

En Pamplona/Iruña, a siete de diciembre de dos mil once.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Navarra, constituida por los Señores Magistrados expresados, los autos del Recurso núm. 231/2009 promovido contra Acuerdo del Gobierno de Navarra de 23 de febrero de 2009 por el que se aprueba el Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal para el desarrollo de un Área Residencial de vivienda protegida en términos de Cordovilla (Galar) y Pamplona. Siendo en ello partes: como recurrente, el Ayuntamiento de la Cendea de Galar, representado por el procurador D. Rafael Ortega Yagüe y dirigido por el letrado D. Rodolfo Jareño Zuazu; como demandado, el Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio representado y defendido por el Asesor Jurídico; y como codemandados el Ayuntamiento de Pamplona, representado por el procurador D. Santos Julio Laspiur García y defendido por la letrada D^a María Pilar Gaypobes Vitoria; D^a Isabel, D^a Pilar y D^a María representadas por el procurador D. Miguel González Oteiza y defendidas por el letrado D. Carlos Tamburri; la Junta de Compensación del Área AR-01 representada por el procurador D. Miguel González Oteiza y defendida por el letrado D. José Iruetagoiena Aldaz; Construcciones Sanzol S.A.U.; Promociones Inmobiliarias Provigosa S.L. representadas por la procuradora D^a Ana Gurbindo Gortari y defendidas por el letrado D. Héctor Miguel Nagore Sorabilla; y Abaigar Promociones S.L. y defendida por el letrado D. Julián Ignacio Cañas Labairu.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tras los oportunos trámites procesales, mediante escrito presentado el 4 de febrero de 2010 se formalizó la demanda correspondiente al recurso del encabezamiento en suplica, para que *“tenga por formalizado escrito de demanda en el recurso contencioso administrativo referenciado en el encabezamiento y, previos los trámites legales oportunos, dicte en su día Sentencia en la que, estimándolo, declare la nulidad del Acuerdo del Gobierno de Navarra de 23 de febrero de 2009 por el que se aprobó definitivamente el Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal para el desarrollo de un Área Residencial de vivienda protegida en términos de Cordovilla (Galar) y Pamplona, promovido por la “Agrupación de propietarios de Cordovilla, así como, en consecuencia, la de éste y su total ineficacia y virtualidad jurídica, con base y en los términos propugnados en los anteriores fundamentos de Derecho.”*

SEGUNDO.- Por escritos presentados en tiempo y forma, se opusieron a la demanda el Gobierno de Navarra, el Ayuntamiento de Pamplona, D^a Isabel, D^a Pilar y D^a María; la Junta de Compensación del Área AR-01 del Plan impugnado, Construcciones Sanzol S.A.U., Promociones Inmobiliarias Provigosa, S.L. y Abaigar Promociones, S.L.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba, se practicó con el resultado que en autos consta la propuesta y admitida; y, evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo que tuvo lugar el pasado día 30 de noviembre; siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Antonio Rubio Pérez.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Siguiendo el mandato legal, se estructura la demanda rectora de este recurso en dos apartados (además del transcrito suplico) correspondientes a los hechos y a los fundamentos de derecho. El primero contiene un detallado relato de los antecedentes históricos y procedimentales del acuerdo impugnado. El segundo, cinco fundamentos de los que el primero y el inicio del segundo expresan algunas consideraciones, diríamos, de carácter general sobre el propósito de la Administración y la forma (acelerada) en la que ha llevado a cabo la aprobación del PSIS a las que no se anexa consecuencia jurídica alguna. Es en el resto del fundamento segundo y en los tres siguientes donde se expresan los motivos ya concretos en que se pretende sustentar la nulidad del acuerdo impugnado.

Dada la abundancia de éstos, de las consideraciones con que se defienden y de las que se oponen en los múltiples escritos de los codemandados, es forzoso ser sintéticos en su análisis, que haremos, lógicamente, según el orden seguido en la demanda.

SEGUNDO.- Sobre las infracciones de procedimiento en que se incurrió en la tramitación del PSIS.

