



Roj: **STSJ CAT 8973/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:8973**

Id Cendoj: **08019330032018100789**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **01/10/2018**

Nº de Recurso: **73/2015**

Nº de Resolución: **839/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **HECTOR GARCIA MORAGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sección 3ª

Recurso ordinario nº 73/2015

Parte actora: ELYSIUS EUROPA, S.L

Representante de la actora: SR. IGNACIO DE ANZIZU PIGEM, Procurador

Parte demandada: ILMO. AYUNTAMIENTO DE ESPLUGUES DE LLOBREGAT

Representante de la demandada: SR. JUAN ABELLA FERNÁNDEZ, Letrado consistorial

Codemandados: MANCOMUNITAT D'HABITATGES I LOCALS MALLOLA, CCPP URBANITZACIÓ LA MALLOLA, y ASSOCIACIÓ DE VEÏNS LA MIRANDA

Representante de la codemandada: SRA. MÓNICA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Procuradora

SENTENCIA núm. 839

Magistrados/as:

Ilmo. Sr. Manuel Táboas Bentanachs, Presidente

Ilma. Sra. Isabel Hernández Pascual

Ilmo. Sr. Héctor García Morago

Barcelona, 1 de Octubre de 2018

La Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en nombre de S.M el Rey y en atención a lo dispuesto en el art 117.1 de la Constitución, ha pronunciado esta SENTENCIA en el presente recurso contencioso administrativo ordinario núm. 73/2015 seguido entre partes: como demandante, ELYSIUS EUROPA, S.L -representada por el Procurador SR. IGNACIO DE ANZIZU PIGEM y asistida por el Letrado SR. LLUÍS CASES PALLARÉS-. Como demandado, el ILMO. AYUNTAMIENTO DE ESPLUGUES DE LLOBREGAT -representado y asistido por el Letrado consistorial SR. JUAN ABELLA FERNÁNDEZ-. Y como codemandados, la MANCOMUNITAT D'HABITATGES I LOCALS MALLOLA, la COMUNITAT DE PROPIETARIS URBANITZACIÓ LA MALLOLA, y la ASSOCIACIÓ DE VEÏNS LA MIRANDA - representados por la Procuradora SRA. MÓNICA ÁLVAREZ FERNÁNDEZ y asistidos por el Letrado SR. ENRIC LUJÁN LERMA-.

En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales de rigor.

Ha actuando como Magistrado ponente el Ilmo. Sr. Héctor García Morago, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Es objeto de impugnación en los presentes autos el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ilmo. Ayuntamiento d'Esplugues de Llobregat en sesión de 21 de enero de 2015, en virtud del cual fue rechazada la aprobación provisional del Plan especial de concreción de uso y ordenación volumétrica de la parcela situada en la Av. Jacint Esteva Fontanet, 112.

SEGUNDO: Por la representación procesal de la parte actora se interpuso el presente recurso contencioso administrativo, y admitido a trámite y recibido el expediente administrativo, le fue entregado y dedujo escrito de demanda, en el que tras consignar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara Sentencia estimatoria de la demanda articulada.

TERCERO: Conferido traslado a las partes demandadas, éstas se opusieron a la demanda en los términos que serán de ver.

CUARTO: Recibidos los autos a prueba, se practicaron las pertinentes con el resultado que obra en autos. Se continuó el proceso por el trámite de conclusiones sucintas y, finalmente, se señaló día y hora para votación y fallo, lo que, tras un aplazamiento, ha tenido lugar el día 26 de septiembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Objeto, partes y pretensiones

ELYSIUS EUROPA, S.L ha promovido los presentes autos en su doble condición de titular de un derecho real de opción de compra sobre la finca sita en el núm. 112 de la calle Jacint Esteva Fontanet de Esplugues de Llobregat, y de impulsora de un Plan especial de concreción de uso y de ordenación volumétrica de la susodicha finca (en lo sucesivo, PE). De un PE que, de haber culminado con éxito su recorrido, habría permitido (ver la Memoria) que la recurrente hubiera construido y puesto en funcionamiento un tanatorio en edificación de planta baja exclusivamente; con características más bien modestas en comparación, por ejemplo, con los tanatorios más conocidos de Barcelona y sus alrededores; sin servicio de crematorio; y ocupando una pequeña parte de un superficie calificada por el Plan general metropolitano de Barcelona (PGM) como sistema de equipamientos comunitarios (EECC), clave 7b; es decir: de equipamientos comunitarios preferentemente de nueva creación e interés municipal (art. 211 de las normas del PGM).

La actora pretende que este Tribunal invalide los acuerdos adoptados el 21 de enero de 2015 por el Pleno del Ayuntamiento en virtud de los cuales fue rechazada la aprobación provisional del PE (de lo que debería seguirse, según la demanda, un pronunciamiento enderezado a procurar y garantizar la susodicha aprobación provisional).

También pretende, la actora, que nuestra Sentencia declare su derecho a verse indemnizada por los perjuicios derivados del retraso en la construcción y puesta en funcionamiento del tanatorio proyectado.

A tales pretensiones se han opuesto el ILMO. AYUNTAMIENTO D'ESPLUGUES DE LLOBREGAT y también la MANCOMUNITAT D'HABITATGES I LOCALS MALLOLA, la COMUNITAT DE PROPIETARIS URBANITZACIÓ LA MALLOLA y, asimismo, la ASSOCIACIÓ DE VEÏNS LA MIRANDA.

La *litis* deberá resolverse de conformidad con lo dispuesto en el texto refundido de 2010 de la *Llei d'urbanisme* (TRLU) en la fecha (6 de junio de 2014) de aprobación inicial del PE de autos (Disposición transitoria 6ª, punto 1 *in fine* TRLU).

SEGUNDO: Demanda y conclusiones de la actora

Las partes más relevantes de la demanda y del escrito de conclusiones de la actora son las que pasamos a transcribir:

DEMANDA

"(...)DIGO

I. Que, en fecha 30 de enero de 2015, fue notificado a esta Parte el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat en fecha 21 de enero del mismo año ("el Acuerdo"), por el que se consideraba rechazada la aprobación provisional del Plan Especial de concreción de uso y ordenación volumétrica de la parcela situada en la avenida Jacint Esteva Fontanet, 112, de Esplugues de Llobregat.

II. Que, por estimar que el Acuerdo es contrario a Derecho y a sus intereses, ELYSIUS interpuso contra el mismo en fecha 30 de marzo de 2015 el presente Recurso Contencioso-Administrativo ante esta Sala, el cual fue admitido a trámite por medio de Decreto de la Secretaria Judicial de la Sección Tercera de la Sala de



lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 15 de abril de 2015, mediante el cual se requería asimismo a la administración para que aportase en el plazo de veinte (20) días el correspondiente expediente administrativo.

(...)

VI. Que, con arreglo a lo expuesto anteriormente, dentro del plazo otorgado a este efecto, se procede a formular escrito de DEMANDA, al amparo del artículo 52 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("LJCA"), sobre la base de los siguientes

HECHOS

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- DEL DERECHO QUE ASISTE A ESTA PARTE A LA TRAMITACIÓN DEL PLAN ESPECIAL PRESENTADO

En primer lugar, y sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente en relación con los defectos que reviste el acto administrativo impugnado y la absoluta adecuación del Plan Especial a la legalidad urbanística, resulta necesario hacer una reflexión preliminar sobre el derecho que esta parte ostenta en relación con la necesaria tramitación del Plan Especial elaborado e impulsado por ELYSIUS.

Tal y como ha venido sosteniendo esta Parte a lo largo de la tramitación del Plan Especial, y en consonancia con lo que se reconoce en el informe jurídico emitido por el Secretario del Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat en fecha 3 de junio de 2014 (folios 46 a 53 del expediente administrativo), "la iniciativa privada pot formular plans especials urbanístics, de conformitat amb el planejament urbanístic general aplicable i, en conseqüència, tenen dret a que l'administració competent, en aquest cas l'Ajuntament d'Esplugues, impulsi tot el procediment fins a la seva finalització (...) i sense perjudici del resultat final del tràmit, que entre altres coses, dependrà de la resolució que finalment adopti, en relació a l'aprovació definitiva, l'òrgan competent de la Generalitat de Catalunya" (el subrayado es nuestro).

Efectivamente, el artículo 101.1 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Catalunya ("TRLUC") establece lo siguiente:

"La iniciativa privada puede formular planes especiales urbanísticos, planes de mejora urbana y planes parciales urbanísticos de acuerdo con el planeamiento urbanístico general aplicable"

Dicha iniciativa privada en la formulación de planeamiento derivado ha venido siendo objeto de diversa jurisprudencia por parte de los Tribunales, que ha acabado por desarrollar y concretar los derechos y deberes relativos a esta forma particular de tramitación y aprobación de planeamiento urbanístico. En ese sentido resulta especialmente relevante la Sentencia de 4 de abril de 2008 dictada por este mismo Tribunal - que ya consta citada en varios de los informes del expediente administrativo- y por la que se ordenó al propio Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat que tuviese por aprobado inicialmente el "Pla especial de concreció d'ús d'un equipament residencial per a la gent gran a la parcel·la del carrer Jaume Balmes núm. 17-23, cantonada Ntra. Sra. De Lourdes 8-16", cuya tramitación había sido denegada por el consistorio municipal. En dicha Sentencia este Tribunal realiza un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la iniciativa privada en la formulación de planes urbanísticos, y establece:

"Como se recoge en la sentencia número 917/2005, dictada el 24 de noviembre de 2005 por esta Sala y Sección en el recurso seguido con el número 121/2002, "en línea con reiterada doctrina jurisprudencial (STS 10-2 y 28-4-86, 8-7-87 y las que en ellas se citan), y con el propio criterio seguido por esta Sección y Sala, tanto para los casos de denegación de la aprobación inicial como, por identidad de razón, para los casos de suspensión de la aprobación inicial, con efectos equiparables o equivalentes (SS. 479, de 23-5-02, 523, de 6-6-02, 749, de 19-9-02, 468, de 5-6-03, 645, de 4-9-03, 667, de 12-9-03, 715, de 1-10-03 y 322, de 4-5-04), debe señalarse que la decisión del presente (recurso) deriva de las conclusiones siguientes:

a) Los particulares tienen derecho a la tramitación de los planes que se deban a su iniciativa y, en consecuencia, la Administración no debe cercenar a limine y sin mayores argumentaciones esa tramitación. Dicho en otras palabras, no cabe reconocer discrecionalidad alguna que permita omitir los fundamentos de una denegación que, sin ellos, legitimaría en la práctica la arbitrariedad o la discriminación al tiempo de hacer o no posible la iniciación del expediente.

b) El acto de aprobación inicial es un acto de trámite del procedimiento cuya resolución vendrá determinada por la aprobación definitiva del plan. No constituye un acto automático y debido, sino que implica una toma de posición, siquiera de carácter inicial, respecto de una determinada realidad urbanística y su normativa, o lo que es lo mismo, supone una primera valoración de esa realidad proyectada en el plan o proyecto de que se



trate, que como tal puede resultar positiva, dando paso así a los siguientes trámites del procedimiento, pero que muy bien puede resultar negativa, por considerarse jurídicamente inadecuada la iniciativa de planificación urbanística cuya tramitación se pretende, en cuyo caso procederá denegar la aprobación inicial, y ello tanto cuando tal iniciativa provenga de la propia Administración como de los particulares, denegación que sólo se justificará jurídicamente cuando las deficiencias o defectos observados no puedan subsanarse o suplirse durante la sustanciación del procedimiento.

c) Efectivamente, deben distinguirse dos tipos de defectos: 1) Los que resulten terminantemente insubsanables y que deban provocar la denegación de la aprobación inicial por claras razones de economía procesal, ya que sería absurdo tramitar un largo procedimiento sabiendo de antemano que resultaría imposible la obtención de la aprobación definitiva; 2) Las deficiencias que puedan ser corregidas a lo largo del procedimiento, que no deben impedir la aprobación inicial, dado que ésta no es una resolución sino un acto de trámite que prepara la resolución final. En materia urbanística todo el itinerario que conduce a aquélla ha sido dibujado, en lo que ahora importa, como un conjunto de oportunidades para la modificación (y por tanto subsanación de deficiencias) del instrumento proyectado.

d) El derecho a la tramitación de los planes quiebra en los casos en que el plan proyectado viole de forma clara, palmaria y manifiesta el ordenamiento urbanístico vigente (así los planes de superior jerarquía o las normas legales de aplicación directa), caso en el que razones de economía y lógica imponen el inicial rechazo del proyecto, al ser inviable o inútil la prosecución del trámite. Por contra, cuando los impedimentos para denegar la aprobación inicial son discutibles, y por tanto no amparables en principio alguno de economía procesal, debe prevalecer el derecho al trámite y proseguirse la tramitación del expediente en el cual se pueden introducir las modificaciones, condicionamientos o plazos que la ley permite.

e) En el acto de aprobación inicial es suficiente con ponderar esa potencialidad o susceptibilidad de subsanación de deficiencias o de introducción de modificaciones, condicionamientos o plazos, desde luego sin devaluar la trascendencia de la tramitación ulterior para terceros y para el ejercicio de las competencias de planificación urbanística en sede de aprobación provisional y definitiva, pues no cabe olvidar que es en la fase de otorgamiento o denegación de esas aprobaciones donde procede pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones suscitadas, debiendo ser examinado y decidido todo lo que corresponda, a salvo el control jurisdiccional que pudiera instarse sobre esas materias de fondo" (el subrayado es nuestro).

De la anterior exposición y resumen de jurisprudencia se concluye claramente la existencia de un derecho de los particulares a la tramitación hasta su aprobación definitiva de aquellos planes derivados que presenten al amparo del artículo 101 del TRLUC, siempre que estos cumplan con el ordenamiento urbanístico y legal vigente.

En ese mismo sentido y al respecto de la fase de aprobación provisional del planeamiento -que es al fin y al cabo el momento procedimental relevante a los efectos de este recurso- la diversa jurisprudencia existente confirma que, al igual que sucede con la fase de aprobación inicial, también ésta es una fase de mero trámite en la cual cabe únicamente denegar la aprobación por motivos de estricta legalidad insubsanables y apreciables "ab initio". Así se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1987- posteriormente citada en múltiples ocasiones, por ejemplo, recientemente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2013- de la siguiente forma:

(...)

Es decir, que la Administración no ostenta una potestad discrecional en lo que a la aprobación provisional del planeamiento se refiere, sino que únicamente tendrá capacidad para denegar esta aprobación sobre la base de motivos de estricta legalidad insubsanables y apreciables "ab initio" que afecten al plan en cuestión.

Aplicada la anterior normativa y jurisprudencia al caso que nos ocupa, resulta evidente que el Pleno del Ayuntamiento no podía denegar la aprobación provisional del Plan Especial. Tal y como se defenderá de forma más detallada más adelante, el proyecto de Plan Especial cumplía total y absolutamente con la legalidad urbanística, cuestión que todos los informes de la propia Administración habían reconocido explícitamente. En definitiva, el Plan Especial era perfectamente acorde con el planeamiento jerárquicamente superior, razón por la cual no concurría en modo alguno el único supuesto bajo el cual puede denegarse una aprobación provisional: la falta de legalidad manifiesta e insubsanable del mismo. Por ello, su denegación resulta en este caso totalmente improcedente.

En relación con lo anterior, el "Informe jurídic-tècnic que s'aporta per informació del Ple de l'Ajuntament d'Esplugues de Llobregat" elaborado por la abogada Marta Simorra Oliver en fecha 7 de enero de 2015 ("el Informe"), elaborado por encargo de una de las partes codemandadas y aportado como único soporte de la propuesta de denegación de la aprobación del Plan Especial presentada por los Grupos Municipales CIU, PP,



ICV-EUiA, ERC, y el Regidor no adscrito Felipe, aduce por una parte que los informes emitidos por los servicios técnicos y jurídicos del Ayuntamiento y por esta Parte, así como las sentencias citadas en los mismos, hacen referencia a la aprobación inicial del planeamiento y no a la aprobación provisional, razón por la cual no son aplicables al presente caso. Por otra parte, el Informe hace alusión a dos sentencias del Tribunal Supremo que, en relación con el derecho a la tramitación del planeamiento hasta su aprobación definitiva, recalcan que la aprobación inicial del mismo no implica automáticamente y de forma obligatoria la necesidad de proceder por parte de la Administración a su aprobación provisional, y que esta podrá denegarse si el proyecto no resulta ajustado a derecho.

Pues bien, en lo que se refiere al primero de los argumentos esgrimidos en el Informe, si bien las referencias que se hacían en las sentencias citadas eran siempre a la aprobación inicial, ambas (tanto la inicial como la provisional) comparten la misma naturaleza, considerándose ambos como actos de trámite dentro del procedimiento de aprobación del planeamiento, y como tales no pueden ser denegadas por motivos de oportunidad, sino que en ambos casos su falta de aprobación debe obedecer exclusivamente a razones de estricta legalidad. Es por ello que el contenido de las sentencias citadas y lo expuesto acerca del trámite de aprobación inicial resulta plenamente aplicable al de aprobación provisional, tal y como de hecho se desprende de la jurisprudencia anteriormente referida. En definitiva, dicha jurisprudencia confirma que el trámite de aprobación provisional de un instrumento de planeamiento, al igual que el de aprobación inicial, podrá únicamente ser denegado en caso de que el proyecto no se ajuste a la legalidad urbanística o al planeamiento de rango superior. Y nada más lejos de la realidad en lo que al presente supuesto se refiere. Tal y como se detallará más adelante en el presente escrito, el Plan Especial se ajusta perfectamente a la legalidad y al planeamiento habiendo sido denegado el mismo contraviniendo todos los informes emitidos por el Ayuntamiento y la Comisión Territorial de Urbanismo del Área Metropolitana de Barcelona al respecto y sobre la única base de un escueto informe "jurídico-técnico" emitido por una abogada a petición de una de las asociaciones de vecinos que realizó alegaciones en el trámite de información pública y que ahora se ha personado en el presente recurso contencioso-administrativo como parte codemandada.

