

Id Cendoj: 28079130052009100528
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
 Sede: Madrid
 Sección: 5
 Nº de Recurso: 2573/2005
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x PLANES GENERALES MUNICIPALES DE ORDENACIÓN URBANA x
- x EJECUCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA x
- x MODIFICACIÓN (PLANEAMIENTO) x
- x CARGA DE LA PRUEBA x

Resumen:

Plan General de Ordenación Urbana. Modificación para impedir ejecución de sentencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Septiembre de dos mil nueve

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 2573/05 interpuesto por el CONSELL INSULAR DE IBIZA Y FORMENTERA, representado por el Procurador D. Antonio Sánchez-Jáuregui Alcalide, y por el AYUNTAMIENTO DE SAN ANTONI DE PORTMANY, representado por la Procuradora D^a Lucía Vázquez Pimentel, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 30 de marzo de 2005 (recurso contencioso-administrativo 1832/97). Ha sido declarado desierto el recurso de casación contra la misma sentencia preparado por la representación de las entidades Roca Son, S.A., Tierra Ibicenca, S.L., Sol Bahía, S.A. y de D^a Coral .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares dictó sentencia con fecha 30 de marzo de 2005 (recurso contencioso-administrativo 1832/97) en la que, estimando el recurso contencioso- administrativo interpuesto por D. Alejo , se anula la resolución del Pleno del Consell Insular de Ibiza y Formentera de 12 de septiembre de 1997 desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Insular de urbanismo de 3 de febrero de 1997 por la que se aprueba definitivamente la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Sant Antoni "**Calo des Moro**", término municipal de Sant Antonio de Portmany.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida expone en su fundamento primero que, según la Memoria de la Modificación del Plan General impugnada, dicha modificación del planeamiento se justifica por las siguientes necesidades y objetivos:

<< (...) 1º.- Necesidad de modificar las determinaciones del perfil viario de viales de **Calo des Moro**. Tal necesidad se origina por la necesidad de adaptar los perfiles viarios originalmente previstos en la zona a las actuaciones que se van a llevar a cabo en la misma como consecuencia del desarrollo del "Plan de Embellecimiento de Zonas Turísticas", promovido por la Consellería de Turismo del Govern Balear.

2º.- Modificar el emplazamiento del Puerto Deportivo originariamente proyectado. Tras procederse a un estudio concreto, se considera necesaria la modificación de la ubicación del Puerto Deportivo con la finalidad de ubicarlo más al norte para facilitar su protección, por la mayor facilidad de comunicación a la red viaria costera y por la voluntad municipal de destinar la zona de **Caló des Moro** a zona de baños. La citada

modificación del emplazamiento del Puerto Deportivo fue objeto de un plan especial para su desarrollo.

3º.- Creación de una nueva zonificación Urbanística "Hotelera D" en la zona de "**Calo des Moro**" como sustitución puntual de las zonas originariamente calificadas como "Extensiva C" y "Extensiva F". Dicha creación responde a la necesidad de reconocimiento de una realidad urbanística existente, por cuanto los edificios existentes en la zona en cuestión, dado su carácter hotelero, precisan de su reconocimiento y adaptación al Planeamiento. Los edificios afectados por la Modificación -total 6, entre ellos el edificio Sol Bahía cuyo promotor es el codemandado entidad Sol Bahía S.A.- resultan poseer licencias de edificación anteriores a la fecha 2/06/87, de aprobación definitiva del PGOU vigente, resultando ser, con sus fechas de concesión de licencias de edificación -que quedan incluidas en el Anexo nº 1 a la Memoria, las que se mencionan. "Por medio de la presente Modificación los edificios en cuestión dejan de estar en una situación de "Fuerza de ordenación" a la que le había destinado el Planeamiento y confirman su realidad edificatoria respecto del planeamiento urbanístico"...>>.

Por lo demás, para una adecuada delimitación de la controversia planteada en el proceso de instancia el mismo fundamento primero de la sentencia deja reseñados los antecedentes que siguen:

<< (...) A) El actor es titular del pleno dominio de una finca sobre la que se alza una vivienda unifamiliar, ubicada en la zona, de carácter eminentemente residencial, denominada "**Calo Des Moro**" del término municipal de Sant Antonio de Portmany.