Siente motivos de este orden, que reseña con las letras a) a g) (ambas inclusives), se exponen en la demanda.

A) Infracción del art. 43.3 L.F. 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Establece este precepto: *“Los Planes Sectoriales de iniciativa particular deberán además contener: a. Estudio de la viabilidad económica de la actuación y duración temporal estimada para su ejecución.*

b. Los compromisos del promotor para el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la misma, que será obligatorio garantizar.

c. Las garantías que deban prestarse para el cumplimiento de las obligaciones de la letra anterior que, no podrán ser inferiores a un importe del 6 % del coste que resulte para la implantación de los servicios y ejecución de las obras de urbanización, según la evaluación económica del propio Plan Sectorial”.

En su interpretación sostiene la demanda que el requisito es de procedibilidad de tal forma que debe cumplirse ab initio, al tiempo de presentación de la solicitud, que en otro caso no pueda tramitarse. No habiéndose hecho así, se incurrió en la causa de nulidad radical del art. 62 e) y f) de la Ley 30/1992.

En nuestra opinión no es eso lo que se desprende de la norma transcrita que dice que los Planes Sectoriales de iniciativa particular “deberán (además) contener”, expresión de la que no resulta, o no necesariamente, que tal contenido haya de preceder a la tramitación del plan bastando con que exista al momento de la aprobación; lo cual es, además, más conforme con la propia exigencia que será más cabalmente satisfecha cuando se conozca el importe de aquello que se ha de garantizar, que según el ap. C) es la implantación de los servicios y la ejecución de las obras de urbanización, por lo que parece acertado el criterio seguido de posponer a ese el momento de hacer efectiva la garantía que, desde luego, ya había sido ofrecida por los promotores.

En todo caso -y aunque hayamos de volver sobre ello- ha de significarse desde ahora que es pacífica la jurisprudencia que restringe, como equivalentes o equiparables a la falta total de procedimiento que sanciona el art. 62.e) LRJPAC, a los defectos de procedimiento que puedan considerarse sustanciales o indispensables (como dice el 63.2), condición que no puede predicarse del aquí denunciado.

En cuanto a la supuesta infracción, en razón al mismo hecho, del ap. f) del art. 62 citado, señalar que el hecho de que no obstante la irregularidad supuesta se siguiese adelante con el procedimiento no implica el reconocimiento a la Agrupación promotora de ningún derecho distinto al que le reconoce -si es que se lo reconoce (sobre esto el fundamento 5º)- la ley.

B) Infracción del art. 15.6 del R.D.Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Dispone este artículo: “6. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística establecerá en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente.” Estableciendo la propia Ley (D.Tª 4ª), en defecto de norma específica, que el 20% de incremento de la población es el parámetro determinante de la necesidad de nueva ordenación, y resultando que tal incremento, según el detalle que se expone, se da como consecuencia de la actuación impugnada, concluye la demanda que tal actuación debió llevarse a cabo mediante la formación o revisión del Plan Municipal y no a través del PSIS que “no constituye ejercicio de forma plena de la potestad de ordenación”. Con ello se incurre en el motivo de la nulidad radical del art. 62.1.b) e) y f).

Como en su propia literalidad resulta, la norma reproducida obliga, en los supuestos a los que remite, a ejercer de forma plena la potestad de ordenación, bien del municipio o bien del ámbito territorial en que se integre. A este ámbito superior corresponde la actuación impugnada en cuanto afecta a los términos municipales de la Cendea de Galar y de Pamplona que, por lo tanto, no podría llevarse a efecto con la sola modificación del Plan Municipal de la primera.

Esta actuación podría haberse ejecutado, ciertamente, mediante la acción coordinada de los municipios nombrados, pero, frustrada esta posibilidad, no cabe duda de que puede ser asumida por el Gobierno de Navarra que tiene competencias plenas en materia de vivienda y de ordenación del territorio (art. 44.1 LORAFUN) para cuyo ejercicio resultan instrumento idóneos los Planos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal que “tienen por objeto la ordenación de actuaciones residenciales, de actividad económica o dotacionales cuya incidencia trascienda, por la magnitud, importancia o las especiales características que presenten, el municipio o municipios sobre los que se asienten (art. 42.1 LF 35/2002).

