta potestad discrecional en el ámbito urbanístico se concreta en la libertad de elección que corresponde al planificador, legalmente atribuida, para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística. Discrecionalidad, por tanto, que nace de la ley y resulta amparada por la misma. Y esto es así porque legalmente ni se anticipa ni se determina el contenido de la decisión urbanística, sino que se confía en el planificador para que adopte la decisión que resulte acorde con el interés general.

En el bien entendido que no estamos sólo ante el ejercicio de una potestad sino también ante un deber administrativo de inexorable cumplimiento cuando las circunstancias del caso, encarnadas por el interés público, así lo

demandan. En definitiva, la potestad de planeamiento incluye la de su reforma o sustitución, realizando los ajustes necesarios al ritmo que marcan las exigencias cambiantes del interés público.

La doctrina tradicional sobre el ejercicio del *"ius variandi"* reconoce, por tanto, una amplia libertad de elección al planificador urbanístico entre las diversas opciones igualmente adecuadas y, por supuesto, permitidas por la Ley. Ahora bien, como sucede con la discrecionalidad en general, el ejercicio de tal potestad se encuentra sujeto a una serie de límites, que no pueden ser sobrepasados.

Así es, entre los contornos en los que se ha de mover la decisión del planificador están, quizás el más significativo, la proscripción de la arbitrariedad, pues la decisión ha de ser discrecional, no arbitraria (artículo 9.3 de la CE) y estar al servicio del interés general. Ambos conceptos jurídicos, discrecionalidad y arbitrariedad, resultan incompatibles e irreconciliables. Además de este límite general, también resultan de aplicación las técnicas tradicionales del control de los actos discrecionales, como la regularidad en el ejercicio de la potestad, el control de los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales, la justificación y motivación de la decisión, y, en fin, la prohibición de la desviación de poder (artículo 70. 2 de la LJCA).

DÉCIMO.- Ahora bien esta amplia discrecionalidad se torna más estrecha cuando se trata de actuar sobre zonas verdes, como es el caso.

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

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

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

Simplemente queremos poner de manifiesto, con esta referencia, las garantías de procedimiento exigidas cuando se trata de modificar esas zonas verdes, atendida su importancia para la vida en la ciudad y el bienestar de sus vecinos. Somos conscientes, no obstante, que en este caso estamos formalmente ante una revisión del plan general, y no modificación, si bien al no encontrarse el expediente administrativo en esta Sala no podemos evaluar el ámbito de la reforma y la idoneidad del procedimiento seguido. Nos basta con señalar que el régimen jurídico tiene un especial rigor precisamente en atención a la importancia que para la ciudad tienen las zonas verdes.

UNDÉCIMO.- La jurisprudencia de esta Sala tampoco ha sido ajena a esta sensibilidad colectiva por las zonas verdes. Y viene destacando su especial relevancia para el desarrollo de la vida urbana, por todas, Sentencia de 2 de febrero de 2000 (recurso de casación º 3160/1994), cuando resume la jurisprudencia al respecto y destaca que <<*Sobre este punto la jurisprudencia de esta Sala es uniforme (sentencias de 23 de junio de 1998 y 12 de abril de 1991, entre otras muchas) en el sentido de resaltar la trascendental importancia de las zonas verdes para un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, así como los peligros que sobre ellas se ciernen, lo que ha dado lugar a que las modificaciones del planeamiento que lleguen a afectarlas estén sometidas a un régimen jurídico de especial rigor para su mejor protección, hasta el punto de que tales modificaciones se llevan a las mas altas cumbres de la Administración, tanto activa como consultiva, según establece el artículo 50 TRLS, precepto vigente en la fecha en que se produjo el acto que da lugar al presente proceso, con las modificaciones que derivan del nuevo reparto territorial del poder que representa el sistema autónomo*>>.

Otro ejemplo de ese régimen especial, por la protección que merecen las zonas verdes, sería la inaplicabilidad del silencio y la imprescriptibilidad de la acción para restablecer la legalidad urbanística vulnerada por los actos de edificación o uso del suelo realizado sobre zona verde sin licencia. Es el caso de la Sentencia de 21 de febrero de 1997 (recurso de apelación nº 10722/1991) que se refiere al <<*régimen de especial intensidad para la protección de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, que afecta a su modificación, a la inaplicabilidad del silencio administrativo y, por lo que aquí interesa, a la imprescriptibilidad de la acción para restablecer la legalidad urbanística vulnerada por los actos de edificación o uso del suelo que se realizan sin licencia sobre terrenos que tengan dicha calificación (artículo 188 Ley del Suelo)*>>.