B) En fecha 1 de marzo de 1.986, el Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany concedió licencia para construir un edificio de apartamentos en el mencionado paraje, a la entidad, hoy codemandada, Sol Bahía, S.A., que al haber sido impugnada por varios vecinos, entre ellos, el hoy actor, Don Alejo , determinó que fuera desestimado el recurso de reposición por el Ayuntamiento el 19 de julio del mismo año. Llevado el asunto a la vía jurisdiccional dio lugar a los recursos de esta Sala números 331, 332, 333 y 334 de 1.986 , acumulados, que terminaron con la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 30 de octubre de 1.989 anulando dichos acuerdos municipales, "cuya licencia anulamos por no ser ajustada a derecho, debiendo en consecuencia ser demolidas las obras realizadas a su amparo".

En esta sentencia del Tribunal Supremo, que no tenía en cuenta y no aplicaba el Plan General de Ordenación Urbana por haber sido aprobado definitivamente el 02.06.1987, anulaba la referida licencia por cuanto "el paraje donde se pretendía la edificación y se otorgó la licencia, no merece la calificación de suelo urbano, no sólo por carecer de elementos esenciales para su calificación como tal.... Sino porque la zona donde se ubica no se halla en absoluto consolidada por edificaciones similares a la del proyecto.... su superficie no está consolidada; no está ocupada por dos terceras partes de construcción, sino por viviendas unifamiliares con zonas ajardinadas. De ahí que el Plan Provincial de Baleares de 1.973, propiciase como calificación de este terreno la de zona residencial extensiva baja, en cuanto zona exterior al casco urbano...".

C) Instada la ejecución de la anterior sentencia, las vicisitudes surgidas como consecuencia de su no ejecución y de la declaración señalada por esta Sala, en Auto de fecha 26 de marzo de 1.992 en el que se tenía por ejecutada la sentencia ante la imposibilidad material de llevar cumplido término la misma, ya que a través de la certificación de la Secretaría del Ayuntamiento se hacía constar que el Plan de Ordenación en vigor en San Antonio era el ya expresado de 2 de junio de 1.987 y publicado en el BOCAIB de 21 de julio de 1.987, estando clasificado como suelo urbano, extensivo C, el terreno litigioso, dio lugar a que el Tribunal Supremo conociendo en recurso de apelación contra el anterior Auto, dictara la sentencia, de fecha 27 de julio de 1.998, por la que se declaraba el derecho del recurrente, Sr. Alejo , a que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1.989 fuera ejecutada en sus propios términos y con los pronunciamientos indicados en el fundamento séptimo ...>>.

Partiendo de tales datos, la sentencia recurrida explica (fundamento segundo) que la cuestión de fondo controvertida consiste en "...determinar si con el nuevo planeamiento [la Modificación impugnada] se pretende por la Administración demandada, Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, eludir el cumplimiento de la sentencia firme (...) a virtud de la cual resultó anulada la licencia que dicho Ayuntamiento había otorgado en fecha 1 de marzo de 1986 a la sociedad Sol Bahís, S.A....".

TERCERO.- La posición de los litigantes en torno a esa cuestión controvertida en el proceso de instancia la sintetiza la sentencia en los siguientes:

<< (...) TERCERO.- Como se ha indicado, a continuación, el actor argumenta que con el nuevo planeamiento la Administración ha intentado eludir el cumplimiento de la sentencia favorable al mismo, de fecha 30 de octubre de 1.989 , confirmada por la de 27 de julio de 1.998 que ratifica la anterior y ordena la