Por lo demás, si como decimos, el gobierno autonómico es competente para la actuación de que se trata y el Plan Sectorial instrumento idóneo, resulta que el ámbito al que tal actuación afecta no es el de la Cendea de Galar sino éste y el término municipal de Pamplona, y así entendido el incremento poblacional resultante no constituye el supuesto de la D.Tª 4ª por lo que no resultaría exigible lo dispuesto en el art. 15.6.

Rechazamos, por tanto, la premisa mayor del planteamiento y con ella las que serían sus consecuencias relativas a la competencia para la aprobación de la nueva ordenación y al titular de la iniciativa para llevarla a cabo.

C) Infracción del art. 15.3 del R.D. Legislativo 2/2008 citado en el apartado anterior y 25.4 de la Ley de Aguas (RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio) toda vez que el acuerdo impugnado se adoptó sin haberse recabado el informe preceptivo de la Confederación Hidrográfica del Ebro (CHE), lo que comporta su nulidad ex art. 62.1.e) Ley 30/1992.

Estima el recurrente que, constando acreditado el hecho que queda reseñado, sus consecuencias jurídicas no se obvian por el propósito de que sea el Proyecto de Urbanización el que se someta a informe de la CHE ni porque el Plan se desarrolle en términos no incluidos en la zona de policía de cauces, que son las razones dadas por el Acuerdo impugnado para excusar la necesidad del informe en cuestión.

Conviene precisar que los preceptos citados establecen dos mandatos diferenciados. El art. 15, ap. 3, el de que en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá recabarse, entre otros, de informe de la "Administración hidrológica" sobre la existencia de recursos para atender las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico; y el art. 25.4, el de las Confederaciones Hidrográficas siempre que se afecte el régimen y aprovechamiento de las aguas continentales, los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico o a la demanda de recursos hídricos.

En respuesta a tales mandatos, el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 15 de julio de 2008 por el que se declara Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal el que nos ocupa considera que emplazándose la zona residencial del mismo fuera de la zona de policía de cauces, basta con que sea el Proyecto de Urbanización el que sea sometido al informe de la Confederación Hidrográfica, consideración en la que insiste el Acuerdo recurrido.

Aunque pueda entenderse que en el particular referente a la existencia de recursos suficientes para atender la nueva demanda de suministro de agua, los informes en cuestión han sido eficazmente suplidos por el emitido por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, es evidente que no obra en el expediente de elaboración del PSIS el informe que el art. 15.3 demanda de la Administración hidrográfica y el 25-4 de las Confederaciones Hidrográficas; en el primer caso como de incorporación obligatoria en la "fase de consultas", en el segundo con carácter "previo" a la aprobación del acto o plan; en el primer caso "sobre la protección del dominio público hidráulico"; en el segundo, siempre que afecten "al régimen de aprovechamiento de las aguas continentales".

El hecho, repetimos, está constatado y, como tal, no negado de contrario limitándose la Administración a señalar, como ya hemos recogido, que desarrollándose la zona

residencial fuera de la zona de policía de cauces, bastará con un informe posterior a la aprobación del PSIS en el momento de la urbanización que será la que -al decir de otro codemandado- podrá afectar al régimen de aprovechamiento de las aguas continentales.

Estimamos que estas consideraciones no bastan para salvar la palmaria irregularidad. Los textos legales citados son claros en su redacción y terminantes en la exigencia: el informe ha de aportarse con carácter previo, exactamente (art. 15.3) en la fase de consultas; y ha de aportarse siempre que se afecte el dominio público hidráulico o el régimen de aprovechamiento de las aguas continentales. Es obvio que esto último acontece en el caso a la vista de la determinación que el propio PSIS contiene, por lo que la norma resulta vulnerada en su literalidad toda vez que la razón argüida para excepcionarla no se contempla en la misma, en la que nada hay que autorice a proponer el informe a un momento ulterior a la aprobación del Plan (que es, según resulta de la prueba practicada a instancia de la codemandada Junta de Compensación, lo que se hizo en el caso en el que el informe de la CHE se solicitó en el mes de julio de 2009) cuando es clara la voluntad del legislador de que ya la información pública se haga con este contenido.

