



Roj: **STSJ AND 3798/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:3798**

Id Cendoj: **18087330042023100293**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **27/04/2023**

Nº de Recurso: **27/2021**

Nº de Resolución: **949/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **SILVESTRE MARTINEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

### SEDE EN GRANADA

### SECCION CUARTA

### RECURSO NÚM. 27/2021

### SENTENCIA NÚM. 949 DE 2023

Ilma. Sra. Presidenta:

D<sup>ª</sup>. Beatriz Galindo Sacristán

Ilmos. Srs. Magistrados:

D. Silvestre Martínez García

D. Ricardo Estévez Goytre

Granada, a veintisiete de abril de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso contencioso administrativo número 27/2021, interpuesto por la Procuradora D<sup>ª</sup>. María Beatriz Sánchez Casal, en representación de **la ASOCIACION DE PROMOTORES CONSTRUCTORES DE EDIFICIOS DE ASEMPAL-ALMERIA**; como Administración demandada el **EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ROQUETAS DE MAR (ALMERIA)**, representado por la Procuradora D<sup>ª</sup> Sofía Morcillo Casado.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 8 de enero de 2021 se presentó escrito de interposición de recurso contencioso administrativo por la Procuradora D<sup>ª</sup>. María Beatriz Sánchez Casal, en representación de la ASOCIACION DE PROMOTORES CONSTRUCTORES DE EDIFICIOS DE ASEMPAL-ALMERIA, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, adoptado en sesión de fecha 9 de noviembre de 2020, que acordó aprobar la Instrucción interpretativa de la altura de edificación señalada en el Plan General de Ordenación Urbanística de Roquetas de Mar, publicada en el BOP de Almería de fecha 23 de noviembre de 2020.

**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda, en fecha 15 de marzo de 2021, en cuyo suplico se solicitó "(...) se dicte Sentencia por la que estimando en todas sus partes el presente recurso contencioso administrativo declare no ajustado a derecho la disposición recurrida, y declare no ser conforme a Derecho revocándola, anulándola y dejándola sin valor ni efecto alguno."

El Ayuntamiento de Roquetas de Mar se opuso a la demanda mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2021, solicitando la inadmisibilidad del recurso y subsidiariamente se declare la desestimación íntegra del recurso y se condene a la recurrente al pago de las costas.



**TERCERO.**- Por Auto de esta Sala de fecha 27 de mayo de 2021 se acordó el recibimiento del proceso a prueba, admitiéndose las pruebas documentales que solicitaron las partes y las que fueron declaradas pertinentes, así como prueba pericial de parte, sin necesidad de su ratificación ante este Tribunal. Tras la práctica de las pruebas las partes presentaron conclusiones por escrito.

**CUARTO.**- Elevadas las actuaciones a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para la tramitación y resolución de los recursos interpuestos, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso. Actuó como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Silvestre Martínez García.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, adoptado en sesión de fecha 9 de noviembre de 2020, que acordó aprobar la Instrucción interpretativa de la altura de edificación señalada en el Plan General de Ordenación Urbanística de Roquetas de Mar, publicada en el BOP de Almería de fecha 23 de noviembre de 2020.

En la Instrucción aprobada se determinó que *" El parámetro objeto de comprobación para la determinación de la altura de la edificación es el número de plantas fijado en la representación gráfica del Plan."* Instrucción que pretendía resolver lo que se *" había suscitado en diversas ocasiones, y en relación con diferentes tipologías permitidas por el planeamiento municipal, si es posible la edificación sin alcanzar la altura máxima establecida en el PGOU o si, en su literalidad, ha de edificarse hasta la altura máxima para lograr la armonización de la edificación con la manzana. Y ello ya que la definición de este parámetro en el plan viene señalada como altura máxima, con condiciones particulares en relación con las construcciones permitidas por encima de esa altura, pero sin indicar expresamente una altura mínima, o las circunstancias que bajo ese parámetro serían admisibles para minimizar el efecto en la imagen urbana, la adaptación al ambiente en que estuvieren situadas o desde luego el impacto físico de un abanico de posibilidades para cada parcela, hasta alcanzarla."*

Señalando la Instrucción que *" La solución a las posibles discrepancias entre las previsiones del planeamiento aplicable y algunos aspectos de los proyectos de obras se ciñe pues, en esta materia, a la dimensión vertical del volumen definido por el planeamiento, sobre la base de que, para la determinación de la altura de la edificación, conforme esta redactada el Plan tal y como se ha indicado, el único parámetro es el de las plantas permitidas en la documentación gráfica, y es precisamente ésta la identidad más expresiva de su límite constructivo."*