demolición del edificio en el término de tres meses. Al respecto, y dejando a un lado las incidencias actuales en lo que respecta a la referida ejecución de dicha sentencia -se ha dictado por dicho Alto Tribunal la sentencia de 27 de octubre de 2.004 por la que declara que no procedía suspender la ejecución de las sentencias dictadas como consecuencia de la existencia del presente recurso-, afirma "el desigmo espurio de la Modificación Puntual y, por ello, el vicio que invalida este nuevo planeamiento, por haberse dictado el acto recurrido incurriendo en desviación de poder". La modificación de ciertos viales y el cambio de emplazamiento del Puerto Deportivo, razona, solo han servido para enmascarar el propósito torticero de eludir el cumplimiento de la sentencia, ya que no ha habido una justificación real de que con ello se hayan satisfecho los intereses públicos y generales, sino más bien responde a fines particulares, dando lugar a una reserva de dispensación no permitida. Al respecto indica que los edificios que se legalizan con la Modificación eran edificios construidos en contradicción con la ordenación urbanística del momento, habiendo quedado fuera de ordenación tras la aprobación del Plan General, a excepción del edificio del Sol Bahía, S.A., por cuanto por efecto de la sentencia se ordenó su demolición, siendo por tanto inexistente.

Frente a las anteriores alegaciones las Administraciones demandadas resaltan la incuestionable competencia de las mismas para modificar el planeamiento -es mucho más amplia y compleja que afecta a otros establecimientos hoteleros que se hallan en la misma situación de fuera de ordenación- teniendo en cuenta, en base al *ius variandi*, la realidad preexistente de la zona, contando además con otros objetivos como es la adaptación de perfiles viarios en el marco del Plan de Embellecimiento de las zonas turísticas o el cambio de ubicación del Puerto Deportivo. Consideran una "falacia" la alegada intencionalidad de pretender eludir el cumplimiento de una sentencia posterior a la aprobación definitiva de dicha modificación, pues entonces sólo existía el Auto de esta Sala de 26 de marzo de 1.992 que tenía por ejecutada la sentencia. Por su parte el resto de los codemandados, ratificando los argumentos de las Administraciones, indican, de un lado, que el Consell Insular no tiene porque tener interés alguno en el tema de una ejecución de sentencia, y de otro, que ellos tampoco tienen que ver en dicha cuestión puntual planteada entre el actor y el Ayuntamiento...>>.

A partir de ahí, la sentencia de instancia hace en su fundamento cuarto diversas consideraciones sobre el significado y alcance del *ius variandi* reconocido a la Administración en materia de planeamiento urbanístico y los límites a dicha potestad de innovación. A continuación, en el mismo fundamento cuarto, la Sala de instancia entra a examinar las circunstancias del caso concreto examinado y expone lo siguiente:

<< (...) En el supuesto de autos, la capacidad innovativa de la Modificación, sin perjuicio -como hemos señalado- de su carácter motivado a través del contenido de la Memoria, con independencia de la referencia a los viales y puerto deportivo, se encuentra en la creación de una nueva zonificación Urbanística "Hotelera D" en la zona de "**Calo des Moro**" como sustitución puntual de las zonas originalmente calificadas como "Extensiva C" y "Extensiva F". Dicha creación responde a la necesidad de reconocimiento de una realidad urbanística existente, por cuanto los edificios existentes en la zona en cuestión dado su carácter hotelero, precisan de su reconocimiento y adaptación al Planeamiento. Los edificios afectados por la Modificación, -total 6, entre ellos el edificio Sol Bahía cuyo promotor es el codemandado entidad Sol Bahía S.A.- resultan poseer licencias de edificación anteriores a la fecha 2/06/87, de aprobación definitiva del PGOU vigente, resultando ser, con sus fechas de concesión de licencias de edificación -que quedan incluidas en el Anexo nº 1 a la Memoria, las que se mencionan. "Por medio de la presente Modificación los edificios en cuestión dejan de estar en una situación de "Fuera de ordenación" a la que le había destinado el Planeamiento y confirman su realidad edificatoria respecto del planeamiento urbanístico".

No obstante la anterior motivación, que parece más bien justificativo de la tramitación de dicha Modificación, es lo cierto que, a través de la prueba practicada y alegaciones de las partes, ha quedado acreditado su falta de justificación de las determinaciones del *artículo 38 del Reglamento de Planeamiento*, y ello haciendo nuestras las manifestaciones del perito judicial:

"En el primer párrafo del Objetivo 3, se indica que las zonas "Extensiva C y F", modifican su calificación y pasan a "Hotelera D". Si se analiza el plano nº 3.3 modificado y sin modificar, se observa que se mantienen las mismas zonas "Extensiva C y F". La única diferencia entre ambos es que en el modificado, aparecen dentro de las zonas "Extensivas C y F" seis zonas "Hotelera D", que corresponden a los seis edificios de la lista anterior. Para este objetiva NO ERA NECESARIO CREAR UNA ZONA HOTELERA NUEVA YA QUE EL USO HOTELERO ESTA PREVISTO EN AMBAS "EXTENSIVO C y F".