Si no en el art. 62.e) Ley 30/1992, esta irregularidad constituye el supuesto de anulabilidad sancionado en el 63.2: carecer el acto de un requisito indispensable para alcanzar su fin. En tal sentido la STS 17-2- 2010 (Rec. Casación 2535/2008) para la que si bien “no todos los vicios o infracciones cometidas en la tramitación de un procedimiento tienen entidad jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal” si la tienen aquellos cuyos “defectos muy graves impida al acto alcanzar su fin”... en cuanto suponen “una disminución, real y trascendente, de las garantías...”.

Procede, por tanto, la estimación del motivo sin que la variación en la consecuencia jurídica pedida y concedida comporte incongruencia.

D) Infracción de la D.A.2ª RD 2591/1998 sobre Ordenación de los Aeropuertos de interés general y su zona de servicio, y del art. 11.2 en RD 1367/2007 que desarrolla la Ley 37/2003, del ruido, al no haberse recabado antes de la aprobación inicial los informes preceptivos a que se refieren, lo que determina la nulidad radical del acuerdo impugnado ex art. 62.1.e) L. 35/2002.

Está acreditado que, en efecto, la aprobación inicial se produjo sin que estos informes hubiesen sido requeridos ni, en consecuencia, aportados, requerimiento que se hizo en el acto de aprobación produciéndose la incorporación con posterioridad. El informe fue favorable, así que de lo que se trata es de evaluar la trascendencia jurídica del

retraso con que se produjo que a la luz de la jurisprudencia sobre los artículos 62 y 63 de la LRJPAC no puede encuadrarse ni en el art. 62.e), pues la irregularidad constatada no supone que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ni tampoco en el art. 63.2 en cuanto que el defecto de forma no implica que el acto (aprobación del PSIS) carezca de los requisitos formales indispensables ni haya producido indefensión. Ello a la luz de la jurisprudencia que acabamos de exponer que, además de lo expuesto, insiste en el tratamiento restrictivo que, de cara a su eficacia anulatoria, debe darse a los defectos de forma que es este caso, en el que el informe cuestionado existe y es favorable, sólo supondría la anulación del acto de aprobación a fin de que se incorporase por delante de él el repetido informe.

E) Dispone el art. 70.ter de la Ley 7/1985 del BRL: *“Cuando una alteración de la ordenación urbanística, que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación, incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según conste en el registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia”*.

Dado que tal relación de propietarios no constaba en el expediente en el momento de la aprobación inicial del PSIS, sostiene la demanda que se incurrió en la repetida causa de nulidad radical del art. 62.1.e) L. 30/92.

La explicación dada por la Administración demandada es que la aportación se hizo con posterioridad a la aprobación inicial, pero antes de la definitiva en la que, precisamente a instancia del Ayuntamiento actor, se subsanó el defecto formal que, en consecuencia, no puede entenderse generador de nulidad radical. Para otro de los codemandados (Abaigar Promociones) no hubo irregularidad alguna en tal proceder puesto que la norma no dice en qué momento debe incorporarse la relación en cuestión.

Así es ciertamente. El art. 70 ter sólo dice que *“deberá hacerse constar en el expediente”*, pero resulta patente que la finalidad de la exigencia no es la mera y simple constancia, sino la de propiciar o favorecer que los propietarios concernidos tengan o puedan tener conocimiento de la actuación que afectará o podrá afectar sus derechos, lo cual sólo se consigue, o, al menos, se procura formalmente, si constan como tales en la documentación incorporada antes de la sumisión del Plan a información pública, cosa que no aconteció en el caso en el que, por tanto, no se cumplió con la finalidad de la norma.

Resulta, por tanto, de estimación el motivo por las consideraciones expuestas en el apartado c) de este mismo fundamento.