DUODÉCIMO.- Con todo, ciertamente corresponde al planificador urbanístico, en este caso, encontrar el lugar idóneo para el emplazamiento de la nueva Biblioteca Central, atendida la naturaleza y originalidad del singular edificio proyectado, y los intereses generales de los vecinos de la ciudad hispalense.

Ahora bien, el cambio de calificación de los terrenos del parque de El Prado a equipamiento educativo, adelantando la conclusión, no se ajusta a los contornos propios en los que ha de moverse una decisión discrecional, ni dicha decisión ha sido debidamente justificada.

Comenzando por lo último, la falta de justificación, conviene señalar que la decisión discrecional aparece efectivamente explicada en la propia memoria del plan general que se revisa, como se han encargado de transcribir las Administraciones recurrentes en casación, específicamente en la interposición de la Administración autonómica. Ahora bien, cuando se trata de ubicar una edificación, aunque sea de las características de la ahora proyectada, sobre una zona verde, ha de intensificarse tal exigencia de motivación, más allá de la que habitualmente se precisa.

Esta es precisamente otra peculiaridad del régimen jurídico de la zona verde, que su desaparición, en todo o en parte, sitúa el umbral de motivación en un nivel superior al exigible ordinariamente. No debemos olvidar que estamos ante zonas especialmente sensibles dentro de la ciudad que nacen con una clara vocación de permanencia, que han de ser respetadas en

alteraciones del planeamiento posteriores, salvo que concurran razones de interés general que determinen su transformación.

La elección del emplazamiento de un atractivo edificio, en el centro de la ciudad de Sevilla, donde albergar una nueva biblioteca es lo propio de la discrecionalidad. Ahora bien, en el ejercicio de tal potestad discrecional no pueden sobrepasarse los contornos que antes perfilamos cuando relacionamos las técnicas de control de la discrecionalidad. Se trata de impedir o corregir los abusos en que se pudiera haber incurrido el planificador en el ejercicio de tal potestad, singularmente por la justificación y motivación de la medida y su adecuación a los intereses generales.

DÉCIMO TERCERO.- La justificación de la específica ubicación de la nueva biblioteca en el frente oriental de dicha zona verde, parque de El Prado, se contiene en la Memoria. En la misma consta que efectivamente el cambio de calificación se produjo a instancia de la Universidad para permitir la ubicación en dicho parque, en lugar del inicialmente proyectado, porque *<<debía localizarse en una posición equilibrada entre los campus que se articulan sobre el eje de Carlos V, incorporando a los jardines cierto carácter de "campus">>.*

La justificación que se expresa en la citada Memoria es una explicación, no una mera sugerencia como señala la sentencia, que podría satisfacer las exigencias propias de la motivación por esa opción cuando se trata de cambiar la calificación de los terrenos que no sean zona verde pública.

Ahora bien, cuando se trata de hacer desaparecer en todo, o en parte, una zona verde, no basta con explicar por qué se ubicará tal edificación en los jardines de El Prado, es decir, para promover, o extender, un "*campus*" universitario, sino que han de expresarse las razones por las que no puede ser construida en otros terrenos para cumplir sustancialmente esa misma finalidad de permitir el uso cualificado por el entorno universitario. Debió explicarse, en definitiva, por qué dicha finalidad no podía ser razonablemente alcanzada mediante la elección de otro emplazamiento que no recortara una zona verde.

El cambio de la calificación de unos terrenos para poder edificar sobre lo que era una zona verde, aunque se mantenga el uso público de la misma porque la construcción sea una biblioteca, sólo puede hacerse exponiendo las

razones por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible. Y en este caso, la Administración reconoce que había otras ubicaciones adecuadas, por lo que debía haberse razonado en que medida tal ubicación impedía cumplir los objetivos que se alcanzan con su emplazamiento sobre esa zona verde.