**SEGUNDO.**- Debemos comenzar por examinar las causas de inadmisión opuestas por el Ayuntamiento demandado, y que en primer lugar opone la existencia de la prevista en el artículo 69.c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: *" Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación"*. Parte la demandada del hecho de que se trata de una Instrucción interpretativa de la normativa del PGOU que no modifica, corrige, amplía o contraviene norma alguna del Plan General, ya que ha sido aprobada para aclarar y para que puedan aplicarse correctamente sus determinaciones respecto a la altura de la edificación.

Alega que estando ante una Instrucción para la interpretación de la normativa del PGOU que establece criterios de actuación que se ha de seguir en cuanto a la altura de edificación a la hora de conceder licencias de obras, no estamos ante un acto susceptible de impugnación.

Pero esta causa de inadmisión no puede acogerse, de conformidad con la definición de Instrucción que da la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJ) en su artículo 6 y que es la siguiente:

*1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno .*

*2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.*

Pues bien, siendo como es la Instrucción aprobada por el Ayuntamiento un mandato para el actuar de los órganos y empleados municipales, no deja de tener trascendencia para los terceros interesados en este caso, pues la misma se aplica en la tramitación de licencias de obras en el municipio de Roquetas de Mar. De hecho se ha aportado por la parte actora certificación del Secretario General del Ayuntamiento emitida con fecha 18.06.2021, en cuya parte final se certifica:



*" Observaciones: Con posterioridad a la aprobación definitiva del PGOU se aprueba la "Instrucción interpretativa de la altura de la edificación señalada en el PGOU de Roquetas de Mar (BOP número 226 de 23 de noviembre de 2.020), donde se concluye que en la interpretación de la norma esta debe entenderse como que la altura mínima exigida debe coincidir con la altura máxima permitida, es decir, que toda edificación debe alcanzar obligatoriamente la altura máxima permitida."*

Sobre la impugnabilidad de las Instrucciones debemos tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de abril de 2021 (recurso 7190/2019), que dice en su fundamento de derecho tercero:

*"Con todo y con eso, las dudas sobre su naturaleza no quedan despejadas, puesto que la mera denominación como instrucciones, no excluye que puedan tener carácter normativo y eso es lo que se desprende de su contenido. Como señala la STS de 31 de enero de 2018, rec. cas. 2289/2016 , hay que distinguir las normas reglamentarias de "las meras instrucciones, órdenes en definitiva, que con fundamento en la potestad de auto organización que es inherente a toda Administración Pública, pueden hacer los órganos superiores sobre los inferiores en cuanto al funcionamiento interno de cada Administración; en esa función de "dirigir la actividad" interna de la Administración dando órdenes e instrucción sobre los órganos jerárquicamente subordinados y que, en cuanto tal, ni innovan el ordenamiento jurídico, sino que lo ejecutan, ni trascienden a los ciudadanos, porque se reserva para el ámbito interno, doméstico, de la propia Administración, haciendo abstracción de la sujeción general de la ciudadanía a la potestad reglamentaria, aunque ciertamente esas órdenes internas tengan la vocación de regir en las relaciones de los respectivos órganos administrativos para con los ciudadanos dentro del ámbito establecido por la norma legal o reglamentaria que regule una determinada actividad prestacional o de relación con ellos". Se ha dicho que "el carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo, no depende solo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión. Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa para los ciudadanos sino una de esas instrucciones u órdenes de servicio que autoriza y regula el citado artículo 21 de la LRJ/PAC " ( STS de 21 de junio de 2006, rec. 3837/2000 )".*

*Lo decisivo, por tanto, no es nomen iuris . Tanto da como se llame (instrucción o circular) lo relevante es su contenido. La teoría está clara, tal como se desprende de la consolidada doctrina jurisprudencial, las dificultades para decantarse por una u otra opción surgen en la práctica, de suerte que la solución vendrá dada en función del concreto contenido de la "instrucción".*

*Las instrucciones controvertidas carecen de carácter normativo cuando, como es el caso, "su vocación es la de simple mandato dirigido a los funcionarios públicos a los que establece criterios de actuación meramente interpretativos de las disposiciones reglamentarias, que aun pudiendo incidir en los intereses de los particulares, no innovan el ordenamiento jurídico" (cr. STS de 31 de enero de 2018, (rec. cas. 2289/2016 )."*

Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes citada y la finalidad que se otorga a la Instrucción de exigencia a terceros solicitantes de licencias es un acto de la Administración que rebasa la finalidad ad intra de la Instrucción y es susceptible de impugnación, en este caso por una Asociación de Promotores Constructores que se ven afectados por su aprobación.