F) Infracción del art. 15.4 RD Legislativo 2/2008 al no haberse aportado por los promotores, con la documentación inicial el informe o memoria de sostenibilidad económica que este precepto exige y que sólo fue aportado diez días antes de la aprobación definitiva del PSIS, lo cual comporta su nulidad ex art. 62.1.e) Ley 30/1992, toda vez que está fuera de duda que tal informe es requisito previo a la tramitación, máxime en supuestos como el del caso en el que la iniciativa de la ordenación no corresponde a las entidades locales afectadas.

Hasta aquí el planteamiento tiene fundamento formal o procedimental. La consecuencia jurídica se extrae del art. 62.1.e) tantas veces citado que sanciona con la nulidad radical los actos administrativos que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Los datos que acabamos de consignar, y en concreto, el hecho de que el informe fue incorporado antes de que el PSIS fuese informado favorablemente por la COT y, por supuesto, antes de la aprobación definitiva, descarta radicalmente que nos encontremos ante un supuesto de ausencia absoluta de procedimiento que, según unánime jurisprudencia, no se produce por la omisión de un trámite (S: 7-5-93) salvo en supuestos puntuales de excepcional trascendencia (S: 15-6-94) que no es, desde luego, el caso en el que esa especial trascendencia la hace derivar la demanda de los vagos “principios de eficacia y economía que rigen la actuación de las Administraciones Públicas” porque, ciertamente, no se desprende de la letra de la norma, que exige que “la documentación de los instrumentos de ordenación... deben incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica...”, pero no señala como inexcusable que tal contenido haya de obrar desde el principio pareciendo bastante que lo haga antes de ser aprobada la actuación al objeto de que pueda ser valorado por la autoridad u organismo competente para tal aprobación. Razones todas estas que no excluyen la nulidad radical sino también la anulabilidad a que nos venimos refiriendo en los apartados anteriores.

Claro es que, además de denunciar el defecto formal, la demanda incide en el contenido del informe finalmente aportado y se reserva para conclusiones la valoración al no poder hacerla ella misma por las razones que expone. Esa valoración es negativa en cuanto reputa insuficiente y falto de motivación el informe, pero eso nada tiene que ver con la fundamentación jurídica del motivo que, según se expone en la demanda, es el ya señalado de ausencia del informe. Y, además, viene a su vez fundada en consideraciones tan ambiguas: petición de principio en que incurre (se utilizan criterios encaminados a conseguir que el resultado cuadre) o referencia a los informes en la Cámara de Comptos sobre la insuficiencia económico-financiera de las haciendas de los municipios de la Cuenca de Pamplona, etc., que no podrían por sí mismas evidenciar su pretendida invalidez en el caso de que por esta vía pudiésemos

acceder al análisis sobre el cumplimiento del requisito exigido por el precepto que encabeza este apartado o el otro del que subsidiariamente hemos hecho antes uso.

G) Infracción de los art. 13.4 RDLeg. 2/08 y 32.1 y 2 y 42 de la Ley Foral 14/2005, de 22 de noviembre, del Patrimonio Cultural de Navarra, en cuanto que el acuerdo impugnado no incluyó entre las determinaciones de la aprobación definitiva las medidas necesarias para garantizar la protección de los yacimientos arqueológicos identificados en el informe emitido el 21 de abril de 2008 por el Servicio de Patrimonio Histórico del Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno de Navarra como existentes en el ámbito del PSIS fijando su clasificación urbanística como suelo no urbanizable cuyo régimen de protección señalaba, lo que determina la nulidad ex art. 62.1.e) Ley 30/1992.

Disponen los aps. 1 y 2 del art. 32, el que se nos antoja más relevante de los tres citados: *“Instrumentos de ordenación territorial y planeamiento urbanístico.*

1. Los instrumentos de ordenación territorial y planeamiento urbanístico, así como las evaluaciones ambientales de planes y programas y los proyectos que se sometan a evaluación de impacto ambiental deberán contener, dentro de su documentación, determinaciones para garantizar la conservación y protección de los bienes inscritos en el Registro de Bienes del Patrimonio Cultural de Navarra o recogidos en el Inventario Arqueológico de Navarra.