Conviene en este punto hacer una reflexión en relación con la naturaleza del informe elaborado por la letrada Marta Simorra -que fue utilizado como fundamento para acreditar la supuesta necesidad de que el Pleno denegara la aprobación provisional del Plan Especial- y todos los informes emitidos por las diferentes administraciones concurrentes a lo largo del procedimiento de aprobación del mismo. Así, el informe elaborado por la letrada Marta Simorra, solicitado por las partes codemandadas en el presente procedimiento -tal y como se desprende de las propias Actas de las asociaciones de vecinos adjuntadas a los acuerdos de comparecencia en el presente procedimiento-, realiza una interpretación parcial y sesgada del contenido del Plan Especial, para terminar concluyendo la inadecuación del mismo al planeamiento urbanístico. Frente a lo anterior, la necesidad de proseguir con la tramitación del instrumento de planeamiento elaborado por esta parte venía acreditada por una serie de informes y dictámenes, elaborados por las diferentes administraciones con competencias concurrentes cuya finalidad es exclusivamente la consecución del interés público mediante la instalación de un equipamiento en la finca propiedad de esta parte. En definitiva, frente a los informes que exigía la necesaria aprobación provisional del Plan Especial, la Administración demandada ha atendido al contenido de un informe parcial, de parte, que persigue exclusivamente la acreditación del interés particular de las partes codemandadas.

En cuanto al segundo de los argumentos sostenidos en el Informe, es decir la cita de dos sentencias que defienden la posibilidad de denegar la aprobación provisional de un plan urbanístico, en nada se aparta ello de lo defendido por esta Parte, que no mantiene, ni ha sostenido en ningún momento, que la aprobación provisional del planeamiento deba ser automática y obligatoria, sino que, evidentemente, la misma podrá denegarse en determinados supuestos. Pero dichos supuestos se circunscriben a la existencia de motivos de estricta legalidad que exijan la denegación de la aprobación provisional y que, como es evidente, no concurren en este caso -ya que ni siquiera dichos motivos han sido alegados en momento alguno por parte del Ayuntamiento demandado-.

Por lo tanto, no procediendo en este caso la denegación por motivos de legalidad, y no pudiéndose denegar la aprobación sobre la base de otros motivos (al menos en esta fase de la tramitación), no tenía en este caso el Pleno del Ayuntamiento la potestad para denegar la aprobación provisional del Plan Especial presentado por ELYSIUS.

Es por todo lo anterior que es totalmente improcedente la denegación de la aprobación provisional acordada en la sesión del Pleno del Ayuntamiento de fecha 21 de enero de 2015, que- recuérdese- se decretó en contra de lo establecido por todos y cada uno de los informes emitidos por el propio Ayuntamiento y por la Comisión Territorial de Urbanismo del Área Metropolitana de Barcelona y sin más justificación ni base que un informe particular, que ni tan siquiera se reprodujo en el acta que se notificó a esta Parte reflejando la toma de



decisión de la Administración de no aprobar el Plan Especial. Con lo cual, interesa a ELYSIUS que esta Sala, en consonancia con el derecho que asiste a los particulares para la tramitación del planeamiento presentado hasta su aprobación definitiva reconocido en el artículo 101.1 del TRLUC y en la diversa jurisprudencia que lo desarrolla, declare como contraria a derecho la denegación de la aprobación provisional efectuada e inste a la Administración para que proceda a su aprobación provisional y, posteriormente, envíe el instrumento a la Comisión Territorial de Urbanismo del Área Metropolitana de Barcelona para su aprobación definitiva.

SEGUNDO.- DE LA MANIFIESTA ARBITRARIEDAD DE LA DENEGACIÓN DE LA APROBACIÓN PROVISIONAL DEL PLAN ESPECIAL

En segundo lugar, conviene indicar la absoluta falta de motivación de la que adolece el acto administrativo impugnado por esta parte, lo que provoca su arbitrariedad y debe determinar la anulación del mismo por parte de este Tribunal.

La motivación del acto administrativo cumple en nuestro sistema jurídico diversas funciones: en primer lugar, viene a asegurar la seriedad y consistencia en la formación de la voluntad de la Administración Pública. En segundo lugar, es una garantía para que el administrado pueda impugnar, en su caso, el acto administrativo con la posibilidad real de criticar las bases en las que se fundamenta. Y, por último, hace posible su posterior control jurisdiccional.

(...)

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos está reconocido y garantizado por la Constitución Española ("CE") en su artículo 9 (...)

Por último también resulta, en atención al presente caso, recordar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1992, que al respecto de la obligación de motivación de las resoluciones administrativas, recordaba la especial importancia que debía dársele a dicha motivación cuando esta se apartaba de las conclusiones contenidas en los informes emitidos al respecto.

(...)

Visto todo lo anterior y recordada la importancia de motivar los actos administrativos y la vinculación de la falta de motivación con la arbitrariedad del propio acto, procede analizar las circunstancias concurrentes en el presente caso.

En ese sentido, cabe mencionar en primer lugar que el proyecto de Plan Especial presentado por ELYSIUS ha gozado durante toda la tramitación del visto bueno y de la conformidad de absolutamente todos los informes emitidos por parte de la Administración. A modo ejemplificativo, tan sólo desde la aprobación inicial del Plan Especial se han emitido por parte de distintas administraciones los siguientes informes y dictámenes favorables al mismo:

- Informe de la Comisión Territorial de Urbanismo del ámbito metropolitano de Barcelona emitido en fecha 9 de agosto de 2014 a petición del Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat, por el cual se consideraba posible la implantación del uso de tanatorio en suelos calificados de equipamiento local de nueva creación (clave 7b) con independencia de su titularidad (folio 187 del expediente administrativo).
- Informe emitido por los Servicios Técnicos Municipales del Ayuntamiento de Esplugues en fecha 30 de octubre de 2014, informando favorablemente el proyecto de Plan Especial a los efectos de su aprobación provisional (folios 220 a 233 del expediente administrativo).
- Informe emitido por los Servicios Jurídicos Municipales en fecha 30 de octubre de 2014, por el cual se constataba la completa legalidad del proyecto presentado y se informaba favorablemente a su aprobación provisional (folios 234 a 249 del expediente administrativo).
- Informe emitido por la Agencia Catalana del Agua en fecha 5 de diciembre de 2014, por el cual se informa favorablemente al respecto del abastecimiento y el saneamiento en el ámbito del Plan Especial, certificando además que no existen afecciones medio ambientales ni referentes a la inundabilidad en el mismo (folios 250 a 253).
- Finalmente, en fecha 16 de enero de 2015, se emitió Dictamen por parte del propio Ayuntamiento de Esplugues proponiendo la aprobación provisional del Plan Especial y la desestimación de la práctica totalidad de las alegaciones presentadas al mismo (folios 290 a 295 del expediente administrativo). La Comisión Informativa de Territorio y Sostenibilidad dictaminó asimismo en fecha 19 de enero de 2015 de forma favorable a la propuesta de aprobación provisional de dicho Plan Especial contenida en el referido Dictamen (folio 295 del expediente administrativo).



(...)

En definitiva, en el presente caso, el Ayuntamiento de Esplugues procedió a denegar la aprobación provisional del Plan Especial presentado por ELYSIUS -algo que recordemos sólo podía hacer por motivos de estricta legalidad- contraviniendo todos sus propios informes y dictámenes y, en general, todo lo contenido en el expediente administrativo, sin aportar sin embargo motivación o justificación alguna de su decisión. Es por ello que esta Parte considera patente que la Administración ha incurrido, a la hora de dictar el acto administrativo impugnado en una manifiesta falta de motivación y por consiguiente palmaria arbitrariedad. Esta falta de motivación y arbitrariedad del acto vulnera tanto lo dispuesto en el artículo 9 de la CE como el contenido del artículo 54 de la Ley 30/1992, razón por la que resulta necesario que esta Sala acuerde anular la denegación de la aprobación provisional del Plan Especial.

TERCERO.- DEL COMPLETO AJUSTE A LA LEGALIDAD Y AL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO APLICABLE DEL PROYECTO DE PLAN ESPECIAL PRESENTADO

Ya se ha indicado hasta ahora que el acto administrativo objeto del presente recurso debe ser anulado, toda vez que a) contraviene el ordenamiento jurídico, al vulnerar el derecho de esta parte a la tramitación del instrumento de planeamiento elaborado, y b) carece de la motivación exigible de acuerdo con la normativa de aplicación. Pues bien, procede ahora analizar el concreto contenido del Plan Especial cuya aprobación provisional se ha denegado, de forma que se evidenciará su absoluta adecuación al planeamiento urbanístico y, por ende, la necesidad de su aprobación por parte de la Administración.

Tal y como ha venido defendiendo esta Parte durante el procedimiento de tramitación del Plan Especial y a lo largo del presente recurso contencioso-administrativo, resulta fuera de toda duda razonable que el contenido del proyecto de Plan Especial presentado por ELYSIUS se ajusta totalmente a la legalidad y cumple con todo el planeamiento urbanístico aplicable al mismo. Así lo han reconocido también todos los informes y dictámenes emitidos por las distintas administraciones al respecto. Cabe indicar que, de hecho, el único informe que figura en el expediente administrativo que cuestiona la legalidad del proyecto no proviene de Administración alguna sino que fue elaborado, precisamente, por encargo de las partes codemandadas (folios 280 a 286 del expediente administrativo). Dicho informe parece haber servido de base para la denegación de la aprobación provisional del Plan Especial por parte del Pleno de la Corporación municipal. Por ello, considera esta Parte necesario proceder a un análisis de su contenido y de los argumentos desarrollados en él, dado que constituye el único documento en el que la Administración podría respaldar su sorprendente giro radical de postura.

Tres son los argumentos sobre la base de los cuales sustenta el susodicho informe toda su oposición al Plan Especial, (i) la supuesta inadmisibilidad del uso de tanatorio en una parcela calificada como equipamiento, (ii) la hipotética falta de concurrencia de un interés público en la aprobación del Plan Especial y, finalmente, (iii) la supuesta falta de adecuación de los parámetros urbanísticos contenidos en el Plan Especial al entorno en el que pretende ubicarse el futuro tanatorio. Dichos argumentos ya fueron sostenidos en varias de las alegaciones presentadas durante el trámite de información pública del proyecto de Plan Especial, siendo sobrada y extensamente rebatidos tanto en el informe de respuesta a las referidas alegaciones redactado por esta Parte (folios 193 a 213 del expediente administrativo) como asimismo en los informes técnicos y jurídicos emitidos por el Ayuntamiento de Esplugues al respecto de las alegaciones presentadas y que informaban favorablemente a la aprobación provisional del Plan Especial (folios 220 a 232 y 234 a 249 del expediente administrativo, respectivamente). Sin embargo, ya que el informe redactado por la abogada Marta Simorra Oliver es de fecha posterior a la de aquellos emitidos por ELYSIUS y por la Administración -lo que no ha impedido que el informe incida en exactamente los mismos argumentos- resulta necesario proceder a un nuevo análisis detallado de los mismos.

I) La admisibilidad del uso de tanatorio en una parcela calificada como equipamiento

El Proyecto de Plan Especial presentado por ELYSIUS adscribía el tanatorio que debía implantarse en la parcela calificada como equipamiento (bajo la clave urbanística 7b) al uso sanitario-asistencial previsto en el artículo 212.1 b) de las normas urbanísticas del PGM. En ese sentido resulta necesario recordar en primer lugar lo que dispone dicho artículo al respecto de la regulación y los usos admisibles en suelo calificado como equipamiento.

"1. Los suelos destinados a equipamientos comunitarios, con las edificaciones, instalaciones y demás accesiones o servicios sobre los mismos, se clasifican en los tipos siguientes:

a) Equipamientos docentes: Centros docentes, públicos o privados, y anexos deportivos.

b) Equipamientos sanitario-asistenciales. Centros sanitario-asistenciales y geriátricos, públicos o privados, de interés público, social o comunitario; y cementerios.



- c) Equipamientos culturales y religiosos. Templos, centros religiosos, centros o instalaciones para congresos, exposiciones, salas de reuniones, de interés público, social o comunitario; y anexos deportivos y recreativos.
- d) Equipamientos deportivos y recreativos. Edificaciones e instalaciones deportivas; campamentos; centros de recreo o expansión; balnearios y establecimientos de baños y otros turísticos no residenciales, de interés público, social o comunitario; y anexos de servicios.
- e) Equipamientos de abastecimientos y suministros. Mataderos, mercados y otros centros de abastecimiento, siempre de titularidad pública, aunque de posible gestión privada, y áreas de servicio.
- f) Equipamientos técnico-administrativos y de seguridad. Centros o edificios para servicios de la Administración Pública, servicios de seguridad o militares y otros de interés público."

En su informe, la abogada Marta Simorra alegaba que esta Parte no habría justificado la razón por la que entendía que dicho listado de posibles usos no era de "numerus clausus". Sin embargo, este listado, aunque aparentemente exhaustivo, no contiene ni agota todos los usos admisibles para cada una de las seis categorías que define el mismo y no puede ser considerado en ningún caso como un "numerus clausus". Resulta evidente que el citado artículo 212.1 no pretende enumerar todos y cada uno de los posibles usos en este tipo de clave, sino que intenta dar una serie de ejemplos que sirvan para comprender el abanico de posibles usos que se pueden atribuir a cada categoría. Es por ello que existen usos encuadrados dentro de esta calificación que sin embargo no figuran expresamente en el listado - de otra forma esta circunstancia no podría darse sin una modificación previa de las normas urbanísticas-. Ejemplo paradigmático de lo anterior lo constituye el propio uso de tanatorio. Existen numerosos tanatorios en el área metropolitana de Barcelona ubicados en suelo calificado como equipamiento sin que se requiriese una previa modificación de las normas urbanísticas del PGM. Es por ello que no puede sostenerse en modo alguno que el listado contenido en el artículo 212.1 sea de "numerus clausus".

En ese mismo sentido cabe recordar que cuando se redactó el PGM (1976) el uso de los tanatorios como salas de velatorio para los difuntos era algo excepcional, razón por la que resulta lógico que éste no mencionase expresamente a los tanatorios dentro del listado de usos admitidos. Es necesario recordar que la ciudad de Barcelona, que cuenta hoy en día con cuatro tanatorios (Ronda de Dalt, Les Corts, Sant Gervasi y Sancho de Avila), tenía en el momento de la redacción del PGM un solo tanatorio para atender a toda la ciudad, lo que da una idea del uso minoritario que se le daba en aquella época a este tipo de servicio. De hecho, tal y como se expuso en el informe de respuesta a las alegaciones presentadas en periodo de información pública, el único tanatorio que existía en 1976 (el de Sancho de Avila) fue calificado por el PGM como equipamiento, encuadrándose bajo la clave urbanística 7a. Es decir, que pese a no citarse expresamente, el PGM reconocía ya por aquel entonces implícitamente la posibilidad de ubicar el uso de tanatorio en un suelo calificado de equipamiento, al otorgar la calificación como equipamiento al único tanatorio existente en ese momento en toda la ciudad de Barcelona.

A este respecto el informe redactado por la abogada Marta Simorra sostiene que dicha calificación como equipamiento se debió exclusivamente a la voluntad de consolidar un equipamiento preexistente y que no necesariamente significaba que la decisión fuese coherente con el contenido del nuevo PGM, algo que intenta ilustrar con el rocambolesco ejemplo de un canódromo que también fue encuadrado en la clave 7 a sin que ello signifique, según la emisora del informe, "que cualquier empresa pueda obligar al Ayuntamiento de Esplugues (...) a autorizar la instalación de un Canódromo sobre cualquier terreno del término municipal calificado como equipamiento". Parece que la abogada redactora del documento olvida los numerosos ejemplos ofrecidos por esta Parte en su citado informe sobre otros casos concretos de tanatorios ubicados en terrenos calificados como equipamientos (folios 194 y 195 del expediente administrativo), que demuestran que la calificación del Tanatorio de Sancho de Avila como equipamiento no obedecía solo a una voluntad de consolidación de un equipamiento preexistente. Antes bien, dicha calificación se ajustaba perfectamente a lo contenido en el nuevo PGM, ya que de lo contrario no se hubiese continuado autorizando la implantación de sucesivos usos de tanatorio en suelos calificados como equipamientos. Pueden destacarse como ejemplos de lo anterior, entre otros muchos, los siguientes casos:

- Cerdanyola del Valles (Modificación Puntual del Plan Parcial del Área Tecnológica del Valles para la reordenación del cementerio municipal, la iglesia vieja de Sant Martí y servicios funerarios-tanatorio, aprobado definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo del ámbito metropolitano de Barcelona en fecha 18 de abril de 2012).
- Sant Cugat del Valles (Plan Especial de Ordenación del equipamiento destinado a tanatorio municipal, de Sant Cugat del Valles, aprobado definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo del ámbito metropolitano de Barcelona el 13 de mayo de 2010).