Si analizamos porque se crea una nueva zona "Hotelera D", si en el plan ya existían tres tipos de zonas hoteleras "A, B y C", con diferentes intensidades edificatorias, nos damos cuenta que es para adaptar los parámetros de las Normas a los seis edificios de la lista antes citados. Si la parcela mínima en estas zonas esta entre 5000 y 10000 m2 en la nueva zona "D", es de 500 m2. Si la fachada mínima es de 50 m. en las hoteleras del plan antiguo en la nueva hoteleras es de 20 m. La ocupación máxima de las otras

hoteleras está entre el 340-40%, en la D es del 60 %.

Los edificios no están "Fuera de Ordenación" por su uso hotelero, ya que el uso hotelero está permitido en las "Extensivas C y F" y además todos tienen licencia, excepto el Sol Bahía que tiene la licencia anulada por el Tribunal Supremo. Estos edificios se rigen por el *Art. 71* de las normas, "Edificios Existentes".

No parece pues lógica, ni urbanísticamente correcta una modificación del PGOU para legalizar un edificio. Más bien parece una reserva e dispensación para un edificio concreto.

Por todo ello entiendo que el contenido no cumple con los fines y objetivos de la Memoria".

El anterior dictamen y conclusiones, por las Administraciones demandadas y codemandados no ha sido desvirtuado, ni con las aclaraciones formuladas en el acto procesal de emisión del dictamen, ni en sus escritos de conclusiones. Es por ello que debe llegarse a la conclusión de falta de justificación de la Modificación impugnada.

Llegados a este extremo, las alegadas, desviación de poder en la actuación del Ayuntamiento demandado; la reserva de dispensación; la falta de uniformidad, con dispar reparto de beneficios y cargas (ya que la edificabilidad permitida es muy superior que para las restantes parcelas de la misma zona e incluso de la misma manzana); la contravención del Plan Provincial de Baleares de 1973; y asimismo la infracción de la normativa de esta Comunidad Autónoma sobre edificios e instalaciones fuera de ordenación, y otros motivos de impugnación alegados por el actor -respecto de los que el resto de las partes demandadas no formularon oposición alguna- deben conducir a la estimación del recurso y a la nulidad de la Modificación impugnada.

La anterior conclusión, junto con la apreciación y valoración de los hechos a los que hemos hecho referencia en el primer fundamento de derecho de la presente resolución y manifestada aquélla por el devenir de los acontecimientos derivados de la actuación municipal expresados, tanto en el incidente de ejecución de sentencia del Tribunal Supremo por la que se anuló la licencia de obras concedidas y la demolición del edificio y las sentencias que le han seguido en dicho trámite, como en las variaciones del planeamiento hasta llegar a la actual modificación, deben conducir a estimar, como causa principal de anulación, el que la modificación cuestionada lo fue con el único propósito de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute.

Procede por tanto la estimación del presente recurso...>>.

CUARTO.- La representación del Consell Insular de Ibiza y Formentera preparó recurso de casación contra dicha sentencia y efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado en el que aduce dos motivos de casación, el primero de ellos al amparo de lo previsto en el *artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción* y el segundo invocando el *artículo 88.1.c/ de la misma Ley*. El enunciado de tales motivos es, en síntesis, el siguiente:

1. Infracción de los *artículos 47, 48 y 49 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976* en relación con los *artículos 38, 154 y 156 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico* aprobado por *Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio*, y de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento y su posible revisión judicial.

2. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia tanto en lo que se refiere a la valoración de la prueba y a la carga de la misma como en lo relativo a su necesario reflejo en la motivación de la sentencia.