2. El apartado donde se recojan estos aspectos o cualquier otra determinación que pueda afectar al Patrimonio Cultural inmueble requerirá de informe vinculante del Departamento competente en materia de cultura, cuyas determinaciones quedarán incorporadas en la resolución del expediente.” Se sostiene en la demanda que, dado el informe de 21-4-2008 y lo dispuesto en los preceptos reproducidos; y dado que “el acuerdo impugnado omite toda referencia a la clasificación urbanística y régimen de los yacimientos” y no incluye determinación alguna sobre las medidas necesarias para garantizar las previsiones del informe de 28-4-08, se incurrió en la infracción denunciada que no se enerva por el hecho de que el Departamento de Cultura autorizase que la intervención prevista para el estudio arqueológico y geomorfológico pudiera realizarse una vez aprobado definitivamente el PSIS por cuanto el Departamento en cuestión no puede excepcionar la exigencia legal y porque la intervención autorizada no suple por sí misma el régimen de protección fijada en el informe de 21 de abril aunque pudiera finalmente dar lugar a otro más acorde con la realidad y características de los yacimientos.

El informe de 21 de abril 2008 fue emitido, con anterioridad a la presentación del Plan ante el Gobierno de Navarra (30 de junio de 2008), pero en función del mismo, a

instancia del Director del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo y, en resumen, estableció como régimen de protección de los cinco enclaves catalogados en el ámbito territorial del PSIS “el definido por la Ley Foral 14/2005” que se extiende al entorno (50 m) y prohíbe ningún tipo de actividad constructiva o no constructiva si implica movimiento de tierra, considerando el impacto del PSIS como “crítico” “resultando su ejecución incompatible con la conservación del Patrimonio Arqueológico referido. Y añade, “de tal forma que sólo se informará positivamente si se garantiza la conservación íntegra de los citados yacimientos”.

El informe es, desde luego, contundente en sus términos. Pero resulta que, ya en el contexto de la tramitación del Plan, el mismo Departamento de Cultura y Turismo - Institución Príncipe de Viana, a requerimiento del de Ordenación del Territorio, informó que estima posible la aprobación definitiva del PSIS siempre que se adopten las determinaciones necesarias para que quede asegurado que no se realizará ninguna obra de urbanización o edificación que pudiera afectar a los ámbitos prefijados hasta tanto se realizare el estudio previsto para evaluar el concreto alcance del patrimonio afectado y la afección que en él podría ocasionar la urbanización a desarrollar, incluyendo entre tales determinaciones la modificación de la ordenación aprobada si fuese necesario.

Tales hechos revelan que, en rigor, no ha habido incumplimiento ni formal ni material de la normativa transcrita o, cuando menos, de su finalidad. La Administración competente en la materia es la que autorizó expresamente posponer a la aprobación definitiva la concreción de las medidas a adoptar para garantizar el régimen de protección previsto en la Ley Foral a que se refiere el informe de 21 de abril 2001 que sólo cobra operatividad, ciertamente, en el momento de las obras de urbanización o de edificación.

Puede, por tanto, decirse que determinaciones hubo y se expresaron en el acto aprobatorio con respeto a lo establecido por la Administración competente.

TERCERO.- Sobre los objetivos o finalidades de índole territorial y urbanística que justifican el PSIS.

Según el propio acuerdo impugnado, son dos los fines que justifican el PSIS: Atender a la demanda de vivienda protegida y resolver la descoordinación urbanística entre los Ayuntamientos de Pamplona y Galar.

En relación con el primero de ellos, se sostiene en el fundamento 3º de la demanda: que, en principio, el instrumento idóneo para tal fin es el Plan Municipal, que el Plan

Sectorial sólo se justifica si el territorio elegido es imprescindible al efecto, circunstancia que no se da en el caso en el que, además de parecer lo contrario por su proximidad al aeropuerto y grandes vías de comunicación, con sus consecuencias medioambientales (ruido), no existe un sólo estudio o informe que acredite ni la necesidad de hacerlo en Donapea ni la de la existencia de la propia demanda de vivienda protegida que realmente no existe, como acredita el informe de la Cámara de Comptos coetáneo del PSIS a cuya conclusión ha de añadirse los resultados de otras realidades residenciales con desarrollos en curso (Guendolain, PSIS P.R.Camino de Santiago) o previstos (Lezkairu- Arrosadía, Ardoy, Ripagaina) que ponen de manifiesto la existencia de un importante excedente de vivienda desocupada en la Cámara de Pamplona.