- Badalona (Plan especial urbanístico de asignación de uso de la zona 7b-IV del Plan especial de equipamientos urbanos públicos y parque forestal de Can Ruti -tanatorio- de Badalona, aprobado definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo del ámbito metropolitano de Barcelona el 13 de mayo de 2010).
- Barcelona (Plan Especial urbanístico de ordenación y usos del solar delimitado por las calles de Scala Dei, la carretera de Horta y el paseo de Vall de Hebron, aprobado definitivamente por acuerdo del Plenario del Consejo Municipal de 20 de diciembre de 2002).
- Cornellà (Plan Especial de asignación de usos del solar situado en la Avenida Alps, Sector Millás, de Cornellà de Llobregat).

Se adjunta como Documento número 1 copia de los planos en los que se evidencia la calificación urbanística de dichos equipamientos.

Todos ellos, constituyen ejemplos de municipios encuadrados en el área metropolitana de Barcelona, es decir municipios a los que se les aplica directamente el PGM, en los que se han aprobado definitivamente planes parciales o planes especiales de asignación de uso de servicios funerarios-tanatorio sobre fincas calificadas como sistemas de equipamiento comunitario bajo la clave 7b, sin que evidentemente se haya tenido que proceder previamente a una modificación de las normas urbanísticas del PGM. Existen asimismo antecedentes de tanatorios en terrenos calificados como 7 a (calificación que el PGM otorga a los equipamientos públicos existentes y a los privados). Se trata, en concreto, de los tanatorios de Sancho de Avila (ejemplo ya citado anteriormente), de Sant Gervasi, de Sant Vicenç dels Horts y del Prat de Llobregat. Además, el tanatorio de Les Corts de Barcelona ostenta la calificación de 7c (correspondiente a un equipamiento comunitario existente y de nueva creación de interés metropolitano). Resulta en definitiva patente que el PGM acepta el uso de tanatorio en suelos calificados de equipamiento y que este puede englobarse en el listado contenido en el artículo 212.1 del PGM.

Cabe recordar en este punto que esta Parte solicitó de forma previa a la redacción del proyecto de Plan Especial, al Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat que se pronunciase sobre la posibilidad de implantar el uso de tanatorio en la Finca. Con fecha 11 de octubre de 2012 la Junta de Gobierno Local aprobó el dictamen emitido por los servicios técnicos municipales por el que se concluía como admisible el uso tanatorio en la propiedad (folios 427 y 428 del expediente administrativo). A lo largo del procedimiento de tramitación de dicho Plan Especial el Ayuntamiento ha tenido la oportunidad de pronunciarse en repetidas ocasiones en relación con este extremo, habiendo ratificado su posición inicial en todos y cada uno de los informes y dictámenes emitidos al respecto. Asimismo, por si quedase aun alguna duda, también la propia Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona emitió en fecha 17 de julio de 2014 informe sobre la posibilidad de implantar el uso de tanatorio de titularidad y gestión privada en un terreno calificado de equipamiento de nueva creación y de ámbito local (clave 7b), en el cual se concluía que, si bien el uso de tanatorio no era un uso explícitamente descrito en el artículo 212 de la normativa del PGM, se había de entender como un uso de equipamiento asimilable a cualquiera de los usos definidos en el artículo referido, dada su función social genérica de servicio a la ciudadanía y, que por lo tanto, se consideraba posible su implantación en el tipo de suelo descrito (folio 233 del expediente administrativo).

En ese mismo sentido, como ya exponía esta Parte en su informe de respuesta a las alegaciones presentadas en el trámite de información pública, es necesario también tener en cuenta que la Ordenanza reguladora de los servicios funerarios de Barcelona, aprobada por Acuerdo del Consejo Plenario de 24 de octubre de 1997, en su artículo 13.2 decreta que los tanatorios necesariamente deberán ubicarse en parcelas con la calificación 7a o 7b de las normas urbanísticas del PGM. En efecto, el referido artículo incluye como uno de los medios materiales de los que han de disponer las entidades prestadoras de servicios funerarios, en función del servicio que presten "Disponer de salas de velatorio o tanatorios dentro de una ubicación que urbanísticamente esté clasificada como equipamiento sanitario asistencial, con claves 7a o 7b, en el Plan General Metropolitano de Ordenación o en otros instrumentos urbanísticos que lo desarrollen". Lo anterior, evidencia nuevamente que el uso de tanatorio es perfectamente compatible con la calificación de equipamiento (en este caso incluso se obliga a que se ubiquen en este tipo de suelo) y que dicho uso se encuadra en el listado contenido en el artículo 212 del PGM.

Por último, resulta relevante también recordar que esta misma Sala ha confirmado la procedencia de la implantación de tanatorios en suelo calificado como equipamiento 7a. En concreto, en la Sentencia de 16 de diciembre de 2004, que desestima el recurso contencioso-administrativo que se interpuso contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Barcelona, de 22 de diciembre de 2000, por el que se aprobó definitivamente el Plan Especial de concreción del tipo de equipamiento y ordenación de los terrenos destinados a tanatorio, situados en la calle Carles Riba, 10-12 (terrenos que ostentaban la calificación de 7a). En el supuesto resuelto por la Sentencia, la parte actora cuestionaba el emplazamiento del tanatorio, no por entender que no resultase



conforme al planeamiento la ubicación de un tanatorio en suelo calificado como equipamiento, sino por considerar que dicho emplazamiento era arbitrario. Tal y como se ha apuntado, esta Sala desestimó el recurso, cosa que a su vez validaba implícitamente el emplazamiento de tanatorios en la calificación 7ª. Tan notorio y evidente era que un tanatorio se podía y se puede ubicar en suelo calificado como equipamiento, que la parte actora de dicho recurso ni tan siquiera intentó cuestionarlo, razón por la que esta Sala no tuvo que pronunciarse expresamente al respecto.

De todo lo expuesto anteriormente queda evidenciado que el uso de tanatorio se puede encuadrar a la perfección en el listado de usos admitidos del artículo 212 del PGM, al no ser este de "numerus clausus" y, que en definitiva se puede ubicar un tanatorio en una parcela calificada como equipamiento y, en concreto, el tanatorio previsto por el Plan Especial en la Finca.

II) Sobre el Interés Público del Plan Especial presentado por ELYSIUS

Tanto las alegaciones presentadas en el periodo de información pública como el informe de la abogada Marta Simorra sostienen que no existe un interés público en la implantación de un uso de tanatorio en la Finca afectada por el Plan Especial. Como justificación de esta supuesta falta de interés público se alude únicamente a la existencia de un informe del Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat de fecha 9 de diciembre de 2013 en el cual se había mostrado una preferencia por la implantación en la Finca de un equipamiento sanitario- asistencial vinculado a recursos de soporte o complementarios en relación a las residencias asistidas existentes en la proximidad.

Con respecto a dicha argumentación conviene recordar en primer lugar, que tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, en el ámbito del área metropolitana de Barcelona los tanatorios se encuentran comprendidos dentro de la tipología de equipamientos sanitario-asistenciales prevista en el artículo 212.1 de las normas urbanísticas del PGM. En ese sentido, la condición de equipamiento conlleva implícito "per se" el interés público. En efecto, el artículo 211 del PGM define los equipamientos identificados con la clave 7b (clave que corresponde a la mayor parte de la Finca) como aquellos reservados preferentemente para equipamientos de nueva creación y de interés municipal.

Resulta asimismo necesario indicar, que la normativa aplicable en materia de servicios funerarios reconoce expresamente que los referidos servicios, dentro de los cuales se integran los de tanatorio, tienen la condición de servicio esencial de interés general. Así lo dispone el artículo 1.1 de la Ley 2/1997, que en concreto especifica lo siguiente: "Los servicios funerarios tienen la condición de servicio esencial de interés general, el cual puede ser prestado por la Administración, por empresas públicas o por empresas privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos". En ese mismo sentido se expresa la Ordenanza general de Servicios Funerarios de Esplugues de Llobregat, aprobada definitivamente en fecha 20 de mayo de 2009, en sus artículos 3, 12.1 e) y concordantes. El propio informe presentado por la letrada Marta Simorra dice reconocer la posible concurrencia de interés público en la prestación de servicios funerarios, negando únicamente que esta concorra en el presente supuesto.

Se equivoca, sin embargo, el informe elaborado por la Sra. Simorra al afirmar tan solo una "posible concurrencia" de interés público. Tal y como viene exponiendo esta Parte, cuando se establezca un servicio funerario -como lo es el servicio de tanatorio- que se califica como servicio esencial de interés general, en una parcela adscrita a equipamiento por la clave 7b (que en su propia definición se reserva para equipamientos de interés municipal) queda fuera de toda duda la evidente concurrencia de un interés público, sin que exista la necesidad de argumentar específicamente sobre la Finca o el tanatorio en cuestión.

A pesar de la concurrencia automática de dicho interés público, en este caso, y por si pudiese quedar alguna duda al respecto, esta Parte incluyó en su escrito de respuesta a las alegaciones una justificación de la concreta concurrencia de interés público en este caso específico, que fue acogida e incorporada al apartado 6 de la Memoria del Plan Especial por el Informe técnico de fecha 30 de octubre de 2014. Dicha justificación exponía lo siguiente:

"Respecte a l'ús de tanatori que es concreta per mitjà del present document, la normativa aplicable en matèria de serveis funeraris (Llei 2/1997, de 3 d'abril, sobre serveis funeraris i l'Ordenança general de Serveis Funeraris d'Esplugues de Llobregat, aprovada definitivament en data 20 de maig de 2009), reconeixen expressament que els esmentats serveis, en els que s'integren els de tanatori, tenen la condició de servei essencial d'interès general.

Efectivament, l'interès social dels serveis funeraris (i, en particular, dels serveis de tanatori) resulta inqüestionable. L'acció de vetllar als difunts, des de l'instant de la seva defunció fins al moment del seu enterrament, és un fet inherent a la nostra cultura, amb significació no tan sols ètica o religiosa-moral, sinó



també amb un gran contingut social. Cadascun d'aquests aspectes necessita d'un determinat protocol, així com d'un espai físic adequat i acollidor per a les famílies.

Així mateix, en relació amb els objectius del Pla Especial exposats, cal indicar que resulta convenient la concreció del tipus d'equipament a implantar als sòls de l'àmbit qualificats com a 7b, atès que la concreció de l'ús dels esmentats sòls resta pendent des de l'aprovació del PGM l'any 1976.

Per altra banda, es considera que la concreció de l'ús de tanatori resulta adient pels sòls d'equipament de l'àmbit, ja que, per la seva situació, accessibilitat i superfície, i tal i com s'acredita a l'apartat 7 de la present Memòria, es tracta d'un emplaçament adequat i compatible amb un equipament d'aquestes característiques.

La finalitat del nou tanatori que s'implantaria als sòls d'equipament de l'àmbit és oferir als habitants d'Esplugues un servei de tanatori pròxim, còmode i de qualitat. En efecte, la funció principal del tanatori projectat és apropar els serveis d'Elysium Europa, SL a la població per tal que les famílies s'evitin desplaçaments i puguin disposar, sense sortir de la seva ciutat, dels serveis següents:

- 1) Un lloc on rebre assessorament personalitzat per tramitar i contractar un servei funerari.
- 2) Sales de vetlla.
- 3) Oratori multi confessional.

Segons les estadístiques recents, el promig de defuncions de persones residents o empadronades a Esplugues és de 326 a l'any (una part d'aquestes defuncions s'han produït a Esplugues i la resta s'han produït fora d'Esplugues, però s'hi han acabat traslladant per ser enterrats).

Aquesta xifra total de defuncions es repartiria entre els dos tanatoris de la ciutat, pel que des d'Elysium Europa, SL es preveu que en el nou tanatori de la Finca s'hi prestarien un promig de 3 serveis a la setmana (serveis de sales de vetlla i oratori).

En el quadre següent es pot veure l'evolució de les defuncions d'habitants d'Esplugues des de l'any 2006:

ANY 2006 2007 2008 2009 2010 2011 2012 PROMIG

Defuncions hab. Empadronats 331 330 322 312 316 352 329 326

Adicionalment, a residències, clíniques i hospitals d'Esplugues s'han produït altres defuncions de persones no residents a la ciutat. Aquests difunts són traslladats a les seves respectives poblacions i utilitzaran els tanatoris situats en elles.

En atenció a allò exposat, es constata que el tanatori que s'ubicaria als sòls d'equipament de l'àmbit seria un tanatori per la gent d'Esplugues i no es preveu que l'utilitzin famílies de fora de la ciutat.

Finalment, cal indicar que el present Pla Especial no incideix en la dotació d'equipaments, ja que es manté en la seva totalitat la reserva d'equipaments que preveia el PGM donant el present Pla Especial compliment a una de les seves exigències i complementant-lo."

Se pone así de manifiesto la absoluta concurrencia de interés público, no sólo con carácter general por el hecho de ser un servicio funerario ubicado en un suelo destinado a equipamiento con clave 7b, sino además, específicamente, en este concreto supuesto, por las circunstancias que se dan en el municipio de Esplugues de Llobregat y que se exponen en la propia Memoria del Plan Especial.

En lo que se refiere al argumento acerca del informe emitido por el Ayuntamiento en fecha 9 de diciembre de 2013, en el que se manifestaba que el criterio prioritario municipal de uso de la Finca era un uso sanitario-asistencial vinculado a recursos de soporte o complementarios en relación a las residencias asistidas existentes en la proximidad de la Finca, es necesario tener en cuenta en primer lugar que el informe se emitió en el marco de un procedimiento completamente distinto al del Plan Especial objeto del presente recurso contencioso-administrativo. En efecto, dicho informe se redactó en relación con el procedimiento de aprobación del Convenio urbanístico relativo a la permuta de la finca situada en la confluencia de las calles Nord y Andreu Amat, por la finca situada en la Avenida Jacint Esteve i Fontanet, número 112, entre el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat y la sociedad ELYSIUS. En realidad, en el marco de dicho procedimiento, la Administración manifestó la posibilidad de implantar el equipamiento de tanatorio en la parcela de propiedad municipal, y no en la parcela propiedad de esta parte; pero dicha manifestación se limitó a esa posibilidad, sin que el Consistorio ignorara o denegara en momento alguno la posibilidad urbanística de implantar el tanatorio en la finca propiedad de ELYSIUS. A su vez, dicho Convenio nunca se llegó a materializar en una auténtica permuta, precisamente debido a la voluntad de la propia Administración, que optó finalmente por implantar el equipamiento en la finca propiedad de esta parte. Es por ello, que resulta del todo improcedente



extrapolar las consideraciones de dicho informe al presente procedimiento que nada tiene que ver con el mismo.

En cualquier caso y, sin perjuicio de lo anterior, que el Ayuntamiento en su día emitiese un informe en el que, de forma preliminar, se analizase la posible implantación de un tipo de uso diferente al de tanatorio, no obsta para que dicho uso pueda ser igualmente considerado admisible y de interés público. No puede sostenerse en ningún caso, tal y como trata de hacer el Informe de constante mérito, que el mero estudio de implantación de usos alternativos en la finca implique automáticamente negar la existencia de un interés público al respecto del tanatorio proyectado.

En relación con lo anterior, procede asimismo recordar que desde la redacción del PGM en el año 1976 no se ha tramitado ningún Plan especial de asignación de usos sobre la Finca, ni tampoco se ha desarrollado el procedimiento establecido en el artículo 216 de las normas urbanísticas del PGM para la determinación de la preferencia de titularidad pública de la Finca. En ese mismo sentido, el propio procedimiento de permuta en el marco del cual se emitió el informe que priorizaba un uso distinto para la Finca no se llevó a cabo precisamente por la falta de voluntad de la Administración. Es por ello, que difícilmente puede sostenerse la auténtica necesidad para el municipio de los usos sanitario- asistenciales vinculados a las residencias asistidas existentes, dada la manifiesta inactividad de la Administración a lo largo de casi cuarenta años en relación con la posible implantación de estos.

Por último resulta imprescindible afirmar que el Ayuntamiento ha reconocido en todo momento el derecho que asiste a ELYSIUS a la implantación de un tanatorio en la Finca y la efectiva concurrencia de interés público en dicha operación. Lo hizo entre otros a través de los siguientes documentos (i) Dictamen de los servicios técnicos municipales aprobado por la Junta de Gobierno Local en fecha 11 de octubre de 2012, que reconocía que el uso de tanatorio era admisible en la Finca, (ii) Informe de 9 de diciembre de 2013 al que se refieren tanto los alegantes como la abogada Marta Simorra, que señala que "la tramitación del referit Pla Especial seria conforme al planeament vigent" y, (iii) Informe del Secretario del Ayuntamiento de Esplugues de fecha 3 de junio de 2014.

A la vista de lo anterior resulta innegable la efectiva concurrencia de un interés público en la instalación de un tanatorio en la Finca, y por ende en la tramitación y aprobación del Plan Especial presentado por ELYSIUS.

III) De la adecuación de los parámetros urbanísticos establecidos por el Plan Especial al entorno en el que pretende ubicarse el futuro tanatorio

Por último, el informe presentado ante el Ayuntamiento de Esplugues analiza la pretendida falta de adecuación de los parámetros urbanísticos de dicho instrumento de planeamiento al entorno en el que se pretende ubicar.