El escrito termina solicitando que se dicte sentencia estimatoria del recurso de casación por la que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, desestime el recurso contencioso-administrativo confirmando la legalidad de los actos administrativos impugnados.

QUINTO.- También preparó recurso de casación contra la sentencia la representación del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, que formalizó su interposición mediante escrito presentado el 26 de mayo de 2005 en el que alega un motivo de casación (lo denomina "primero" pero en realidad es "único") al amparo de lo previsto en el *artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción*. Alega la infracción de los *artículos 47, 48 y 49 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976* en relación con los *artículos 38, 154 y 156 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico* aprobado por *real decreto 2159/1978, de 23 de junio*, y de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad de la potestad de

planeamiento y su posible revisión judicial. El escrito termina solicitando que se dicte sentencia que, estimando el recurso de casación, case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, desestime el recurso contencioso-administrativo confirmando la legalidad de los actos administrativos impugnados.

SEXTO.- La Sección Primera de esta Sala dictó auto con fecha 7 de septiembre de 2005 , confirmado en súplica por auto de 16 de noviembre de 2006 , en el que se declara desierto el recurso de casación preparado por la representación de las entidades Roca Son, S.A., Tierra Ibicenca , S.L., Sol Bahía, S.A. y de D^a Coral .

SÉPTIMO.- En los autos remitidos por la Sala de Baleares consta que la representación de D. Alejo -demandante en el proceso de instancia- fue emplazada para que pudiese comparecer ante esta Sala, sin que se haya producido su personación.

OCTAVO. - Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo fijándose finalmente al efecto el día 22 de septiembre de 2009, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como ha quedado señalado en el encabezamiento y en los antecedentes primero, segundo y tercero, en las presentes actuaciones se examinan los recursos de casación interpuestos por el Consell Insular de Ibiza y Formentera y por el Ayuntamiento de Sant Antonio de Portmany contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 30 de marzo de 2005 (recurso contencioso-administrativo 1832/97) en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Alejo , se declara contraria a derecho la resolución del Pleno del Consell Insular de Ibiza y Formentera de 12 de septiembre de 1997 desestimatoria del recurso ordinario interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Insular de urbanismo de 3 de febrero de 1997 por la que se aprueba definitivamente la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Sant Antoni "**Calo des Moro**", término municipal de Sant Antonio de Portmany, anulándose en consecuencia los mencionados actos administrativos.

También preparó recurso de casación la representación de las entidades Roca Son, S.A., Tierra Ibicenca, S.L., Sol Bahía, S.A. y de D^a Coral -personadas en el proceso de instancia como parte codemandada-, pero, como hemos dejado señalado en el antecedente cuarto, su recurso de casación fue declarado desierto por auto de la Sección Primera de esta Sala de 7 de septiembre de 2005 , confirmado en súplica por auto de 16 de noviembre de 2006 .

SEGUNDO.- Ya hemos visto en los antecedentes segundo y tercero los datos de los que parte la Sala de instancia para abordar el núcleo de la controversia, así como el posicionamiento de los litigantes en torno a la cuestión objeto de debate, y, en fin, las razones dada por la Sala de instancia para fundamentar la estimación del recurso contencioso-administrativo.

También ha quedado señalado, en los antecedente cuarto y quinto, el enunciado de los motivos de casación aducidos por el Consell Insular de Ibiza y Formentera y por el Ayuntamiento de Sant Antonio de Portmany en su respectivos escritos de interposición del recurso. Hemos visto que el motivo primero del Consell Insular y el motivo único del escrito del Ayuntamiento aparecen formulados en términos sustancialmente iguales, si es que no idénticos. Puesto que tales motivos se refieren al debate de fondo, dejaremos su examen para un momento posterior y abordaremos en primer lugar el segundo de los motivos de casación que aduce el Consell Insular.