De todo ello se concluye que no existe urgencia en la atención de una demanda de vivienda protegida ni razón para elegir Donapea, frente a otros posibles emplazamientos, para atenderla, lo que supone la inviabilidad jurídica en PSIS y la nulidad del Acuerdo recurrido.

Junto a ello, tampoco existe urgencia, a tenor de la explicación que se ofrece, en la ordenación conjunta de la Avenida de Zaragoza de los términos municipales de Galar y Pamplona, que, por otro lado, debe realizarse mediante el Plan conjunto cuya formulación y aprobación compete al Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio.

Como se ve, toda la argumentación -aquí resumida- es de oportunidad. La demanda viene a expresar finalmente la disconformidad del demandante con la valoración que la Administración competente para la aprobación del Plan hace de las circunstancias atinentes a la necesidad de atender la que es su finalidad esencial: demanda de vivienda residencial, y a la elección en lugar para ejecutarlo. En ambos extremos opera, indudablemente, la amplia discrecionalidad que asiste a la Administración titular de la facultad en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística, premisa desde la que, en consecuencia, ha de responderse a estas cuestiones. A partir de ella, la Administración demandada ha explicado, en primer lugar, cómo los Planes Sectoriales -ya lo vimos antes tiene entre sus finalidades las actuaciones residenciales y son de competencia de la Comunidad Foral que se sobrepone a las municipales.

En relación con la necesidad de vivienda protegida, cómo por mandato legal (art. 7L.F.8/2004) el Gobierno de Navarra está obligado a promover y garantizar la construcción de 13.000 viviendas de las que al momento de aprobación del PSIS Donapea sólo se habían clasificado 7.213. Y en cuanto a la elección del emplazamiento, cómo Donapea está considerado en las normas urbanísticas comarcales ámbito idóneo para la implantación de desarrollos residenciales y cómo

ello está justificado en la documentación del PSIS a través del informe previo a su tramitación.

Así que, como decimos, la cuestión es de discrepancia con los criterios de la Administración actuante, discrepancia cuyo éxito exige una cumplida prueba del error o irracionalidad con que ésta actuó en el ejercicio de sus facultades discrecionales que, desde luego, no se ha producido en este proceso, pues no puede otorgársele valor alguno, frente al mandato legal ya reseñado, al informe de la Cámara de Comptos o de alguna otra institución (Instituto Juan de Mariana) sobre una realidad social que, además de la elasticidad de su valoración, no era ni mucho menos evidente en el momento en que se inicia la tramitación del plan impugnado.

En cuanto a la ordenación del espacio "Avenida de Zaragoza", es un hecho no negado que su realización mediante el Plan Conjunto de los otros municipios afectados no es posible toda vez que no resultaría viable su formulación y aprobación por la Administración autonómica sin la participación de uno de tales municipios, el de Pamplona que ha renunciado a tal posibilidad.

El motivo, por tanto, debe desestimarse.

CUARTO.- Vulneración de los principios de proporcionalidad y sostenibilidad.

Aunque debe realizarse en colaboración con las demás Administraciones implicadas, la ordenación en términos de amplitud de su territorio, corresponde al municipio mediante la aprobación o reversión del Plan Municipal. A ello no se opone la posibilidad -que se acepta- de que la administración autonómica pueda a través del PSIS ordenar el suelo con fines residenciales, pero respetando los límites de la necesaria armonía del modelo de desarrollo u ordenación de manera que se eviten los inconvenientes que puedan surgir de la participación de los diversos agentes con competencia en la materia. Así se deriva de la exigencia de sostenibilidad de la ordenación urbanística y territorial estatuido por la Ley 8/2007 y su TR en la exposición de motivos de éste, en su art. 15.6 y en la D.Tª.4ª. Aplicado al caso, supone que la ordenación de la Meseta de Donapea no puede realizarse mediante el PSIS sino a través de la revisión del Plan Municipal de Galar (que el propio Gobierno de Navarra puede activar) ya que comporta, en relación con este municipio, un incremento de población superior al establecido en la D.Tª.4ª al que ya se hizo referencia anteriormente (Fdtº 2º, ap. B).