Es necesario apuntar de forma preliminar que el escrito redactado por la abogada Marta Simorra no se aparta en absoluto de los argumentos esgrimidos en las distintas alegaciones presentadas en el trámite de información pública, que en esencia manifestaban que el Plan Especial no obedecía al objetivo de respetar la integración en el sector en el que se ubica ni a la intención de respetar los parámetros correspondientes a la calificación 20a/10 (que según los alegantes se trataba de la ordenación volumétrica del entorno). Según lo defendido por los alegantes y por la letrada autora del Informe, en la determinación de la referida ordenación, lo que primaba eran las necesidades funcionales del tanatorio. Como elemento para acreditar la supuesta falta de integración en el entorno, se exponían los parámetros de la calificación 20a/10 y se manifestaba que el Plan Especial no daba cumplimiento a alguno de ellos.

Pues bien, dicha argumentación ya fue ampliamente contestada por esta Parte y por los informes de la Administración durante la tramitación del Plan Especial.

En ese sentido, es necesario aclarar en primer lugar que no es cierto que la ordenación volumétrica del entorno esté conformada principalmente por suelos calificados como 20a/10, tal y como se indicaba en los escritos de alegaciones y se reitera en el informe de la Sra. Simorra. De hecho, tal y como se constata en el Plano "Informació. Planeament Vigent" del Plan Especial (folio 375 del expediente administrativo), el ámbito del Plan Especial se enmarca en un gran conjunto de equipamientos que el PGM prevé alrededor de la plaza Constitución de Esplugues, la mayoría de los cuales han sido ya desarrollados.

La calificación 20a/10 corresponde a los barrios de Miranda y Ciudad Diagonal, situados al norte y al este de la mencionada área de equipamientos. No obstante, estas áreas residenciales (así como el barrio de la Mallola, que se desarrolló por un Plan Parcial específico) se sitúan a más de cien metros de distancia del ámbito del Plan Especial. Para aclarar cuál era la ordenación del entorno se modificó por esta Parte la redacción del artículo "5.2 Ordenació del entorn" de la Memoria del Plan Especial resultando la siguiente redacción:



"L'àmbit de planejament s'emmarca en un gran conjunt d'equipaments que el Pla General Metropolità preveu al voltant de la plaça de la Constitució d'Esplugues, la majoria dels quals han estat desenvolupats.

En concret, la parcel·la veïna, també qualificada d'equipament, va ser ordenada pel Pla Especial de concreció d'usos i volumetria de la parcel·la d'equipaments delimitada per l'av. de la Miranda, el c. dels Germans Serra i el c. d'August Font. Aquell instrument li va atorgar l'ús d'equipament assistencial i un índex d'edificabilitat de 0,688 m²st/m²sl.

Altres Plans Especials de concreció d'usos i volumetria d'equipaments situats al voltant de l'àmbit de planejament atorguen índexs d'edificabilitat semblants: 0,60 m²st/m²sl (Col·legi Americà); 1,10 m²st/m²sl (Centre socio-sanitari Sant Joan de Déu); 1,00 m²st/m²sl (Residència la Mallola - Fundació Fèlix Llobet).

La resta dels barris de la Miranda i Ciutat Diagonal, situats al nord i a l'est de l'esmentada àrea d'equipaments, estan formats majoritàriament per parcel·les d'habitatge unifamiliar amb la clau 20a/10, d'edificació aïllada, amb una edificabilitat de 0,75 m²st/m²sl, mentre que el barri de la Mallola, a l'oest, es va desenvolupar amb cases en filera, amb un Pla Parcial específic. Aquestes àrees residencials, però, es troben totes a més de 100 m de distància de l'àmbit d'aquest Pla Especial.

En les ordenacions d'equipaments circumdants, les alçades màximes varien depenent de les necessitats de l'equipament: així, en el cas del PE de la parcel·la veïna és de PB+2 i 10,60 m d'alçada; en el del PE de Sant Joan de Déu és de PB+3 i 15 m; i en el PE de la residència la Mallola (Fundació Fèlix Llobet) PB+2 i 12 m d'alçada. En un Pla Especial més complex com el del Col·legi Americà, les alçades màximes depenen del tipus d'instal·lació que acull cada edifici: a la piscina és de 7,90 m, al poliesportiu de 7,60 m i als aularis de 10,60 m (PB+2) i fins a 14,15 m (PS+B+2). Pel que fa a la zona 20a/10, l'alçada màxima establerta al PGM és de PB+2 i 9,15 m.

Aquestes ordenacions generen un paisatge molt característic. A les zones unifamiliars, a causa de la fragmentació de la parcel·lació, hi predominen les peces de mida petita; la pronunciada topografia genera murs de contenció i separació i volums edificats amb una presència important en el paisatge. Pel que fa a les peces d'equipament, que conformen el paisatge immediatament veí de l'àmbit de referència, la seva alçada i el seu volum són encara més grans i per tant generen un impacte visual i paisatgístic molt més fort, tal com es pot comprovar en la vista de l'àmbit des de la plaça de la Constitució, on l'equipament assistencial situat a la part posterior apareix com un volum força significatiu" (el subrayado es nuestro).

Una vez determinado que los suelos del entorno inmediato están calificados como equipamiento y no como 20a/10, tal y como se erróneamente se indicaba en las alegaciones presentadas y en el informe de la abogada Marta Simorra, resulta asimismo necesario negar rotundamente que la ordenación del Plan Especial haya dado prevalencia a las necesidades funcionales del equipamiento. De hecho, tal y como se expondrá a continuación ha sucedido justamente lo contrario, la configuración del edificio del tanatorio obedece principalmente a la intención de integrarlo en el sector en el que se ubica y a ajustarse al paisaje y a las condiciones ambientales. En relación con lo anterior, y a pesar de que esta Parte consideraba que el respeto al artículo 217.1 de las normas urbanísticas del PGM ya quedaba suficientemente acreditado en la Memoria del Plan Especial, a la vista de las alegaciones presentadas y de cara a profundizar en dicha justificación, se propuso y adoptó un nuevo redactado del apartado 7.2 de la Memoria del Plan Especial, cuya transcripción literal quedó en los siguientes términos:

"Tal com s'ha explicat, en l'entorn immediat hi ha nombrosos edificis d'equipaments, que segueixen un model d'edificacions aïllades amb alçades màximes de més de 10 m (PB+2). Aquests edificis acostumen a situar-se per sobre del terreny existent, generant-se en ocasions talussos i murs de contenció que accentuen la sensació de construcció en alçada.

Una opció immediata seria l'extrapolació d'aquest tipus d'ordenació a la parcel·la que ens ocupa, amb un model de tanatori en alçada. Una edificació d'aquest tipus es podria separar de la façana del carrer de forma clara, generant-se una tanca al límit de la parcel·la. Malgrat això, trobem que aquesta tipologia provocaria un fort impacte visual i paisatgístic en l'entorn, especialment en el lloc des del qual és més visible la parcel·la (la plaça de la Constitució), però també des dels dos carrers adjacents.

Les necessitats funcionals de l'ús que es proposa implantar permeten un altre tipus d'ordenació que trobem molt més integrat en l'entorn i amb una presència visual més discreta i adient al lloc on es troba: la d'un edifici en una sola planta, en una edificació recollida en el seu interior, amb una envolupant verda. Aquesta volumetria i aparença estan pensades per aconseguir una integració completa en el sector on s'ubica i ajustar-se al paisatge i les condicions ambientals d'una zona on, per l'orografia i la parcel·lació existents, sovintegen els jardins aterrats. Només amb un edifici que no esgota les alçades de PB+2 atorgades al seu entorn es pot aconseguir aquest grau d'integració paisatgística.



L'edifici pretén convertir-se en una tanca verda en l'interior de la qual es desenvolupa l'edificació, que doni continuïtat visual a les tanques exteriors dels fronts dels veïns, de manera que quedi alineat amb aquestes tanques però, a diferència d'aquells, dintre de la parcel·la no hi aparegui cap volum més alt.

Per a comprovar la conveniència d'aplicar una normativa diferent de les que s'han establert als equipaments del voltant per a aconseguir la integració paisatgística, s'han fet diversos esquemes comparatius que es reproduïxen a continuació:

- En primer lloc s'ha fet un esquema volumètric general de l'entorn, que serveix per a comprovar que, un cop posada en el seu context urbà i topogràfic, l'alternativa d'edificació d'un cos de PB significa una afectació paisatgística molt menor que la implantació d'un cos de PB+2 semblant als edificis veïns, especialment tenint en compte que la proposta del Pla Especial és situar l'edificació al nivell del punt més baix de la parcel·la (l'entrada des de plaça de la Constitució), de manera que es va encastant en el terreny i va desapareixent a mesura que la cota natural puja, fins a quedar gairebé del tot enterrada en el punt del llinar amb la parcel·la veïna. En aquest sentit, l'ordenació de l'edifici que es proposa per mitjà del present document és la que permet una major integració del mateix amb la topografia del seu entorn.

- En segon lloc es reproduïx una comparativa de la imatge de l'equipament des de la plaça de la Constitució, en l'Estat actual, en una Hipòtesi aplicant alçades equipaments entorn i en la Proposta del Pla Especial. Les imatges permeten apreciar que, efectivament, configurar l'edifici en planta baixa (no esgotant les alçades que corresponen als equipaments del voltant) i envoltar-lo en un sistema de murs i cobertes verdes minimitza l'impacte paisatgístic de l'edificació.

- Per últim, s'ha fet una comparativa de la secció esquemàtica de la parcel·la per l'avinguda de la Miranda en les dues alternatives estudiades.

La Secció esquema proposta demostra que l'alçada que s'atorga a l'edifici permet apropar-se al màxim a la topografia original del terreny i al perfil del terreny de la parcel·la veïna just en el llinar (evitant així mateix l'aparició de murs de contenció vistos en les divisions), sobretot prenent en consideració que l'edificació se situa en el punt baix de la parcel·la i queda semienterrada per la part posterior, tal com es pot comprovar en la mateixa secció.

Per contra, si s'hagués optat per seguir les alçades aproximades de 10m (PB+2) dels equipaments de l'entorn, no s'hauria aconseguit la integració topogràfica de l'edificació. Així es demostra a través de la Secció esquema volumètrica hipotètica aplicant alçades equipaments entorn, en la que es fa evident que, en la part que llinda amb la parcel·la veïna, l'alçada de l'edifici excediria amb escreix la cota topogràfica de l'esmentada parcel·la veïna" (el subrayado es nuestro).

De dicha nueva redacción resulta todavía más patente que la ordenación propuesta por el Plan Especial no obedece a la intención de materializar el concepto de tanatorio, sino que justamente la configuración que se propone pretende ajustarse al paisaje y a las condiciones ambientales, así como a la integración del tanatorio en el entorno. En ese sentido, las necesidades funcionales del tanatorio habrían permitido que el mismo se configurase en altura. Sin embargo, en este supuesto, y por las razones que justificadamente se señalan en el Plan Especial, se ha determinado que lo más adecuado para garantizar la integración de la edificación en el entorno es realizar el tanatorio en planta baja únicamente, lo que acredita a todas luces el cumplimiento del Plan Especial con las exigencias del artículo 217.1 de las normas urbanísticas del PGM.

Finalmente, al respecto de las alegaciones formuladas en el informe de la abogada Marta Simorra sobre la supuesta falta de cumplimiento con algunos parámetros establecidos para la clave 20a/10, cabe recordar, de nuevo, que el entorno inmediato de la Finca no está constituido por suelos calificados como 20a/10 (que, recordemos, se encuentran a una distancia de más de cien metros del ámbito del Plan Especial), sino por suelos calificados como equipamientos. Los equipamientos del entorno inmediato de la Finca son edificaciones aisladas con alturas aproximadas de diez metros (PB + 2) las cuales acostumbran a situarse por encima del terreno existente, generando en ocasiones muros de contención que acentúan la sensación de construcción en altura. No era intención de esta parte incidir en dicha sensación con la construcción del nuevo tanatorio.

Pero es que además, el artículo 217.1 de las normas urbanísticas del PGM en ningún caso obliga a respetar todos los parámetros de la zona donde se sitúa el equipamiento o de la zona contigua. Esta obligación, de acuerdo con el artículo 217.2 del PGM, tan sólo resulta exigible en suelo urbano en caso de ausencia de plan especial. En los casos (como el presente) de tramitación de Plan Especial de concreción de equipamiento, el referido artículo 217.1 únicamente obliga a ajustarse a: (i) las necesidades funcionales del equipamiento; (ii) el paisaje y las condiciones ambientales; y (iii) a la integración del sector donde se ubiquen (aspectos que, de acuerdo con todo lo expuesto anteriormente, efectivamente cumple el Plan Especial).



De hecho, si el Plan Especial ha modificado el modelo de alturas aproximadas de diez metros (PB + 2) que corresponde a los equipamientos del entorno es precisamente, y de acuerdo con aquello que ha sido expuesto en el presente apartado, para permitir la integración del tanatorio en el sector en el que se ubica.

Las principales objeciones alegadas por la abogada Marta Simorra en su informe al respecto de los parámetros establecidos por el Plan Especial para el tanatorio giran en torno a la ocupación establecida y a las separaciones entre los edificios. En cuanto a la ocupación, hay que indicar que, precisamente es la mencionada disminución respecto a las alturas de los equipamientos del entorno de la Finca la que justifica que se establezca un porcentaje de ocupación máxima de la parcela sobre rasante del 75 %. La referida ocupación resulta necesaria para atender las necesidades funcionales del equipamiento, necesidades a las que, de acuerdo con el artículo 217.1 de las normas urbanísticas del PGM también tienen que ajustarse los planes especiales de concreción de equipamiento a la hora de determinar sus condiciones de edificación. En lo referente a la separación, el mencionado Plan Especial indica que la edificación sobre rasante se separará un mínimo de tres metros respecto de los umbrales con las parcelas vecinas, y un metro a viales. A pesar de que, ciertamente, la mencionada previsión no es coincidente con las separaciones de 5-3-5 metros a fachada, lateral y fondos previstas para la calificación 20a/10, hay que indicar: (i) que el entorno inmediato de la Finca no está constituido por suelos con la calificación 20a/10, sino por suelos calificados como equipamiento; (ii) en cualquier caso, el artículo 217.1 de las normas urbanísticas del PGM no obliga a respetar todos los parámetros de las zonas contiguas a las de ubicación del edificio; y (iii) que el hecho de que se hayan establecido las separaciones mencionadas obedece a que, de acuerdo con los criterios de ajuste al paisaje, a las condiciones ambientales y a la integración en el sector, se ha determinado que lo más adecuado es configurar el tanatorio en planta baja y, en consecuencia, resulta necesario establecer un parámetro de ocupación suficiente para cubrir las necesidades funcionales del tanatorio.

Resulta evidente de todo lo anterior que los parámetros establecidos para el tanatorio a implantar en la Finca se ajustan perfectamente a los de su entorno y que, en todo caso, dicho Plan Especial cumple a la perfección con los requisitos establecidos por el artículo 217.1 de las normas urbanísticas del PGM. Es por todo lo anterior que resulta patente e indiscutible que el proyecto de Plan Especial se ajusta perfectamente a la legalidad y al planeamiento aplicable, no pudiendo ser en ningún caso denegada su aprobación por dichos extremos.

En definitiva, y a la luz de todo lo expuesto a lo largo del presente escrito de Demanda, ha quedado evidenciado que esta Parte tenía derecho a la tramitación del Plan Especial presentado hasta su aprobación definitiva, que la Administración no podía denegar su aprobación provisional más que por causas de estricta legalidad no apreciables ab initio (que ha quedado demostrado que no concurren en el presente caso), que el acuerdo de denegación de la aprobación provisional del Plan Especial carecía de motivación y resultaba completamente arbitrario y, que el contenido del Plan Especial se ajustaba perfectamente tanto a la legalidad como al planeamiento aplicable. Todos estos motivos llevan necesariamente a la nulidad del acuerdo de denegación de la aprobación provisional del Plan Especial o, en su defecto, a la anulación del mismo.

CUARTO.- DE LA NECESARIA SATISFACCIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA ACTUACIÓN MUNICIPAL A ESTA PARTE

Por último, es necesario manifestar que la actuación de la Administración demandada ha supuesto la creación a esta parte de unos daños y perjuicios que deberán verse indemnizados. En este sentido, cabe recordar el contenido del artículo 31 de la LJCA, cuya transcripción literal es la siguiente:

"Artículo 31. Nulidad de disposiciones de carácter general

1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el Capítulo precedente.
2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda".

Así, de acuerdo con el precepto transcrito, la parte actora puede solicitar, si lo considera oportuno, que se le reconozca el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que la actuación administrativa, con la adopción de un Acuerdo posteriormente anulado, le ha supuesto.

En el presente caso, en el supuesto de que se estime el presente Recurso, el rechazo de la aprobación provisional del Plan Especial habría supuesto un retraso en la implantación de la actividad que esta parte no debió nunca haber soportado. Por esta razón, considera esta parte necesario solicitar, junto con la estimación del Recurso presentado por esta parte, el reconocimiento de los daños y perjuicios causados, cuya cuantificación se realizará en sede de ejecución de Sentencia.



CONCLUSIONES:

"(...) SEGUNDA.- Ha quedado acreditado el derecho que asistía a esta parte a la tramitación del plan especial presentado.

(...) resulte evidente que el Pleno del Ayuntamiento no podía denegar la aprobación provisional del Plan Especial. A lo largo del presente procedimiento ha quedado demostrado, tal y como se expondrá con mayor detalle más adelante, que el instrumento de planeamiento presentado por ELYSIUS cumplía total y absolutamente con la legalidad urbanística, cuestión que todos los informes de la propia Administración habían reconocido explícitamente y que el perito designado judicialmente por esta Sala para el presente recurso ha confirmado de forma incontestable en su dictamen pericial de 30 de enero de 2017. Siendo por lo tanto el Plan Especial acorde a toda la normativa y planeamiento aplicables no concurría en modo alguno el único supuesto bajo el cual puede denegarse una aprobación provisional; la falta de legalidad manifiesta e insubsanable del mismo. Por ello, su denegación resulta en este caso totalmente improcedente.