DÉCIMO CUARTO.- En todo caso, tampoco consideramos que la decisión de cambio de calificación se ajuste a los contornos propios en los que ha de moverse una decisión discrecional y a las exigencias que demanda el interés público, a cuyo servicio se encomienda toda la actuación administrativa, ex artículo 103.1 de la CE.

Así es, lo propio de una decisión discrecional es la elección del planificador entre diversas opciones igualmente válidas. Pues bien, el sacrificio de una zona verde no es un indiferente jurídico cuando el planificador realiza la elección de esa decisión discrecional. No constituyen opciones igualmente válidas para el planificador el emplazamiento de un edificio sobre una zona verde que sobre otros terrenos que no tienen tal cualidad. De modo que no estamos ante indiferentes jurídicos entre los que escoger.

No obstante, la sentencia recurrida se expresa en unos términos, que no podemos compartir sin matizar, cuando parece prohibir cualquier alteración en la calificación de una zona verde, una vez establecida por el instrumento de planeamiento, estableciendo un límite perpetuo e infranqueable al planificador. Es decir, que declarada una zona verde como el parque del Prado de San Sebastián, no puede ser nunca, ni en ningún caso, modificada por el planificador en el ejercicio de la potestad discrecional, y no es así en todo caso.

Ciertamente la libertad del planificador urbanístico no desaparece ante las zonas verdes, pero si se reduce considerablemente. Esa libertad queda limitada únicamente a los casos en los se advierta una potente presencia de los intereses generales que demanden la reducción de la zona verde, que no es el caso. Los intereses universitarios no resultan incompatibles, ni se ven perjudicados, con el mantenimiento de la zona verde y el emplazamiento de la biblioteca en otro lugar. El interés público presente en dichas zonas verdes, concebidas para el uso y esparcimiento general de todos los vecinos, resulta no imposible pero sí difícil de abatir.

En definitiva, una vez establecida una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula "*stand still*" propia del derecho comunitario, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen nº 3297/2002.

Téngase en cuenta que la protección de las zonas verdes, fundamentalmente cuando se encuentran en el centro de las ciudades, como es el caso, nace de la función que cumplen para hacer habitable y respirable la calle, para incrementar las posibilidades del entorno y para aumentar la calidad de vida de sus ciudadanos. Y aunque consideramos que es una cuestión cualitativa, y no sólo cuantitativa, pues la ciudad no escasa en zonas verdes, como ponen de manifiesto la cifras que proporciona el Ayuntamiento recurrente en la interposición del recurso, sin embargo sí supone la desaparición, o mejor dicho, la disminución de una extensión nada desdeñable de zona verde, una franja de 4.000 m2 de suelo que permite una edificabilidad de 10.000 m2, en el centro de la ciudad.

DÉCIMO QUINTO.- No conferimos, por otro lado, especial relevancia a la determinación de si en el plan especial estuvo, o no, el germen de lo que ahora se pretende realizar mediante la revisión del plan general impugnado en la instancia. Es decir, si en el Plan Especial de 1994 se contenía, o no, prohibición al respecto y su regulación lejos de oponerse a lo que ahora determina la revisión recurrida en la instancia era permisivo al respecto, pues lo cierto es que la revisión impugnada en la instancia establece el cambio de calificación a equipamiento de uso educativo para permitir edificar la biblioteca nueva.

Si el suelo ya era dotacional al amparo de dicho instrumento de planeamiento, según aduce la Junta de Andalucía, destacando que se preveían 8.000 m2 de construcciones efímeras en el ámbito "Área Arbolada Perimetral" y de 5.000 m2 en el "Espacio Libre Central" de usos compatibles, entre ellos los dotacionales, no resulta decisivo. Por lo que el suelo objeto del recurso contaba ya con la calificación de dotacional, sistema general, y tienen una superficie de 3.915 m2, localizándose en el ámbito denominado "Área Arbolada Perimetral" previsto en el Plan Especial --que preveía los 8.000 m2-- y los suelos calificados sistema general con una superficie de 1.060 m2 y se

ubican en el denominado "Espacio Libre Central" --que permitía 5.000 m2 de usos compatibles en dicha parcela--. Por tanto, los 13.000 m2 se suman ambas parcelas y que preveía el Plan Especial son inferiores a los 4.975 m2 que en la revisión del plan general se destinan a equipamiento. Lo cierto es que donde antes había zona verde, mediante la revisión del plan y el cambio de calificación de comporta, ahora desaparece y se dibuja una construcción.