Este motivo viene a su reproducción, en otros términos, del expuesto en el fundamento de derecho segundo, apartado b), de la demanda pues a, la postre, lo que viene a

sostenerse es que se vulneran el principio de proporcionalidad y se produce una inmisión ilegal en las competencias del Ayuntamiento de Galar al procederse a la ordenación urbanística o territorial de parte importante de su término mediante instrumento inidóneo y por Administración incompetente.

Ya hemos dicho en el apartado citado que figura entre las competencias de la Administración Foral promover actuaciones residenciales como las que motivan al PSIS impugnado y que éste es instrumento idóneo al efecto cuando se implican terceros pertenecientes a distintos municipios. A partir de tal premisa, el art. 15 del RDLegislativo 2/2008 sólo puede interpretarse como dirigido al planificador municipal que será quien en su actuación queda sujeto a su previsión. De otro modo quedarían de facto abolidas las facultades de la Administración autonómica que nunca podría iniciar actuaciones de ordenación territorial y/o urbanísticas de magnitud que son, justamente, el ámbito en que cobra pleno sentido su intervención.

QUINTO.- La “última tacha de nulidad radical” que enuncia en el fundamento correlativo de la demanda se hace derivar del hecho de haber reconocido el acuerdo impugnado a la “Agrupación de propietarios de Cordovilla”, que actuó como promotora del PSIS, una condición o facultad: la de promoverlo, que no tiene, lo que comporta la nulidad postulada ex art. 62.1.f).

Es notable el esfuerzo que en la defensa de tal tesis despliega el recurrente, en parte con apoyo en las alegaciones formuladas en el expediente por un tercero. Pero no lo será tanto el necesario para rechazarla: la regulación legal en este extremo es tan clara que aquellos esfuerzos más parecen, en todo caso, idóneos para reformarla que para desconocerlo y dejarla de aplicar pese al mandato constitucional (art. 117.1 C.E.) en tal sentido. El art. 45.1 L.J. 35/2002 establece “que los Planes y Proyectos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal podrán ser promovidos por la iniciativa pública y privada”. Y el 43.3 que “Los Planes Sectoriales de iniciativa particular...”. Así que no hay distingo posible entre los planes “de” iniciativa particular y los planes “a” iniciativa particular; ni posibilidad alguna de restringir la aplicación del art. 45 a sólo los proyectos, extremos estos sobre los que versan las disquisiciones de la demanda.

SEXTO.- No se aprecia temeridad ni mala fe a efectos de costas (art. 139 L.J.).

En atención a todo ello, en nombre de su Majestad el Rey, y por la autoridad conferida por el Pueblo Español,

FALLAMOS

Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo, anulamos por contrario al Ordenamiento Jurídico, el acuerdo del Gobierno de Navarra de 23 de febrero de 2009 por el que se aprobó definitivamente el Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal para el desarrollo de un Área Residencial de vivienda protegida en los términos de Cordovilla (Galar) y Pamplona por los motivos expuestos en los apartados C) y E) del fundamento jurídico segundo de esta sentencia, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, y contra la que cabe recurso de casación, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Ignacio Merino Zalba.- Antonio Rubio Perez.- Francisco Javier Pueyo Calleja.

Diligencia.- En Pamplona 20 de diciembre de 2011. La extiendo yo, el Secretario para hacer constar que en el día de la fecha, me ha sido entregada la precedente sentencia debidamente firmada para su notificación a las partes y publicidad establecida legalmente, uniendo a los autos certificación literal de la misma y archivando el original. Doy fe.