(...)

Es evidente que una votación en contra de la aprobación de un Plan Especial es, a todos los efectos en el ámbito jurídico de aprobación de planeamiento, una denegación de dicha aprobación. Como se ha expuesto y acreditado, en el presente caso dicha denegación no podía acordarse por la Administración -ya que no concurría el único presupuesto que le permitiría adoptarla, que recuérdese es la vulneración de la legalidad-. El acuerdo por el que se denegó la aprobación provisional adoptado en la sesión del Pleno del Ayuntamiento de fecha 21 de enero de 2015, se adoptó en contra de lo establecido por todos y cada uno de los informes emitidos por el propio Ayuntamiento y por la Comisión Territorial de Urbanismo del Área Metropolitana de Barcelona y sin más justificación ni base que un informe particular, por lo que resulta totalmente improcedente.

(...)

Pues bien, en ese sentido cabe recordar en primer lugar que se sometían a Dictamen pericial, en concreto, (i) la idoneidad del Plan Especial al planeamiento urbanístico general que le resulta de aplicación, (ii) la adecuación del instrumento de planeamiento a los parámetros urbanísticos que le son de aplicación y, de forma especial por la parte Codemandada se precisaba un pronunciamiento acerca de (iii) el cumplimiento en el presente caso con la normativa que exige la integración en el entorno de los equipamientos regulados por un Plan Especial. Dichas cuestiones, junto con la posibilidad de implantación de un tanatorio de carácter privado en un suelo calificado bajo la clave urbanística 7b, constituían las principales divergencias de las partes del presente recurso contencioso-administrativo en lo relativo a la legalidad del Plan, que son abordadas por el perito de la siguiente forma:

(i) De la idoneidad del Plan Especial al planeamiento urbanístico general que le resulta de aplicación

Sobre dicho extremo planteado por ELYSIUS se pronuncia el Dictamen en sus páginas 6 y 7 en las que sostiene al respecto:

"El Pla Especial presentat a tràmit, segons es manifesta en l'apartat 6 de la memòria, té per objectiu i finalitat la concreció del tipus d'equipament i de l'ordenació de l'edificació en el seu àmbit en base al que s'estableix en l'art. 215 de les NNUU del PGM i en conseqüència l'instrument urbanístic idoni per a satisfer aquest objectiu és el Pla Especial urbanístic segons ve determinat per l'esmentat article 215.

En quant al contingut documental del mateix compleix amb el que es determina com a necessari i suficient, ja que consta de memòria en la que es concreta i justifica el tipus d'equipament, l'ordenació detallada, la titularitat, la gestió i execució del planejament; els plànols d'informació i d'ordenació suficientment detallats per a la finalitat del Pla especial; la normativa urbanística; l'estudi econòmic i financer i pla d'etapes; l'informe mediambiental; l'avaluació de la mobilitat generada i la documentació acreditativa de la titularitat de la finca i la seva disponibilitat per part dels promotors.

En quant a l'adequació del Pla Especial al planejament urbanístic general que li és d'aplicació, cal afirmar, segons el meu criteri professional, que el mateix s'adequa plenament a les determinacions establertes en el planejament urbanístic general ja que examinades detingudament les seves determinacions totes elles estan d'acord amb la normativa d'aplicació" (el énfasis es añadido).

Es decir, que según lo que sostiene el perito judicial, no solo el Plan Especial presentado por ELYSIUS era el instrumento idóneo para concretar el uso de la finca en cuestión, sino que el mismo cumple con todas las determinaciones establecidas en el planeamiento urbanístico general y su contenido documental cumple con lo que se considera como necesario y suficiente.

(ii) De la adecuación del instrumento de planeamiento a los parámetros urbanísticos que le son de aplicación.



Al respecto de dicha cuestión planteada por la parte Codemandada, el Dictamen realiza en sus páginas 7 y 8 un análisis de las condiciones edificatorias aplicables a la finca en cuestión y del ajuste de la ordenación propuesta por el Plan Especial a las mismas. En ese sentido, se concluye por el perito lo siguiente:

"L'ordenació proposada pel PE, s'ajusta estrictament a les necessitats funcionals de l'equipament ja que fins i tot en el document hi figura un avantprojecte de l'edificació prevista (Folis 394-397) ajustat a l'ordenació proposada i desenvolupat en atenció a la mateixa.

També es pot afirmar que l'ordenació proposada pel PE respecta les condicions ambientals i s'integra adequadament en el sector en s'ubica. En aquest sentit cal fer notar que en el punt 7.2 de la memòria es justifica satisfactòriament aquesta integració a partir d'una anàlisi comparativa de les alternatives possibles d'ordenació tant a nivell descriptiu com gràfic (Folis 358-362)

(...)

Pel que fa referència a l'edificabilitat màxima i tipus d'ordenació s'estableix en el PE un índex d'edificabilitat de 0,75 m²st/m²sl, que és el mateix que en els tipus d'ordenació de les àrees residencials properes i esdevé apropiat per a l'ordenació en una sola planta que es planteja, amb una ocupació màxima del 75% sobre rasant i del 100% en planta soterrani (...)" (el énfasis es añadido)

Se concluye así en el Dictamen que el instrumento de planeamiento derivado presentado por ELYSIUS cumplía -y cumple- con los parámetros urbanísticos aplicables a la finca en la que se quiere situar el equipamiento y con todos los demás requisitos asociados a su tipología edificatoria y necesidades derivadas de su condición de equipamiento.

(iii) Del cumplimiento con la normativa que exige la integración en el entorno de los equipamientos regulados por un Plan Especial

Finalmente, el Dictamen realiza un análisis específico acerca de la adecuación al entorno de la propuesta contenida el Plan Especial, todo ello por cuanto la parte Codemandada otorga en su Contestación a la Demanda especial énfasis a esta cuestión, razón por la que el perito juzga necesario exponer en las páginas 9 a 11 del Dictamen en primer lugar cuales son las características del entorno para concluir una vez analizadas tanto éstas como la normativa urbanística de aplicación para estos casos, que:

"En quant al paisatge, la previsió d'un volum edificatori fortament enjardinat esdevé molt acord amb l'entorn immediat que ha de concretar-se especialment amb les característiques de les diferents finques que donen façana i circumden la Plaça de la Constitució, totes elles amb evident predomini de la vegetació i nul la presencia de volums edificats importants.

(...)

Aquesta voluntat plantejada en el projecte coincideix plenament amb les meves conclusions anteriorment expressades i en conseqüència en resposta a la qüestió de les demandades, segons el meu criteri professional, es compleix satisfactòriament l'exigència normativa d'integració en l'entorn"(el énfasis es añadido).

En otras palabras, el perito no deja ninguna duda acerca de la completa y total adecuación e integración en el entorno de la edificación propuesta por el Plan Especial presentado por ELYSIUS.

Adicionalmente el Dictamen también tiene ocasión de pronunciarse explícitamente al respecto de otro de los temas controvertidos en el presente caso, que es la posibilidad de implantar un tanatorio de carácter privado en un suelo calificado bajo la clave urbanística 7b. Sobre dicha cuestión expone el perito en la página 7, lo siguiente:

"a) Tipus d'equipament proposat:

Es el de Tanatori, que en atenció a l'acordat per la Comissió Territorial d'Urbanisme de l'àmbit metropolità de Barcelona en sessió de 17/07/2014 es considera possible la implantació de l'ús de tanatori en sols qualificats d'equipament local de nova creació (clau 7b) amb independència de la seva titularitat (foli 187).

A més, a part d'aquest pronunciament favorable, atenent al que es determina en l'art. 212, 1.b) en el que entre els equipaments sanitari-assistencials se citen els cementiris, cal situar-se en el moment de la redacció del PGM, en l'any 1970, en el que encara no existia aquest tipus de servei de tanatori de manera autònoma sinó que la funció que en l'actualitat ofereixen aquests de serveis funeraris, sales de vetlla i oratori, eren portades a terme llavors per a qui ho requeria pels propis cementiris i en conseqüència en l'ús de cementiri que s'estableix en el citat article cal entendre que ha de comprendre així mateix l'ús de tanatori que estaria implícit com un servei atès pels propis cementiris. Pel que fa referència a la titularitat privada de l'equipament, aquesta esdevé totalment avalada per la facultat que li atorga l'article 216 de les NNUU del PGM i així mateix contemplada en



l'Ordenança general de serveis funeraris d'Esplugues de Llobregat (BOP 140 de 12/06/2009) i resta simplement condicionada al que es determina en els articles 22 següents de dita ordenança municipal" (el énfasis es añadido)

Así pues, también acerca de dicho extremo se pronuncia favorablemente el Dictamen pericial judicial, estableciéndose que el uso de tanatorio debe entenderse como comprendido dentro de los usos admitidos en suelos calificados de equipamiento local de nueva creación (clave 7b) al asimilarse a todos los efectos al de cementerio, siendo además la titularidad privada del mismo avalada por la Ordenanza de servicios funerarios de Esplugues de Llobregat.

Es por todo lo anterior que ha quedado totalmente demostrado que el proyecto de Plan Especial se ajusta perfectamente a la legalidad y al planeamiento aplicable, no pudiendo ser por ello en ningún caso denegada su aprobación.

(...)"

TERCERO: Contestación a la demanda del Ayuntamiento

Sus extremos más significativos son del siguiente tenor:

(...)H E C H O S

(...)Segundo.- D. Ildfonso , en nombre y representación de ELYSIUS EUROPA, SL, presentó instancia en este Ayuntamiento, y a la que acompañó el oportuno proyecto, solicitando la tramitación y aprobación del Pla Especial de concreció d'ús i ordenació volumètrica de la parcel la situada a l'avinguda Jacint Esteva i Fontanet, 112, de Esplugues de Llobregat. Documento 1 del exte. ad.

Tercero.- El Arquitecto Municipal, y según informe de fecha 22 de mayo de 2014, informó favorablemente dicho Plan Espacial. Folios 40 al 45 del expediente administrativo.

Así mismo, el Secretario del Ayuntamiento, y con fecha 3 de junio de 2014, emitió informe jurídico favorable a la aprobación inicial de dicha figura de planeamiento. Folios 46 al 53 del expediente ad.

Cuarto.- Con fundamento en dichos informes favorables, y por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 6 de junio de 2014, se aprobó inicialmente referido Plan Especial. Folios 57 y 58 del expediente.

Abierto el período de información pública, distintas personas y entidades hicieron las alegaciones que constan a los folios 83 a 214 del expediente administrativo.

Quinto.- A los folios 220 a 232 del expediente obra informe de los Servicios Técnicos Municipales informando las mencionadas alegaciones, y proponen informar favorablemente, a los efectos de su aprobación provisional, el citado Pla Especial.

Sexto.- Al folio 233 del expediente figura el acuerdo de la Comissió Territorial d'Urbanisme de fecha 17 de julio de 2014, que dice:

Vist l' informe proposta dels Serveis Tècnic, i d' acord amb els fonament que s'hi exposen, aquesta Comissió acorda:

-1 Emetre informe sobre la possibilitat d' admetre l' ús de tanatori, de titularitat i gestió privada en un terreny qualificat d' equipament de nova creació i àmbit local, clau 7b, al terme municipal d' Esplugues de Llobregat, formulada per l' Ajuntament d' Esplugues de Llobregat, amb les consideració fetes a la part valorativa"

Séptimo.- Así mismo, la Agència Catalana de l' Aigua, y según informe de fecha 5 de diciembre de 2014, informó favorablemente el tantas veces citado Plan. Folios 250 a 253 del expediente.

Igualmente, el Secretario del Ayuntamiento, y por otro informe de fecha 30 de octubre de 2014 (folios 234 a 249 del expediente), informa también favorablemente dicho Plan.

Octavo.- Al folio 288 del expediente administrativo obra instancia de los Grupos Municipales PP, ICV-EUiA, CIU, ERC y el Sr. Felipe , regidor no adscrito, en el que dicen "presenten per al seu debat i votació al Ple Ordinari del 21-01-2015, la proposta d' acord que s' acompanya del corresponem informe jurídic-tècnic".

La citada propuesta de dichos grupos municipales figura al folio 287 del expediente, y dice:

PRIMER.- DENEGAR, d' acord amb el previst als articles 92-1-c del decret Legislatiu 1/2010, l' aprovació inicial del Pla Especial "de concreció d' ús i ordenació volumètrica de la parcel la situada a l'avinguda Jacint Esteva i Fontanet, 112" formulat i promogut per l' empresa "Elysius Europa SL".

SEGON .- Procedir, en conseqüència, a l' ARXIU DEFINITIU de l' expedient, sense més tràmit.

(...)"

El "informe jurídic-tècnic" al que hacen referencia se encuentra a los folios 280 a 286, de fecha 7 de enero de 2015, emitido, al parecer, por Dña. Marta Simorra Oliver, ICAB nº 27.848, y decimos al parecer, habida cuenta no estar firmado. En dicho informe propuesta se razona, entre otros motivos de oportunidad y parámetros edificatorios, principalmente, que el uso de tanatorio no es admisible en parcela calificada como Equipamientos comunitarios de nueva Creación de carácter local, clave 7b,

Noveno.- Sin embargo a los folios 290 a 295 figura dictamen de la Comissió Informativa de Territori i Sostenibilitat del Ayuntamiento, de fecha 16 de enero de 2015, proponiendo al Pleno aprobar provisionalmente el "projecte de Pla Especial de concreció d' ús i ordenació volumètrica de la parcel la situada a l' avinguda Jacint Esteva i Fontanet, 112, de Esplugues de Llobregat", habida cuenta los antes citados informes favorables de los Servicios Técnicos Municipales, Secretario del Ayuntamiento, Comissió Territorial d' Urbanisme, la Agència Catalana de l' Aigua.

Al folio 295, vuelto del expediente administrativo, consta la siguiente diligencia.

"DILIGÈNCIA.- La Comissió Informativa de Territori i Sostenibilitat en data 19 de gener de 2015 va dictaminar favorablement aquesta proposta d' acord".

No obstante, en ese mismo folio 295 vuelto del expediente figura la siguiente certificación del Secretario de este Ayuntamiento:

"CERTIFICO: Que sotmès a votació el dictamen transcrit, a la sessió extraordinària del Ple de l' Ajuntament de data 21 de gener de 2015, no va obtenir la majoria absoluta necessària per a la seva aprovació, per la qual cosa es considera rebutjada l' aprovació provisional del Pla Especial de concreció d' ús i ordenació volumètrica de la parcel la situada a l' avinguda Jacint Esteva i Fontanet, 112, de Esplugues de Llobregat".

Décimo.- Contra dicho acuerdo, ELYSIUS EUROPA, SL, ha interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo.

A tales hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Planteamiento

Dice la actora en el suplico de su escrito de demanda que "formula Demanda contra Acuerdo de denegación de la aprobación provisional del Plan Especial de concreción de uso y ordenación volumétrica de la parcela situada en la Avenida Jacint Esteva Fontanet, 112, de Esplugues de Llobregat, adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat en fecha 21 de enero de 2015 y, previos los trámites legales oportunos, declare nulo el precitado acuerdo o, subsidiariamente, anule este último y, junto con lo anterior, se reconozcan los daños y perjuicios causados a esta parte por el Acuerdo recurrido, cuya cuantificación se realizará en sede de ejecución de sentencia".

La cuestión litigiosa se circunscribe, principalmente, a determinar si el acuerdo recurrido es o no nulo y si procede o no el reconocimiento de daños y perjuicios.

II

Naturaleza del acuerdo

El artículo 47, 2), II), de la Ley de Bases de Régimen Local establece que "Se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: "Los acuerdos que corresponda adoptar a la Corporación en la tramitación de los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística".

Es decir, el transcrito precepto, y para la adopción del acuerdo de que se trata, exige una mayoría absoluta; sin embargo, en el caso de autos, y como se recoge en la anterior exposición fáctica, no fue posible la adopción del acuerdo que recogía la propuesta sometida a la aprobación del Pleno del Ayuntamiento por la no obtención de la mayoría de votos favorables de los miembros del Pleno.

Así las cosas, y a nuestro modo de ver, no es correcta la terminología utilizada por la recurrente cuando lo califica como "Acuerdo de denegación". En efecto, la propuesta no obtuvo la mayoría absoluta requerida, por lo que, y como certifica el Secretario del Ayuntamiento, "Que sotmès a votació el dictamen transcrit, a la sessió extraordinària del Ple de l' Ajuntament de data 21 de gener de 2015, no va obtenir la majoria absoluta necessària per a la seva aprovació, per la qual cosa es considera rebutjada l' aprovació provisional del Pla Especial de



Pla Especial de concreció d' ús i ordenació volumètrica de la parcel la situada a l' avinguda Jacint Esteva i Fontanet, 112, de Esplugues de Llobregat". Esto es, la meritada propuesta no obtuvo la mayoría absoluta para su aprobación por lo que fue rechazada.

III

En cuanto a la motivación. La actora confunde la imposibilidad de obtener mayoría absoluta con falta de motivación. El acuerdo no está viciado de nulidad.