DÉCIMO SEXTO.- Además de lo expuesto sobre los intereses generales, debemos añadir que el ejercicio de la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se encuentra afecto desde luego a la finalidad de satisfacer el interés público, insistimos, con proscripción de la arbitrariedad y respetando la igualdad, principios todos ellos reconocidos constitucionalmente en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la CE.

Pues bien, la desaparición, de una zona verde pública situada en el centro de la ciudad para construir una biblioteca nueva, que extienda el "*campus*" universitario, nos reconduce al enfrentamiento de dos intereses igualmente públicos y legítimos. El de la comunidad universitaria y el de todos los ciudadanos vecinos de esa ciudad.

El examen de ambos intereses, de importancia y relevancia indiscutible, no tiene por qué ser contrapuesto, pues efectivamente nada impide conjugar el uso propio de la zona verde que además de "*campus*" fuera de disfrute general para los vecinos de Sevilla. Pero esta no es la cuestión, toda vez que lo que irrumpe e impide tal fusión de intereses es precisamente la realización de una construcción sobre la zona verde que priva de tal uso, en esa parte, a unos y otros. No puede concluirse, por tanto, que la única forma de realizar tal integración de los jardines de El Prado en el citado ámbito universitario sea mediante la construcción de un edificio de biblioteca en la parte oriental del mismo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- No está de más recordar que la tendencia natural en la evolución del centro de las ciudades, acorde de lo que dispone el artículo 46 de la CE, además de proteger su patrimonio, en este caso, cultural del parque porque está en el centro histórico de la ciudad, ha de ser no disminuir la extensión de las zonas verdes, es decir, del espacio libre y común para uso y disfrute de todos, que pudiera congestionar y compactar la vida urbana.

Del mismo modo que consideramos, como apunta la sentencia en el fundamento décimo quinto, que no está exento de cierta contradicción apostar por la sostenibilidad en el desenvolvimiento de las ciudades, según reflejaba la memoria del plan, y luego suprimir parte de una zona verde.

Por lo demás, compartimos la relevancia que la sentencia atribuye en la interpretación del artículo 19 del Reglamento de Planeamiento de 1978, en relación con el artículo 45 de la CE respecto de la protección medioambiental. Si bien debemos añadir que también ha de encontrar su fundamento en el artículo 46 de la CE, centrado en el entorno urbano, que en el entorno natural del artículo 45 citado.

Cuanto venimos señalando, en fin, no resulta contradicho por la posición procesal de las partes. Así es, aunque en una primera impresión pudiera parecer que efectivamente las tres recurrentes, dos Administraciones Públicas y la Universidad representan los intereses generales y los universitarios, y la parte ahora recurrida, una Comunidad de Propietarios, sus vistas al parque. Sin embargo consideramos que la posición de la recurrida excede de su interés propio, que sin duda lo tiene, al manifestar que ejercita una acción pública, y ajustar su alegato a la misma. Por tanto, es el interés por la defensa de la zona verde lo que ha valorado la Sala de instancia, y no un interés particular derivado de la situación de las viviendas de la Comunidad entonces recurrente y ahora recurrida.

En consecuencia, la sentencia no infringe los artículos 9, 33, 45, 53.3, 103, 106, 140 y 148 de la CE, la Ley de Bases de Régimen Local, el Reglamento de Planeamiento de 1978, la Ley de Suelo andaluza, y la jurisprudencia de esta Sala sobre el "*ius variandi*". De modo que al desestimarse los motivos de casación debemos declarar que no ha lugar al recurso.

DÉCIMO OCTAVO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas procesales del recurso de casación (artículo 139.2 de la LRJCA).

Al amparo de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la citada Ley, se determina que el importe de los honorarios del Letrado de la parte recurrida no podrá rebasar la cantidad de 4.000 euros.

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

FALLAMOS

Que desestimando los motivos invocados, declaramos que **no ha lugar** al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de la Junta de Andalucía, de la Universidad de Sevilla y del Ayuntamiento de Sevilla, contra la Sentencia de 4 de junio de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo nº 941/2006. Se imponen las costas causadas en el recurso a la parte recurrente, con el límite fijado en el último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excma. Sra. Dª Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.