TERCERO.- La representación del Consell Insular de Ibiza y Formentera alega en su escrito, como motivo de casación segundo, la infracción de las normas reguladoras de la sentencia tanto en lo que se refiere a la valoración de la prueba y a la carga de la misma como en lo relativo a su necesario reflejo en la motivación de la sentencia

Con relación a la carga de la prueba, en el desarrollo del motivo se alega la infracción del *artículo 217, apartados 1, 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , aduciendo que la sentencia imputa erróneamente las consecuencias de la falta de prueba a una parte a la que no corresponde. Pues bien, el planteamiento del Consell recurrente no puede ser acogido pues no es cierto que en la sentencia se opere una inversión de la carga de la prueba.

Hemos visto que para fundamentar su decisión la Sala de instancia parte de una secuencia de

acontecimientos que la propia sentencia enumera y cuya síntesis es: 1) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989 (apelación 1223/1988) que, estimando recurso de apelación interpuesto por D. Alejo , declara la nulidad de los actos de concesión de licencia, ordenándose en consecuencia la demolición de lo construido. 2) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1998 (apelación 7087/92) que, estimando también recurso de apelación interpuesto por el Sr. Alejo , declara el derecho de éste a que aquella sentencia de 30 de octubre de 1989 sea ejecutada en sus propios términos. 3) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 (casación 3209/02) que declara haber lugar al recurso de casación dirigido contra el auto de la Sala de instancia de 11 de marzo de 2002 que había decidido dejar en suspenso la ejecución de la sentencia hasta la resolución del recurso contencioso-administrativo dirigido contra la aprobación definitiva de la Modificación del planeamiento que ahora nos ocupa.

Partiendo de tales antecedentes, la Sala de instancia examina el contenido y alcance de la Modificación aprobada y la justificación de ella se hace en la Memoria del documento, para, seguidamente, conjugando tales datos con el resultado de la prueba pericial practicada, llegar a la conclusión de que la Modificación no esta debidamente justificada por haber sido aprobada "...con el único propósito de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute".

No hay, por tanto, inversión alguna de la carga de la prueba ni cabe tachar la sentencia de falta de motivación. La Sala de instancia alcanza una conclusión a partir de una valoración razonada de datos y elementos de prueba obrantes en el expediente o en las actuaciones procesales; y el que la sentencia no aluda de manera expresa a determinados informes emitidos por los técnicos de la Administración que figuran en el expediente no permite afirmar que la decisión de la Sala de Baleares no está debidamente fundamentada pues, acabamos de señalarlo, la Sala de instancia ofrece explicación razonada y suficiente acerca de los antecedentes y elementos de prueba que sirven de sustento a la su decisión.

CUARTO.- Tanto el Consell Insular de Ibiza y Formentera (motivo primero de su escrito) como el Ayuntamiento de Sant Antonio de Portmany (motivo de casación único) alegan la infracción de los *artículos 47, 48 y 49 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976* en relación con los *artículos 38, 154 y 156 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico* aprobado por *Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio* , y de la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento y su posible revisión judicial.

Frente a lo que sostienen los recurrentes, no es cierto que la Sala de instancia haya ignorado el *ius variandi* que debe reconocerse a la Administración en materia de planeamiento urbanístico. Por el contrario, el fundamento cuarto de la sentencia recurrida hace una oportuna reseña de la jurisprudencia que reconoce esa potestad innovadora, si bien se hace asimismo la indicación, igualmente oportuna, de que la potestad de la Administración está necesariamente sujeta a límites.

En efecto, aparte de los límites que acotan el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en cualquier ámbito y de los diferentes cauces para su fiscalización en vía jurisdiccional (necesaria observancia del procedimiento, respeto a los hechos determinantes, control de los elementos reglados de la decisión, interdicción de la arbitrariedad, etc.), en el caso que nos ocupa es obligado destacar la concurrencia de un factor que necesariamente opera como un límite especialmente relevante a la discrecionalidad. Nos referimos, claro es, a la existencia de una resolución judicial firme -en realidad son varias- que al haber declarado la nulidad de una licencia, la procedencia de demoler la edificación amparada en ella, y el derecho del demandante en esos litigios a que tales pronunciamientos se ejecuten, configuran un estado de cosas que no puede ser ignorado. Ello significa que, para introducir una nueva ordenación urbanística cuya aprobación comporta la ineffectividad de esos pronunciamientos jurisdiccionales o hará inviable su cumplimiento, la Administración debe necesariamente realizar un especial esfuerzo para justificar el cambio de ordenación llamado a tener tan grave consecuencia, y, en fin, para disipar cualquier sospecha de que el planeamiento se altera con la intención de impedir el cumplimiento de la sentencia.