No desconoce esta parte la jurisprudencia de esta Jurisdicción en el sentido de que el requisito de motivación tiene por finalidad dar a conocer a los administrados las razones de la decisión, lo que no sólo asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la administración, sino que permite al interesado impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda. El requisito de motivación tiene por finalidad dar a conocer a los administrados las razones de la decisión, lo que no sólo asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la administración, sino que permite al interesado impugnar en su caso el acto administrativo con posibilidad de criticar las bases en que se funda y, en último término, facilita el control que la Ley encomienda a los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, en el caso de autos, y como antes hemos razonado, no nos encontramos ante un acuerdo denegatorio, sino ante una propuesta de acuerdo que no se pudo adoptar por no obtener la mayoría absoluta de votos.

Así pues, y a nuestro modo de ver, carece de fundamento lo alegado por la contraparte acerca de la falta de motivación del acuerdo recurrido, habida cuenta que en el mismo aparecen las razones que motivaron la imposibilidad de la adopción del acuerdo que se proponía, esto es, la falta de votos suficientes para su aprobación.

IV

En cuanto al ajuste del citado Plan Especial a la legalidad y al planeamiento aplicable.

Como se deduce del anterior relato histórico, en ningún momento de la tramitación de la figura de planeamiento aparece en el expediente informe alguno de funcionario municipal o autonómico que cuestione la legalidad del proyecto del Plan en cuestión.

Relata la actora en su escrito de demanda, y como así es, que todos los informes emitidos por las distintas administraciones públicas concluyen que el proyecto de Plan Especial presentado por ELYSIUS se ajusta totalmente a la legalidad y cumple con todo el planeamiento urbanístico aplicable al mismo.

Se refiere, así mismo, la contraparte al antes citado informe, sin firma, de la abogada Marta Simorra, y dice que "parece haber servido de base para la denegación provisional del Plan Especial por parte del Pleno de la Corporación municipal"; pero ello no es así, habida cuenta, y como tanto nos repetimos, no nos encontramos ante un supuesto de denegación, sino ante la imposibilidad de la aprobación de la propuesta de acuerdo por falta de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, informada, además favorablemente, por la Comissió Informativa de Territori i Sostenibilitat del Ayuntamiento de fecha 19 de enero de 2015 (folio 295 vuelto), todo lo cual, y según nuestro entender hace innecesario que nos extendamos en más consideraciones al respecto

V

No procede la indemnización de daños y perjuicios.

La parte recurrente solicita indemnización de daños y perjuicios por lo que califica como denegación de la aprobación provisional del Plan Especial.

Insistimos nuevamente que no se trata de un acuerdo denegatorio de la aprobación provisional del tantas veces citado Plan Especial, sino de un supuesto en que la propuesta de aprobación sometida al Pleno no obtuvo a su favor la mayoría absoluta.

Además, no concurren en el caso de autos los requisitos para que opere una indemnización daños y perjuicios, sin que exista tampoco un daño antijurídico, lo que determina la improcedencia de la indemnización solicitada.

A mayor abundamiento de lo dicho, y en otro orden de consideraciones, y en los términos que plantea la actora su pretensión indemnizatoria, no puede ser acogida en el seno del proceso, ni tan siquiera examinada, máxime, además, cuando ni tan siquiera ha sido planteada ante el Ayuntamiento."

En sus conclusiones el Ayuntamiento se ha limitado prácticamente a oponerse a la pretensión indemnizatoria esgrimida por la actora.

**CUARTO: Contestación a la demanda y conclusiones de los codemandados**

Contestación a la demanda:

"HECHOS

PREVIO.- Al "Hecho Previo" de la recurrente.

Manifestamos nuestro acuerdo -en términos generales- con lo relatado en el correlativo de la actora. Especialmente, en cuanto a lo que son estrictamente, hechos; es decir, y más en concreto, en cuanto a la calificación urbanística de la finca objeto de debate. No así -por supuesto- con las consideraciones subjetivas que en este punto se introducen por la contraria, por ejemplo, en cuanto a las referencias genéricas a la "escasez de suelo y de equipamientos comunitarios en el ámbito metropolitano de Barcelona" que, como es de ver, no son más que meros acompañamientos; extremos fácticos hechos constar, sin base ni acreditación alguna y que, en todo caso, nada aportan.

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

PRIMERO.- Al Fundamento de Derecho "Tercero" de la actora. En cuanto a la constatable ilegalidad del proyecto de Plan Especial cuya denegación aquí se enjuicia.

(...)

¿La parte contraria está manifestando -como creemos entender de lo transcrito- que los usos determinado para una determinada calificación son solo de tipo "ejemplificativo" y que pueden admitirse otros "similares"? ¿Se da cuenta la actora de lo que significaría trasladar dicha tesis a todas y cada una de las calificaciones que contiene el Plan General? Pongamos un ejemplo. En el indudablemente desfasado Plan General Metropolitano de Barcelona, como es sabido, no existe una calificación específica para el "uso" urbanístico de oficinas. Pues bien,...¿Ello habilita para instalarlas en cualquier terreno con cualquier calificación urbanística? La contraria no parece comprender, ni la magnitud, ni las hipotéticas consecuencias de lo que afirma. Parece desconocer, también -por cierto- las normas de interpretación de la Legislación urbanística de las que hoy nos dota el Decreto Legislativo 1/2010, Texto Refundido de la Llei d'Urbanisme de Catalunya. (En adelante, TRLUC); en concreto, en su artículo 10, titulado, precisamente como "Reglas de Interpretación del planeamiento urbanístico"

Hemos de manifestar, pues, nuestro más absoluto desacuerdo con dicho punto de partida. Un concreto listado de "usos urbanísticos", contenido en un precepto, es, por definición tasado o "clausus". Si se tratara de usos "ejemplificativos" i no "exhaustivos" -como se sostiene de contrario- así, sin duda, lo regularía -lo habría de especificar- la propia normativa. Y de no hacerlo -como no lo hace- las normas de interpretación citadas -entre otros extremos- impiden una interpretación "extensiva" del precepto estudiado. De lo sostenido por la contraria en este punto, a la simple defensa de la mas pura arbitrariedad, no ha más que una delgada línea.

Profundizando en tan desafortunada tesis, la contraria sostiene que "...existen usos encuadrados en la calificación que sin embargo no figuran en el listado -de otra forma esta circunstancia no podría darse sin una modificación previa de las normas urbanísticas-...". Y no le falta razón a la contraparte en este punto, considerando la afirmación desde un punto de vista aislado. En realidad, en definitiva, en última instancia, de eso se trata. De determinar si, para implantar un uso de Tanatorio en un equipamiento previsto por el PGM, se ha de llevar a cabo -o no- una previa modificación de las NNUU del Plan General. Para nosotros, no puede haber duda: así es. En todo caso el hecho de que para hacer el uso admisible haya que proceder a modificar o no las NNUU del PGM, no es -no puede ser- el objeto del debate ni puede condicionar el mismo. El uso podría ser perfectamente inadmisibles, y, no obstante, tras una hipotética modificación de Normas, pasar a ser admisible. El presente debate se ha de ceñir al análisis del marco normativo vigente sin que pueda predicarse, como un inespecificado e indeseable "mal", que para admitir el uso haya que proceder a una modificación del Plan General. No es esa, sin duda, la cuestión. Y menos, aún, en el seno de un procedimiento como el presente.

A continuación -y por si no fuere suficiente con lo hasta aquí analizado- la contraria intenta retorcer sus desafortunadas tesis afirmando "...existen usos encuadrados dentro de dicha calificación que sin embargo no figuran expresamente en el listado....", y para hacer gráfica dicha afirmación llega a sostener: "Ejemplo paradigmático de lo anterior lo constituye el propio uso de tanatorio...."

El razonamiento de contraria -tal como viene formulado- nos vuelve a sorprender. Parece -así lo anuncia- que nos va a ilustrar con ejemplos de otros usos urbanísticos que, pese a no constar en el listado que contiene el artículo 212 de las NNUU resultan admisibles, para, a continuación -y como sorprendentemente es de ver-



utilizar como ejemplo, precisamente, aquel propio uso sobre el que se quiere llegar a una conclusión. Si la contraria nos quiere decir que el uso de Tanatorio ha venido siendo admitido en la práctica como equipamiento, sin duda, puede hacerlo y, sobre todo, argumentarlo. Pero ese es otro debate. Lo que no puede hacer es ilustrarnos con un pretendido ejemplo de lo que es, precisamente, la cuestión debatida.

Tal como decíamos, la contraria, a continuación, afirma: "Existen numerosos tanatorios en el área metropolitana de Barcelona ubicados en suelo calificado como equipamiento sin que se requiriese una previa modificación de las normas urbanísticas del PGM. Es por ello que no puede sostenerse en modo alguno que el listado contenido en el artículo 212.1 sea de "númerus clausus".

Es decir, la contraparte, para apuntalar sus desafortunadas tesis inicia y expone una serie de razonamientos, no de tipo deductivo, sino, sin duda, inductivos. Observa un hecho, que, siempre según la actora, se repite -la autorización de tanatorios en terrenos calificados como equipamientos- y de ahí "induce" que, por lo visto, la normativa "lo debe permitir." Solo existe un problema: Dicho tipo de razonamiento no es admisible en Derecho.

Pues bien, en esa línea, e intentando aportar datos para tan peculiar manera de razonar, la contraparte nos suministra, a continuación, con un repaso de la "historia" de los tanatorios en Barcelona (Página 31 "in fine" de la Demanda), afirmando que, cuando se aprobó el PGM con sus no revisadas NNUU -hace ya 40 años- el único tanatorio entonces existente fue recogido como "Equipamiento"; en concreto, bajo la clave 7-a. Y por ello, de nuevo según sus inductivas tesis, dicho uso debe considerarse admisible en la normativa del PGM.

Ahora bien, como ese debate no es nuevo -se ha producido ya en fase administrativa- la recurrente intenta, a continuación, criticar el argumento empleado por esta parte en el informe emitido al respecto. El argumento allí empleado es muy sencillo, gráfico y, entendemos, fácilmente comprensible. Resumámoslo. Si todo uso calificado "de facto" como equipamiento en el año 76, ha de ser hoy considerado como uso de equipamiento -aunque dichos usos no se hallen recogidos en la normativa- cualquiera puede postular la instalación de uno de dichos pretendidos "equipamientos" en la actualidad. Y, para ser gráficos, aportábamos un ejemplo, sin duda, llamativo. Los canódromos existentes en 1976, calificados en su día, como consta -y no niega la contraparte- como "equipamientos". Es decir, así como la actora puede postular la instalación de un tanatorio en los terrenos de referencia porque, según arguye, en 1976 se dio el supuesto de un terreno dedicado a tanatorio y calificado de equipamiento, cualquiera puede postular en ese mismo terreno y por esa misma razón la instalación de un canódromo, ya que, como consta, en 1976 hubo un terreno dedicado a ese uso y calificado como "equipamiento".

Pero lo ciertamente curioso es como aborda esa cuestión la contraria cuando afirma al respecto:

"A este respecto el informe....sostiene que dicha calificación como equipamiento se debió exclusivamente a la voluntad de consolidar un equipamiento preexistente y que no necesariamente significaba que la decisión fuese coherente con el contenido del nuevo PGM, algo que intenta ilustrar con el rocambolesco (sic) ejemplo de un canódromo que también fue encuadrado en la clave 7 sin que ello signifique, según la emisora del informe "que cualquier empresa pueda obligar al Ayuntamiento de Esplugues (...) a autorizar la instalación de un Canódromo sobre cualquier terreno del término municipal calificado como equipamiento..."

Es decir, frente a la utilización de un ejemplo -ciertamente llamativo, intencionadamente llamativo, nos atreveríamos a decir- y no como el que antes ha utilizado la contraparte - usando de ejemplo de la posibilidad de instalación de tanatorios...la instalación de tanatorios- ¿que afirma ahora la actora? Nada. Simplemente lo descalifica denominándolo "rocambolesco". Ahora bien -como es de observar- más allá de dicha descalificación, crítica, ninguna.

Deberemos aclararle a la actora que en Lógica -al menos desde Leibniz- existe una herramienta de argumentación denominada "Reducción al absurdo" que consiste, precisamente en llegar intencionadamente a una conclusión absurda para demostrar lo inviable de las premisas utilizadas en un determinado razonamiento. En este caso llegando a la conclusión de que en el terreno de Autos podría autorizarse la instalación de un Canódromo, llegamos, ciertamente, al absurdo. Si la contraria quiere afirmar que, con el ejemplo utilizado, hemos llegado a lo "rocambolesco" creemos, honestamente, que se queda corta. Hemos ido más allá. Hemos acreditado el absurdo. Y, por tanto -y con ello- hemos acreditado que la premisa manejada por la contraria - que todos los usos recogidos en la práctica como de equipamientos en 1976 eran equipamientos- es, también absurda.

Frente a ello, la contraria pretende, simplemente, descalificar ese argumento como "rocambolesco". Debemos manifestar que aún nos parece poco. No es rocambolesco. Es absurdo. De eso se trata precisamente, como ya hemos mantenido. Eso sí, de la contraparte esperábamos, al respecto, algo más que lo que, por lo visto, piensa que es una mera descalificación.



Superado el análisis de dicho argumento, la contraria (página 32 y siguientes de su Demanda) se lanza a darnos ejemplos de tanatorios instalados sobre terrenos calificados como equipamientos "sin que se evidentemente se haya tenido que proceder previamente a una modificación de las normas urbanísticas del PGM.", para concluir al respecto:

"Resulta patente que el PGM acepta el uso de tanatorio en suelos calificados de equipamiento y que este puede englobarse en el listado contenido en el artículo 212.1 del PGM."

Y sigue a continuación suministrándonos "indicios" siempre según su criterio, de la admisibilidad del uso de referencia en su inductivo razonamiento. Y cita así, la opinión de los Técnicos Municipales (página 34) de la Comisión Territorial de Urbanismo (página 34), o el contenido de la Ordenanza Reguladora de los Servicios Funerarios del Ayuntamiento de Barcelona (páginas 34 y 35). Insistimos. La inducción no es forma admisible de razonamiento en Derecho. La Legalidad no se obtiene de la observación de la práctica sino que se llega a ella con el estudio e interpretación de las Normas. O como tantas veces nos ha recordado nuestro Tribunal Constitucional: "La igualdad solo se predica dentro de la Legalidad"

Lo que si es cierto -y constatable- es que, a partir de tan inespecífica argumentación, la contraria, en el apartado aquí estudiado de su escrito de Demanda, solo va a hacer una cosa para defender su tesis: citar antecedentes administrativos. La existencia de "Tanatorios" en el ámbito del PGM sobre terrenos calificados como equipamientos, la existencia de un informe favorable al respecto de la Comisión Territorial de Urbanismo de la Generalitat; la afirmación de que el Ayuntamiento de Barcelona en su ordenanza sobre servicios funerarios considera esa calificación como idónea para la implantación del uso. Como sostenemos....meros antecedentes administrativos.

Ahora bien, en primer lugar -y con carácter previo a cualquier análisis al respecto- queremos constatar un extremo íntimamente relacionado con el anterior. La contraparte, ni por un momento, cita alguna Sentencia de esta Sala que se pronuncie al respecto. Y menos a favor de sus tesis.

Mejor dicho, si lo hace -página 35 de la Demanda- cuando cita la Sentencia de esta Sala de fecha 16 de diciembre de 2004, pero reconociendo expresamente -y dejando de lado las elucubraciones que al respecto efectúa la contraria- que aquel recurso se interpuso "...no por entender que no resultase conforme al planeamiento la ubicación de un tanatorio en suelo calificado equipamiento...". Es decir, la misma actora viene a reconocer que el esfuerzo que realiza para la aportación de dicha Sentencia resulta inútil y superfluo. Que su contenido no aborda ni resuelve la cuestión aquí planteada.

Es decir, la contraria -en resumen y como venimos sosteniendo- solo aporta "antecedentes administrativos" a fin de argumentar la implantabilidad del uso en terreno de equipamientos, pero, para nada, Doctrina Jurisprudencial alguna -Sentencias- que aborden -que avalen- la concreta tesis por ella planteada. La del "numerus apertus" de los equipamientos del Plan General Metropolitano de Barcelona.

Y ello sorprende a esta parte -y creemos que debería sorprender a cualquier neutral observador- por un doble motivo. De entrada -y como es de constatar- porque ya en las alegaciones formuladas por esta parte, dentro del procedimiento administrativo, se aportaba una Sentencia de esta Sala que decretaba la incompatibilidad del uso pretendido con la calificación de equipamientos. Afirmábamos en dichas alegaciones (folios 92 a 181 del expediente) al respecto:

"PRIMERA.- L'ús de l'equipament contemplat pel Pla Especial -tanatori- no ve recollit a la normativa d'equipaments del Pla General Metropolità, i per tant, no pot "concretar-se" pel Pla Especial de que es tracta.

Resulta evident que l'article 214 de les NNUU del PGM, no preveu, entre els usos admesos per als equipaments metropolitans, el de "tanatori". Així es pot constatar, directament, de la mera lectura del precepte.

Es més, l'apartat "b" de l'article que preveu, en concret -aquest sí- l'ús de cementiri, no preveu pas el de "tanatori". Ans al contrari, després d'admetre, amplament, els usos per a "...centres sanitaris assistencials i geriàtrics, públics o privats, d'interès públic, social o comunitari...", fa referència, exclusivament, quan el que podrien denominar "usos funeraris", a "cementiris". Així doncs, i d'entrada, una interpretació literal i sistemàtica del precepte, esdevé incompatible en considerar admès l'ús de tanatori per als terrenys qualificats com a "7", equipaments, a les NNUU del PGM.