**TERCERO.-** En segundo lugar, aduce el Ayuntamiento demandado que existe pérdida sobrevenida del objeto, pues se ha producido acuerdo del Ayuntamiento Pleno, adoptado en sesión de fecha 8 de septiembre de 2021, por el que se aprobó definitivamente la innovación del PGOU, expediente I. 2/21, de modificación del art. 10.23 de las normas urbanísticas, que quedó modificado con el siguiente texto:

"ARTÍCULO 10.23 ALTURA MÁXIMA.

1.- *La altura máxima, viene regulada por el número de plantas establecido para cada edificación. La altura de cada planta se regula por sus dimensiones permitidas. La altura máxima en unidades métricas será la suma de las alturas permitidas para cada planta en cada caso.*

2.- *La altura máxima en número de plantas se fija en las condiciones de calificación como valor límite de la edificación.*

3.- *En aquellos suelos urbanos a los que el Plan General legitima directamente la actividad de ejecución sin necesidad de planeamiento de desarrollo, con excepción del Suelo Urbano No Consolidado en Áreas Localizadas Especiales (SUNC-ALESS), se establece, con el carácter de altura mínima obligatoria, una tolerancia de hasta dos (2) plantas menos respecto a la altura máxima establecida en el documento Anexo de Normativa: ZONAS DE ORDENACIÓN Y CALIFICACIÓN y en los planos de ordenación pormenorizada (POP 01)."*



Sostiene la demandada que la propia parte actora, en sus conclusiones, reconoce que la Instrucción impugnada ha perdido su objeto por esta innovación del PGOU, por lo que habiéndose dejado sin efecto y aplicación práctica la Instrucción recurrida el recurso ha perdido el objeto, "puesto que es imposible anular lo que ya no existe". Afirma que el recurso ha quedado sin utilidad real alguna, en virtud del acuerdo plenario de 08.09.2021.

Este motivo tampoco puede acogerse porque no consta la revocación de la Instrucción impugnada por lo que la Instrucción ha podido seguir aplicándose en algún procedimiento de licencia urbanística, viéndose obligados sus servicios urbanísticos a seguir aplicando la misma. También, pues aunque parece que lo que ha hecho el Ayuntamiento es convertir la Instrucción en una modificación del PGOU de Roquetas de Mar aprobado definitivamente el 3 de marzo de 2009 (BOJA 01.07.2009), no existe una correspondencia total entre la Instrucción impugnada y la innovación del PGOU aprobada definitivamente, pues según el certificado del Secretario General del Ayuntamiento, que antes hemos reseñado, con la Instrucción se perseguía la interpretación del PGOU en el sentido de que la altura máxima se considerara también coincidente como mínima. En cambio en la modificación del PGOU la altura máxima es un "valor límite de la edificación", y en cuanto la relación entre la mínima y la máxima se regula de la siguiente manera:

*"3.- En aquellos suelos urbanos a los que el Plan General legitima directamente la actividad de ejecución sin necesidad de planeamiento de desarrollo, con excepción del Suelo Urbano No Consolidado en Áreas Localizadas Especiales (SUNC-ALESS), se establece, con el carácter de altura mínima obligatoria, una tolerancia de hasta dos (2) plantas menos respecto a la altura máxima establecida en el documento Anexo de Normativa: ZONAS DE ORDENACIÓN Y CALIFICACIÓN y en los planos de ordenación pormenorizada (POP 01)".*

El Tribunal Constitucional se ocupa de la pérdida de objeto del recurso en su sentencia STC 102/2009, de 27 de abril, cuando afirma que "...la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevinida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el artículo 22, se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada, y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación de un proceso...". Y por ello en esa misma sentencia el Tribunal Constitucional declara que para que la decisión judicial de cierre del proceso por pérdida sobrevinida del objeto resulte respetuosa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es necesario que la pérdida del interés legítimo sea completa.