Cuando no existe tal justificación, o cuando las razones que se aducen para respaldar la modificación no hacen sino revelar que la finalidad perseguida es precisamente la de eludir la ejecución del fallo, la conclusión no puede ser otra, según lo dispuesto en el *artículo 103.4 de la Ley* reguladora de esta jurisdicción, sino la declaración de nulidad de ese cambio de planeamiento, siendo muestra de ello, entre otros, los pronunciamientos contenidos en sentencias de esta Sala de 5 de abril de 2001 (casación 3655/96) y 10 de julio de 2007 (casación 8758/03).

Esto es precisamente lo sucedido en el caso que nos ocupa, pues es notable la endeblez de las explicaciones con las que se ha pretendido justificar la Modificación del Plan General. En efecto, no cabe afirmar aquí que la concreta determinación llamada a "legalizar" la licencia anulada en sentencia esté

inserta en una alteración del planeamiento de mayor calado, o responda a una reordenación urbanística de la que aquella concreta determinación sea una mera consecuencia y no la finalidad primordial.

Aunque es cierto que la Modificación que aquí se examina comprende otras dos determinaciones, debe notarse que ninguna de ellas reviste una especial significación a los efectos que aquí interesan. La relativa al viario, porque no se trata de un nuevo trazado de viales de **Calo des Moro** sino que, según explica el texto de la Memoria reseñado en la sentencia, únicamente pretende adaptar los perfiles viarios originariamente previstos a las actuaciones derivadas que se van a llevar a cabo como consecuencia del desarrollo de un "plan de embellecimiento de zonas turísticas" promovido por la Consejería de Turismo; es decir, una simple redelimitación de los perfiles viarios para acomodarlos a un plan de embellecimiento. En cuanto al emplazamiento del puerto deportivo, el propio Consell Insular recurrente pone de manifiesto (antecedente 1/ de su escrito de interposición del recurso de casación) que la Modificación del Plan General no comporta un cambio de emplazamiento del puerto, pues lo que se acuerda es únicamente posibilitar su ubicación en un tramo más amplio de costa, remitiendo el concreto emplazamiento del puerto a lo que resulte del necesario estudio de alternativas previo a la elaboración de un Plan Especial de ordenación de la Costa. Por tanto, el único apartado de la Modificación con sustantividad y efectividad propia es el relativo a la nueva zonificación urbanística hotelera D, y la finalidad de esta innovación es la de legalizar varios edificios que se encuentran en situación de fuera de ordenación, y entre ellos el amparado por la licencia anulada y cuya demolición ha sido ordenada por resolución judicial firme.

Siendo esa la finalidad primordial de la Modificación, y habiendo dejado explicado la sentencia distancia, con el respaldo de la prueba pericial, la escasa consistencia de las razones aducidas para la creación de esa nueva ordenanza hotelera D, debemos concluir que la declaración de nulidad de la Modificación del Plan no quebranta el *ius variandi* de la Administración urbanística, y, por el contrario, tal decisión de la Sala de instancia queda debidamente justificada por la constatación de que, como señala la propia sentencia -utilizando una expresión tomada de nuestra sentencia de 27 de octubre de 2004 (casación 3209/02) a la que ya hemos aludido-, la Modificación fue aprobada "...con el único propósito de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute".

QUINTO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores el recurso de casación debe ser desestimado, debiendo imponerse las costas por mitad a las dos entidades recurrentes según establece el *artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* .

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los *artículos 86 a 95 de la Ley* de esta Jurisdicción.

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso interpuesto por el CONSELL INSULAR DE IBIZA Y FORMENTERA y por el AYUNTAMIENTO DE SAN ANTONI DE PORTMANY contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 30 de marzo de 2005 (recurso contencioso-administrativo 1832/97), con imposición de las costas del recurso de casación por mitad a las dos entidades recurrentes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calvo Rojas, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Secretario, certifico.