Tan evident -tan palmari- es l'anterior que, àdhuc, la Jurisprudència del nostre Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ha tingut l'ocasió de declarar-ho expressament. Així, a la STSJ de 26 de Març de 2010, dictada per la Secció Tercera, en el recurs 742/2006, va tenir l'ocasió de sostenir:

"Tampoco se ajusta la Modificación puntual impugnada al planeamiento urbanístico general en cuanto al uso de tanatorio, que no estaba previsto en el mismo, sin que pueda entenderse incluido en las denominaciones genéricas de uso sanitario-asistencial o socio-cultural." (sic)



Resulta evident per tant -com en tants altres aspectes que dimanen del vigent Planejament Metropolità- que de voler-se implementar aquest "ús" urbanístic dins la existent qualificació d'equipaments, es necessita, si mes no, i com a mínim, una modificació puntual de les NNUU del PGM que contempli, admeti i reguli l'ús.

I, front a aquesta realitat, no valen especulacions jurídiques sense base com la continguda al punt "b" "admissibilitat de l'ús proposat", apartat "2", de l'informe de data 3 de juny de 2014 -emès pel Sr. Secretari Municipal- on s'afirma que la classificació de tipologies que s'enumera a l'apartat 1 de l'article 212 de les NNUU del PGM "no pot ser, per definició, "numerus clausus" ja que si així fos, resultaria contrari al Text Refós"

Ans al contrari, l'article 34.5 del Text Refós de la Llei d'Urbanisme, el que preveu, es el possible contingut del que denomina "el sistema urbanístic d'equipaments comunitaris" -per cert, sense anomenar per a res els tanatoris- possible contingut, que, en tot cas, ha de ser concretat i implementat pel planejament urbanístic jeràrquicament competent.

No existeix incompatibilitat o contradicció alguna, com es diu al referit informe, entre la regulació dels equipaments per part de les NNUU i el Text Refós de la Llei d'Urbanisme, des de el moment en que aquest darrer el que fa, en definitiva, es possibilitar que les NNUU estableixin i regulin els equipaments que entenguin d'interés públic o social. Altra cosa - totalment diferent- es que, de fet, i pels motius que sigui, les NNUU del PGM no recullin diferents usos."

La cuestión -a incidencia sobre el contenido de dicha Sentencia- es abordada, también, por el propio informe presentado por esta parte y que sirve como base a la propuesta -no debatida- de los grupos de la oposición en relación con la cuestión. (Folios 280 a 286 del expediente administrativo). Afirmábamos en dicho informe:

1.- "En relació amb l'admissibilitat de l'ús de tanatori".

L'informe del Sr. Secretari, sosté, respecte a aquest punt, que ja va explicitar el seu criteri en anterior informe de data 3 de Juny de 2014, emès amb ocasió de l'aprovació inicial del Pla -al qual es remet- si be afegint, ara, en realitat com a únic argument complementari, un acord de la Comissió Territorial d'Urbanisme de Barcelona, de data 17 de juliol de 2014 - adoptat, precisament, a instàncies de l'Ajuntament- en el que es manifesta l'opinió d'aquell organisme autonòmic, segons el qual, i sense cap raonament específic:

"L'ús de tanatori, si bé no es un ús explícitament descrit a l'article 212 de la normativa....s'ha d'entendre com un ús equipamental assimilable a qualsevol dels usos definits a l'article esmentat, atesa la seva funció social genèrica de servei a la ciutadania" (sic)

Es constata doncs, d'entrada, que en realitat, el referit informe no entra a analitzar les al legacions efectuades dins el període d'informació pública al respecte -el que en principi hauria de ser el motiu de l'existència mateixa de l'informe- limitant-se a reiterar el ja exposat -abans d'haver-se efectuat al legacions dins el període d'informació pública- i, en tot cas, a "aportar" un posicionament determinat -òbviament no vinculant- de la Comissió d'Urbanisme al respecte.

Així doncs, constatada la manca d'un rebuig motivat -àdhuc d'anàlisi algun- per part de l'informe municipal quan a les al legacions presentades en relació als usos admissibles dins dels terrenys qualificats com a equipaments, cal estudiar, llavors, l'informe emès per l'empresa promotora, ja que, com es patent, l'informe del Secretari Municipal, en realitat, fa seus tots els arguments emprats per aquesta.

L'empresa promotora aborda aquesta concreta qüestió, a dos apartats del seu informe; en concret, a l'apartat "1.1 Al legació 1, a)" quan dona resposta a l'al legació formulada pel Grup Municipal d'Iniciativa per Catalunya, i, mes endavant, a l'apartat "5.1. Al legació 1" al donar resposta a les al legacions lliurades per les Associacions de Veïns comparegudes. Del fet, i com es de veure, el segon apartat remet, en gran part, al primer.

L'argumentació de l'empresa; sense dubte mes amplia que la que obra a l'informe del Secretari Municipal, parteix, constata -com no pot ser d'altra forma- que "certament" l'article 212 de les NNUU del PGM no fa cap referència a l'ús de "Tanatori", si be això, sempre segons l'empresa promotora, no te cap transcendència, ja que, l'enumeració de tipus d'equipament que efectuat el citat article "...en cap cas son un llistat numerus clausus"

Es a dir, l'empresa promotora, front a una primera, òbvia i necessària interpretació literal de la normativa, es limita a afirmar -sense cap tipus de raonament al respecte, com es d'observar al referit informe- que el llistat de possibles usos per a equipament contingut per l'article 212 de les NNUU del PGM, "no es numerus clausus". Cal preguntar-se llavors, necessàriament....i perquè no? No hi ha resposta. O, mes enllà, intentant esbrinar la posició de la promotora, fins on arribaria -segons ella- el número "apertus" de tipologies d'equipaments que defensa? No hi ha resposta, tampoc, al estudiat informe.

Cal rebutjar, per tant, aquest primer posicionament de la promotora, segons sembla acatat, encara que sigui per omissió, per l'Ajuntament, segons el qual -i en resum- l'ús es admès encara que no el prevegi la normativa



d'aplicació. La literalitat d'aquesta -i la manca de argumentació alguna al respecte- ha de portar, d'entrada, i precisament, a la conclusió contrària.

A continuació, l'empresa, després de deixar tancada -o així considerar-ho- la discussió dels usos admesos en equipaments amb una afirmació gratuïta i mancada de tot raonament, com hem vist, passa a abordar la qüestió des d'una perspectiva o interpretació que podríem denominar "històrica" (article 3.1 del Codi Civil), sostenint, o volent justificar, en resum, que l'ús de tanatori no era un ús habitual en el moment de l'aprovació del PGM (1976). Sosté, per això, que l'únic tanatori existent a l'any 1976 a l'àmbit del PGM fou qualificat com a "7-a" -es a dir, com a equipament privat- i això, per si sol, significaria que l'ús era acceptat pel PGM.

La promotora confon aquí -sense dubte de forma interessada- el general i el particular. Que els redactors del Pla Metropolità consideressin, en el seu moment, que un determinat equipament preexistent s'havia de considerar acceptable -s'havia d'admetre pel Pla com a "7.a"- no vol dir, en absolut, que aquella decisió fos coherent amb la normativa del propi Pla, i, molt menys -com sembla es pretén per la promotora- que aquella incongruència habiliti indefinidament l'admissibilitat d'un ús, de fet, no previst a la normativa. Els redactors del PGM, partiren, en el seu plantejament, com es ben conegut, del principi de respecte als equipaments privats existents -i als seus concrets usos- per molt que aquests no s'ajustessin als que es regulaven per als nous equipaments a implantar a partir d'aquell moment d'acord amb la pròpia normativa del PGM.

Podríem aportar algun exemple paradigmàtic de l'anterior, observant, per exemple, la qualificació de l'antic Canòdrom ubicat al Paral·lel de Barcelona cantonada amb la Av. Mistral. El referit Canòdrom fou qualificat, també com a "7.a", com es de constatar pel PGM al 1976. Seguint el plantejament de l'empresa promotora, això voldria dir que aquest ús venia admès -sempre "implícitament"- pel PGM, i, per tant, i portant el raonament a l'absurd, que qualsevol empresa podria obligar, ara, a l'Ajuntament d'Esplugues -com explícitament defensen els informes municipals- a autoritzar la instal·lació d'un Canòdrom sobre qualsevol terreny del municipi qualificat d'equipaments. Com hem sostingut mes amunt, senzillament absurd.

La promotora sosté, a continuació, que els cementiris també es poden considerar equipament sanitaris assistencials, i que per tant, i per "connexió" -segons s'afirma- els tanatoris també ho han de ser considerats; apel·lant a continuació a un indeterminat i inexplicat criteri del "municipis de l'Àrea Metropolitana de Barcelona" de considerar l'ús de tanatori com a comprès dins de l'ús sanitari assistencial, citant, a continuació diversos antecedents fàctics i, àdhuc, una Sentència del Tribunal Superior de Catalunya -que en realitat abordava una altra qüestió- i de la que, la promotora dedueix que "...implícitament (de nou "implícitament") va validar l'emplaçament de tanatoris en la qualificació 7a"

Mes endavant, contestant a l'al·legació que efectuen les diverses Associacions de Veïns comparegudes al procediment, es dona contesta a l'extrem plantejat per aquestes, quan a l'existència d'una altra Sentència del Tribunal Superior -que es reconeix prohibeix la implantació d'un tanatori en un equipament sanitari assistencial- afirmant, concisament, que, en aquell supòsit, no es tractava de l'àmbit del PGM.

En definitiva -i davant de la manca d'anàlisi per part de l'informe del Sr. Secretari Municipal- cal afirmar que la promotora de l'actuació debatuda, davant de la palesa manca de cobertura per part del Pla General Metropolità de l'ús de tanatori dins dels equipaments, efectua, en primer lloc, afirmacions gratuïtes per no raonades ("no es tracta de numerus clausus") carents de fonament algun, aporta preteses interpretacions històriques, que, en forma alguna, poden ser compartides pels motius exposats, i, finalment, esgrimeix una sèrie d'antecedents administratius, que, en res justifiquen el que es pretén justificar. Caldria recordar, a aquestes alçades que, la molt reiterada Doctrina del nostre Tribunal Constitucional, que sosté que el principi d'igualtat (que sembla ser al que implícitament apel·la la promotora) només pot ésser predicat dins de Legalitat. Es a dir que, del que es tracta, es, en tot cas, de fer un anàlisi de la Legalitat aplicable; no d'analitzar altres supòsits de fet que, arribat el cas, podrien contradir la Legalitat i que no son objecte del present informe. L'operació d'analitzar la Legalitat concurrent, es, en tot cas, prèvia al anàlisi d'altres supòsits de fet. I el resultat d'aquesta operació no pot donar, en aquest cas, lloc a dubtes.

Cal rebutjar amb contundència, també, l'ús interessat que efectua l'empresa de les escasses resolucions judicials existents sobre la matèria i que hem citat mes amunt. Així, per a la promotora, com hem vist, que una Sentència que va rebutjar un recurs que postulava la ubicació d'un futur Tanatori com a arbitrària, el desestimés, resulta molt important, ja que "implícitament" (de nou, implícitament) va "validar l'emplaçament de tanatoris en la qualificació 7-a". No obstant l'anterior, quan una altra Sentència -l'aportava per l'Associació de Veïns a les corresponents al·legacions- sosté, amb caràcter general, i amb tota contundència, que no es pot admetre l'ús de tanatori en un equipament sanitari assistencial (com aquí es el cas), llavors, es tracta d'una Sentència "...que no interpreta el PGM sinó el Pla General de Banyoles". La promotora hauria de fer un mínim esforç -de voler mantenir l'argument- de justificar perquè -sempre segons el seu criteri- un tanatori no



pot implantar-se en un equipament sanitari assistencial de Banyoles y si, en un ubicat dins de l'àmbit del PGM. I, òbviament -palesament- no ho fa.

Però es que, a més -i en tot cas- la solució a una problemàtica con la plantejada es ben senzilla. Si es pretén instal·lar un tanatori sobre un terreny destinat a equipaments del PGM, caldria modificar puntualment les NNUU d'aquest PGM. Transformar explícitament el que -de forma indiscutible- es un "numerus clausus" en un "numerus apertus" quan als usos admesos. O, inclús, afegir diferents tipologies d'equipaments a les ja recollides per la normativa vigent. El que sense dubte no es acceptable en Dret son les "dreceres"; anar a la redacció de un Pla Especial que no s'ajusta al PGM sense modificar aquest; afirmar que al P.G.M es contempla un "numerus apertus" de possibles usos d'equipaments, simplement, perquè la promotora de la instal·lació ho vol així.

Pues bien -y en resumen- ante la cita reiterada de la Sentencia de esta Sala de fecha 26 de Marzo de 2010, dictada per esta Sección Tercera, en el recurso 742/2006, de la Doctrina que contiene...¿Cuál es el posicionamiento de la actora en el momento de contestar dicha alegación en vía administrativa? Ninguna. "Orillar" el pronunciamiento aportado. Véase al respecto, el "informe" a las alegaciones obrantes a los folios 191 y siguientes del expediente administrativo. O, peor aún, ¿Cuál es el posicionamiento de la actora en relación a dicha cuestión, ahora, en esta su demanda? De nuevo ninguno.

Es decir, la actora se limita a aportar para la defensa de sus tesis meros "antecedentes administrativos" y se niega a recoger la existencia de, por lo menos -y de entrada- una Sentencia de este Tribunal -aportada y reiterada por esta parte- que ha declarado expresamente y precisamente, que no puede implantarse un tanatorio en un terreno de equipamientos, siendo inadmisibile que dicho uso "...pueda entenderse incluido en las denominaciones genéricas de uso sanitario-asistencial o socio-cultural." (sic). ¿Podría existir un pronunciamiento mas específico al respecto?

Y, ante el significativo silencio de la contraria al respecto, tanto en vía administrativa, como ahora, en su Demanda, solo podemos que remitirnos una vez más a la Doctrina que contiene dicha Sentencia, dándola aquí por reproducida. Desgraciadamente, no podemos contraponer nuestras tesis con quien -de forma consciente- evita el principio de contradicción. En resumen, frente a la mera aportación de "antecedentes administrativos" esta parte aporta -ya aportó en vía administrativa- Doctrina de este Tribunal que, según sostenemos, avala nuestras tesis. Si la contraria prefiere ignorarla en sus escritos, si no quiere o no puede hacer frente al principio de contradicción, es, sin duda, su problema.

Pero no solo es eso. No solo es que la contraria rehúya el debate en los términos que viene planteado en vía administrativa, sino que -insistimos- se limita ahora, ante este Tribunal, y por toda argumentación pretendidamente jurídica, a aportar meros antecedentes administrativos. Es de observar -por significativa- la orfandad, incluso ahora, en demanda, de aportación de alguna resolución judicial al respecto. ¿Acaso no existen pronunciamientos de este Tribunal perfectamente aplicables al supuesto de hecho que analizamos? Sin duda. Pero su contenido, a buen seguro, no es de interés de la contraria. Nos vemos obligados, pues, a aportar alguna Sentencia de este Tribunal cuya doctrina, a nuestro entender, seria de plena aplicación al supuesto analizado. Que la actora rehúya dicho estudio y aportación solo puede ser calificado, por el momento, como muy significativo.

Al respecto, queremos citar por ejemplificativa y completa, la reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 15 de Enero de 2015, dictada en el recurso 834/2006, que apela, además, como Doctrina consolidada -y excusándonos aquí de su reproducción- a todas aquellas otras resoluciones que en la misma se citan. Por lo que ahora interesa, dicha Sentencia, afirma:

"6.4.- Dicho en otras palabras, en el peor de los casos para la figura de planeamiento impugnada y por más relevancia que se quiera buscar en sede del principio de especialidad, deberá resaltarse que en la ordenación de los Sistemas Generales como materia propia de la estructura general y orgánica del territorio -por todos baste la cita del artículo 34 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, y los preceptos concordantes del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, y Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo-, debe ser lo ordenado a nivel del planeamiento general lo que no puede ser desconocido y vulnerado por el planeamiento especial ni siquiera por la vía de la genérica invocación de los usos complementarios o accesorios tratando de devaluar su relevante concurrencia cuando son tan trascendentes ya que en este punto las funciones, objetivos y finalidades del planeamiento general son las propias del caso, de las que se carece en sede de planeamiento especial.

Por consiguiente, debe concluirse en la nulidad de pleno derecho de las prescripciones del "Pla especial urbanísticrecayentes en:



- Los usos residenciales para estudiantes y maestros tanto para la denominada "parcel.la Nord-est" como para la "parcel.la Sud-oest".
- Las actividades económicas relacionadas con actividades universitarias que pueden alcanzar a actividades industriales hasta la categoría segunda inclusive sin limitación de superficie ni de porcentaje.
- Los usos comerciales con la limitación de que su techo no supere el 7% del techo edificable total.....

Conclusión que lleva aparejada la consecuencia que el régimen deberá ser el determinado para ese Sistema General en las figuras de planeamiento general de reiterada invocación." (Los subrayados son nuestros)

Constatamos pues, que esta misma Sala a la que tenemos el Honor de dirigirnos, es la que se ha mostrado especialmente escrupulosa con la inclusión por parte de Planes Especiales de usos no reconocidos por el Plan General, afirmando, como ya hemos visto y en resumen:

"....debe ser lo ordenado a nivel del planeamiento general lo que no puede ser desconocido y vulnerado por el planeamiento especial ni siquiera por la vía de la genérica invocación de los usos complementarios o accesorios tratando de devaluar su relevante concurrencia cuando son tan trascendentes ya que en este punto las funciones, objetivos y finalidades del planeamiento general son las propias del caso, de las que se carece en sede de planeamiento especial." (Los subrayados son nuestros)

Resulta evidente -siempre en modesta opinión de esta parte- que si un Plan Especial no puede "innovar" el régimen de usos previsto en el Plan General Metropolitano, según tiene expresamente declarado esta Sala, "...ni siquiera por la vía de la genérica invocación de los usos complementarios o accesorios", menos lo podrá hacer cuando se trata de alterar dicho régimen de usos, nada menos, para implementar un nuevo uso -como único y principal del nuevo equipamiento- no previsto en forma alguna por el Plan General.