**CUARTO.-** Desestimadas las objeciones de inadmisión opuestas por el Ayuntamiento demandado y entrando en el examen de los motivos de fondo, debemos adelantar la estimación del recurso interpuesto por la Asociación, pues el Ayuntamiento ha utilizado una Instrucción interpretativa de la normativa del PGOU para conseguir la modificación de este, equiparando altura mínima y máxima sin apoyo en las normas del PGOU, justificando tal interpretación en que:

*"1º.-Se ha suscitado en diversas ocasiones, y en relación con diferentes tipologías permitidas por el planeamiento municipal, si es posible la edificación sin alcanzar la altura máxima establecida en el PGOU o si, en su literalidad, ha de edificarse hasta la altura máxima para lograr la armonización de la edificación con la manzana. Y ello ya que la definición de este parámetro en el plan viene señalada como altura máxima, con condiciones particulares en relación con las construcciones permitidas por encima de esa altura, pero sin indicar expresamente una altura mínima, o las circunstancias que bajo ese parámetro serían admisibles para minimizar el efecto en la imagen urbana, la adaptación al ambiente en que estuvieren situadas o desde luego el impacto físico de un abanico de posibilidades para cada parcela, hasta alcanzarla."*

Las pruebas aportadas, informe técnico de Arquitecto, e informe del Jefe de Servicio de **Urbanismo** de la Delegación Territorial de Almería de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, de fecha 31.05.2021, que señala que no existe en la normativa del PGOU una determinación de altura mínima, ni exigencia de que este sea equiparado a la altura máxima como pretendió la Instrucción, señalando que " (...) la referida Instrucción no es la herramienta para conseguir resolver la problemática que exista respecto a los márgenes en qu se pueda mover, según el PGOU de Roquetas de Mar, la altura de la edificación en una parcela determinada (...)"

El Ayuntamiento también pretendió la aplicación de la Instrucción para salvar la contradicción con la documentación gráfica, pero la jurisprudencia unánime y reiterada, da prevalencia en caso de contradicción, al texto normativo frente a los planos. Por todas la STS de 22 de octubre de 1998 (Pte. Sr. Yague Gil): "Para estos casos, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que debe otorgarse prevalencia al texto normativo (por todas, véase sentencia de 16 de Febrero de 1993 ), lo que viene, además, avalado en el presente caso por el hecho de que existe un antecedente, que es el Convenio ya citado, el cual puede ser utilizado para venir en conocimiento de cuál fue la voluntad del planificador, que era la de incorporar el Convenio al futuro Plan General. Y si lo plasmó en la memoria y lo varió en la parte gráfica, es de suponer que la variación fue



*debida a un puro error material, que, como tal, carece de trascendencia jurídica alguna y puede ser rectificado en cualquier momento."*

La vigente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA), en su artículo 62.2 se dispone: *"En caso de discrepancias entre los distintos documentos, la Memoria de Ordenación será el documento a partir del cual deberán interpretarse las discrepancias. Si estas persisten, la prevalencia entre ellos será la siguiente: Normativa Urbanística, Cartografía de Ordenación y Memoria Económica."* Por tanto, si el PGOU dejó libertad en cuanto a la altura mínima no puede imponerse por vía de Instrucción una determinación distinta en esta. La consecuencia de estas consideraciones es la nulidad de pleno derecho de la Instrucción impugnada, pues se trata, pese al nombre de esta, de una modificación del PGOU al margen del procedimiento previsto para su innovación, dándose la causa de nulidad prevista en el art. 47.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *"Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados."*

**QUINTO.-** Procede, en consecuencia, la estimación del recurso contencioso administrativo por las razones antes expuestas. En cuanto a costas procede su imposición a la parte demandada en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional, si bien se limitan estas a un máximo de dos mil euros, más IVA en su caso.

## FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. María Beatriz Sánchez Casal, en representación de **LA ASOCIACION DE PROMOTORES CONSTRUCTORES DE EDIFICIOS DE ASEMPAL-ALMERIA**, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del **AYUNTAMIENTO DE ROQUETAS DE MAR (ALMERÍA)**, adoptado en sesión de fecha 9 de noviembre de 2020, que acordó aprobar la Instrucción interpretativa de la altura de edificación señalada en el Plan General de Ordenación Urbanística de Roquetas de Mar, publicada en el BOP de Almería de fecha 23 de noviembre de 2020, que se declara nula de pleno derecho por no ser conforme a Derecho. Se imponen las costas al Ayuntamiento demandado limitadas a un máximo de dos mil euros, más IVA en su caso.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024002721, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5<sup>o</sup> de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

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