Así pues, y debidamente analizado ya el extremo relativo a los "usos" urbanísticos admisibles, debemos detenernos, ahora, en el extremo del correlativo Fundamento de Derecho que la contraria denomina como "II.- Sobre el interés público del Plan Especial presentado por Elysius" (páginas 36 a 41 del Escrito de Demanda)

Aborda la actora este extremo haciendo referencia a la discusión entre las partes, a lo largo de la vía administrativa, en cuanto a la existencia -o no- de interés público en la actuación que por la actora se pretende llevar a cabo, relatando que esta parte destaca -como así es- la existencia de un determinado informe municipal -el de fecha 9 de diciembre de 2013- según el cual, en resumen y en definitiva, no concurría dicho interés público, para la instalación del Tanatorio en el solar de Autos.

Al respecto, debemos negar -de entrada- el silogismo que pretende practicar la actora en el segundo párrafo de este punto. Negamos la mayor en base a todo lo sostenido al respecto en el apartado anterior. Los Tanatorios, al contrario de lo que se sostiene de contrario, no "se encuentran comprendidos dentro de la tipología de equipamientos socio sanitarios prevista en el artículo 212. 1 de las normas urbanísticas del PGM" tal y como hemos venido sosteniendo, y, por tanto, no puede predicarse para ellos, y "per se", como se pretende, la concurrencia de "interés público".

Pero para la actora -de nuevo de forma sorprendente- la concluido en aquel informe municipal -que el solar de referencia debe ser destinado preferentemente a usos sanitarios asistenciales y no de tanatorio y que no concurre interés público para admitir para él dicho uso- "no puede extrapolarse" al supuesto ahora analizado porque, según afirma, fue emitido en el seno de un "procedimiento diferente" del que, como es de ver, nos explica sus pormenores.

Muy al contrario de lo sostenido por la contraparte, debemos resaltar la opinión técnica municipal que obra en dicho informe y que se expresa con rotunda claridad. No es de interés público el uso como tanatorio del solar, que, por el contrario, debe ser dedicado a usos "sanitarios asistenciales".

Cuestión diferente es que ahora, volviendo contra sus propios actos, el propio equipo de gobierno municipal, revisando su propia actuación, y la actora, intenten descalificar o desacreditar dicha opinión técnica. Pero no deja de ser significativo que, especialmente para la actora -y según sostiene- dicha opinión técnica municipal sea válida dentro de un determinado procedimiento de permuta, y no lo sea dentro de uno de tramitación de un Plan Especial.

Continuando con la debida contestación al Fundamento "Tercero" de la contraria, ésta entra -Páginas 41 a 47 de la Demanda- en la cuestión que titula como "III.-) De la adecuación de los parámetros urbanísticos establecidos por el Plan Especial al entorno en el que se pretende ubicar el futuro tanatorio"

La contraria, en este punto, aborda lo que para nosotros es otro de los aspectos cruciales en el presente debate. Otro de los motivos de la ilegalidad patente en la que incurre el Plan Especial estudiado: La adecuación material de dicho Plan Especial a las NNUU del PGM que lo posibilitan; y, más en concreto, a los parámetros urbanísticos



que se desprenden de ésta. Especialmente, parámetros como la edificabilidad, la ocupación máxima de la parcela y la altura reguladora.

Desarrollando este punto, la contraria -en una sistemática para nosotros muy discutible- intenta justificar, en primer lugar, la adecuación de la propuesta contenida en el proyecto de Plan Especial a lo que denomina "el entorno", (páginas 41 a 45) para, a continuación intentar justificar (páginas 46 y 47) que, en realidad, la normativa aplicable no exige dicha adecuación al entorno.

Abordaremos la cuestión desde el orden que, para nosotros, exige la Lógica de cualquier argumento que se formule al respecto. Es decir; en primer lugar, la cuestión normativa, es decir, si desde las NNUU del PGM se exige al Plan Especial dicha adecuación al entorno. Para, a continuación -y en todo caso- comprobar si esta se produce -o no- en el caso analizado.

De hecho -y en términos estrictos- la contraria solo dedica el segundo párrafo de la página 46 de su demanda a lo que podríamos denominar una interpretación de la normativa de aplicación. En este punto -como es ver- la contraria, tan solo viene a sostener que la obligación de ajuste de los parámetros urbanísticos al entorno, solo es exigible "en caso de ausencia de plan especial" y, por el contrario, en casos de tramitación de Plan Especial, este solo debe ajustarse a "las necesidades funcionales del equipamiento, el paisaje y las condiciones ambientales y a la integración del sector donde se ubiquen"

Es decir -y como hemos visto- la contraria opta por abordar y sostener en primer lugar y con todo lujo de detalles la "integración" de la propuesta en el sector (Páginas 41 a 47 de la Demanda), para acabar concluyendo -segundo párrafo de la página 46- que dicha "integración" no resulta normativamente exigible; haciéndolo, además -como es de ver- mediante una mera afirmación ni probada, ni acreditada, ni siquiera referida a una concreta interpretación de la normativa de aplicación. Mal debe creer la contraria en dicha falta de "exigencia de integración" que predica, cuando, en resumen, pretende defender dicho extremo con una mera afirmación.

Procederemos, pues, en primer lugar, a transcribir -esta vez, significativamente, no lo hace la contraria- el artículo 217 de las NNUU del PGM, que dispone:

"Article 217. Condicions d'edificació.

1. L'edificació a les àrees d'equipament s'han d'ajustar a les necessitats funcionals dels diferents equipaments, al paisatge i a les condicions ambientals, que haurà de respectar, i a la integració al sector on s'ubiquin. Amb aquesta finalitat, cal determinar les diferents condicions urbanístiques en un Pla Especial.

2. Quan falti el pla especial, s'han d'observar les condicions següents:

a. Al sol urba, per a tot tipus d'equipaments ha de regir el tipus d'ordenació de la zona on se situa l'equipament o, si escau, de la zona contigua, i s'han de respectar les condicions d'edificació vigents.

b. En sol urbanitzable i només per als equipaments de titularitat pública han de regir les condicions següents:

Tipus d'ordenació. Edificació aïllada.

Alçada màxima. 12 m. que podrà depassar-se quan es justifiqui per les característiques i finalitats de l'equipament, fins un màxim de 18 m.

Ocupació màxima en planta baixa. 60 per 100.

Intensitat d'edificació neta. 1 m² sostre/m² sol.

Forma i distribució de l'edificació. La forma i distribució dels cossos de l'edificació hauran de permetre la sistematització d'espais de l'interior dels solaris per a jardins i patis.

3. Els locals destinats a espectacles públics, sales de festes i similars no podran ésser confrontants amb edificis d'ús religiós, cultural o sanitari, si no n'hi ha una separació mínima de 14 m."

Así pues, del análisis directo del precepto estudiado cabe deducir que, en todo caso -en cualquier caso- será necesario que la propuesta de equipamiento se "integre en el sector donde se ubique" y, dicha integración habrá de ser acreditada en el seno de un Plan Especial. Y; si no existe Plan Especial, en suelo urbano, habrá de regir el tipo de ordenación de la zona donde se sitúa el equipamiento, o, en su caso, de la zona contigua, respetándose las condiciones de edificación vigentes.

En cualquier caso, esta concreta cuestión tiene, sin duda, un gran contenido técnico. Efectivamente, frente a todo lo por nosotros alegado en nuestro informe previo al acuerdo de denegación aquí impugnado -apartado "4" de dicho informe", páginas 7 a 10 del mismo- se alza lo que, ahora, en Demanda, sostiene la contraria.

Al respecto, y tratado de dotar de orden al debate que seguiremos al respecto en el presente proceso, vamos a proceder como sigue:



I.- De entrada nos remitimos, íntegramente, a todo lo por nosotros manifestado en aquel informe dándolo aquí por reproducido. Nos ratificamos expresamente, en todo lo allí afirmado

II.- Manifestamos nuestra más profunda oposición y desacuerdo con todo lo sostenido por la contraria en este su apartado "III" de su Fundamento de Derecho "Tercero".

III.- Aportamos a Autos, como Documental, el Dictamen Pericial emitido en su día, como Perito Judicial Insaculado, por el Sr. Torcuato, en autos del Recurso contencioso 368/2005, seguido ante esta misma Sala y Sección. (Documento número 1 anexo a la presente Demanda). Cabe destacar que la Sentencia recaída en dicho procedimiento ha sido abordada y citada, también, por las demás partes, en los presentes Autos.

Dicho dictamen, adquiere, a nuestro entender, una gran importancia en el presente supuesto, al analizarse, precisamente, el cumplimiento o incumplimiento de los parámetros edificatorios de una parcela calificada -exactamente como la aquí analizada- de 7-b, y ubicada a escasos metros de la ahora estudiada.

IV.- Propondremos la intervención de un Perito Arquitecto insaculado, en período de prueba, a efectos de que se pronuncie sobre el cumplimiento o incumplimiento de parámetros urbanísticos aplicables, en el caso ahora estudiado.

SEGUNDO.- Al Fundamento de Derecho "Primero" de la contraria. En cuanto al denominado "derecho a la tramitación" y a la interpretación sesgada que del mismo efectúa la actora.

Sostenemos -como hemos sostenido y acreditado con detalle en el apartado anterior- la absoluta ilegalidad del Plan Especial estudiado y rechazado por el Pleno Municipal, su desajuste en relación al Ordenamiento Jurídico que lo ha de regir. Y, por tanto, y como la otra cara de la misma moneda, lo ajustado a Derecho del acuerdo aquí impugnado que rechazó su aprobación provisional. Y ello debería ser, siempre en modesta opinión de esta parte, suficiente para el rechazo íntegro del presente recurso.

Pese a ello, no queremos dejar de estudiar todos los demás argumentos empleados por la recurrente, por mucho que, sin duda, resulten subordinados -como hemos venido manteniendo- en relación al extremo anterior. Y, en primer lugar, corresponde el análisis del tan proclamado "Derecho...a la tramitación del Plan Especial presentado" con que se encabeza el Fundamento Primero de su Demanda de la contraria. Ahora bien -insistimos- dicho examen lo vamos a efectuar, una vez hemos llegados a una primera conclusión en el anterior apartado: la radical ilegalidad del Plan Especial estudiado. Y resulta fácil entender que, en cualquier caso, no resulta lo mismo postular un "derecho genérico a la tramitación" como un pretendido derecho a la tramitación de para un Plan Ilegal e ilegítimo. Vulnerador del Ordenamiento. Para eso, precisamente -para hacer gráfica dicha cuestión- hemos procedido a alterar el orden de exposición empleado de contrario. Para examinar, en primer lugar, el contenido material del Plan y su -entendemos- ya más que acreditada ilegalidad.

Pues bien, como es de ver en la Demanda, la contraria dedica nada menos que ocho folios de la misma (Folios 14 a 22) a argumentar y postular sobre ese -visto el alcance del que quiere dotársele- autoconstruido Derecho; a dar vueltas y más vueltas sobre dicha cuestión. Y, lo hace, como hemos visto, "en abstracto"; de forma teórica, diferenciada e independiente -como si fuere irrelevante, por lo visto- de la Legalidad o no del Plan enjuiciado. Dicho planteamiento nos obliga -eso sí, una vez contrastada la ilegalidad del Plan- a darle justa contestación en sus propios términos.

La actora empieza por destacar al respecto (folio 14) el contenido de un informe del Secretario Municipal, que considerado de una forma aislada, y fuera del contexto en que actúa el equipo de gobierno municipal, resulta verdaderamente -ciertamente- llamativo cuando afirma:

"...la iniciativa privada puede formular planes especiales urbanísticos, de conformidad con el planeamiento urbanístico general aplicable, y en consecuencia, tiene derecho a que la administración competente en este caso el Ayuntamiento de Esplugas, impulse todo el procedimiento hasta su finalización sin perjuicio del resultado final del trámite, que entre otras cosas, dependerá de la resolución que finalmente adopte, en relación a la aprobación definitiva, el órgano competente de la Generalitat de Catalunya" (El subrayado es nuestro)

Tratándose tan solo -como se trata- de una peculiar opinión del Secretario Municipal -y por tanto discutible y rechazable- ciertamente, ésta no deja de ser inquietante. Puede entenderse que dicho funcionario municipal -que viene actuando, a la vez, en su doble condición de Director de Servicios del Área de Urbanismo y de Secretario Municipal- fuera consciente de que, bajo su supervisión, el Ayuntamiento había firmado un convenio con la empresa aquí actora, que, precisamente, le garantizaba la aprobación de dicho Plan. Pero, sin duda, eso no le habilita para expresar opiniones tan genéricas y, sobre todo, tan desafortunadas.

Obsérvese, de la literalidad del párrafo transcrito, que el Secretario Municipal autoexcluye de forma absoluta al Ayuntamiento de toda toma de decisión en relación al Plan Especial de referencia. Lo presenta como un mero tramitador, como un vicario de intereses de terceros -obligado en cualquier caso a aprobar inicial y



provisionalmente el Plan- y a someterlo, por lo visto, a la potestad final de la única administración competente: La Generalitat de Catalunya. A un mero "instrumento" encargado de una burocrática y aséptica tramitación procedimental, obligada y debida, cuya única finalidad es someter la cuestión, en última instancia, al único poder decisorio, a la Generalitat de Catalunya.

En definitiva, dicha opinión -con la que la aquí actora elige iniciar su alegato- se descalifica por sí misma. ¿Ha oído hablar el Sr. Secretario Municipal del principio de Autonomía Local en materia de Planeamiento? ¿No es cierto que las cuestiones aquí en liza -el uso a otorgar a un equipamiento- son de carácter estrictamente local? ¿Ha de quedar el Ayuntamiento al margen de toda opinión de Legalidad, e incluso de oportunidad, sobre el Plan Especial sometido a su consideración?

Las respuestas a las anteriores preguntas resultan sencillas. El Ayuntamiento no es un mero tramitador. La Ley de Bases de Régimen Local (art 22-c) no atribuye al Pleno de la Corporación la aprobación provisional -o denegación de la aprobación- de un Plan Especial, por mero "capricho" o "casualidad". Se trata de que el máximo órgano municipal emita y haga público su posicionamiento sobre un Plan de consecuencias estrictamente municipales. Es más, en este caso -nos atrevemos a añadir- la posterior aprobación o denegación definitiva por parte de la Generalitat -al incidir sobre una cuestión de estricta competencia local- si sería un mero acto debido. Frente a ello, la opinión del Secretario, recogida con entusiasmo por la actora, según la cual, el Ayuntamiento resulta un mero "tramitador" invita, cuando menos, y atendidas las circunstancias fácticas concurrentes en el presente supuesto -que ya nos hemos encargado de trasladar a la Sala- a la reflexión.

A continuación la actora, abandonado opiniones personales, aborda y transcribe el artículo 101.1 del TRLUC que, como es de constatar, no hace más que recordarnos la posibilidad de iniciativa privada en la redacción del planeamiento- para centrarse, seguidamente, en los siguientes extremos que trataremos de resumir o enumerar a continuación:

- 1.-En una Sentencia de este Tribunal, de fecha 4 de abril de 2008, que, ciertamente, efectúa un resumen de la Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya recaída en materia de "derecho a la tramitación". (páginas 15 a 17)
- 2.- En una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13 de diciembre de 2013
- 3.- En la crítica a un informe jurídico -emitido a instancias de esta parte- en fecha 7 de Enero de 2015. (Folios 280 a 286 el expediente)

Pues bien, la primera de las Sentencias citadas -y la doctrina que en ella se recoge- resulta absolutamente inaplicable al caso que nos ocupa. Y por una sencilla razón. En aquel supuesto se estaba enjuiciando, en resumen, dicho "derecho a la tramitación" en relación a la denegación (no admisión a trámite, más en concreto) de una aprobación inicial. En éste caso, como consta, estamos debatiendo en relación a la denegación de una aprobación provisional. Resulta del todo rechazable que quien cita y emplea la doctrina que emana de dicha Sentencia, pretenda ocultar -burdamente- dicha concreta circunstancia; que la Sentencia se centra en el análisis del derecho a la tramitación en relación con una aprobación inicial. Es más, como es de observar, la actora pretende -incluso- pasar de puntillas sobre el último párrafo que ella misma transcribe de dicha Sentencia y que, verdaderamente, es el único en que se efectúa una muy didáctica diferenciación entre ambos tipos de aprobación en relación al "derecho a la tramitación". Transcribámoslo de nuevo, nosotros también:

"e) en el acto de aprobación inicial es suficiente con ponderar esa potencialidad o susceptibilidad de subsanación de deficiencias o de introducción de modificaciones, condicionamientos, o plazos, desde luego sin devaluar la trascendencia de la tramitación ulterior para terceros y para el ejercicio de las competencias de planificación urbanística en sede de aprobación provisional y definitiva, pues no cabe olvidar que es en la fase de otorgamiento o denegación de esas aprobaciones donde procede pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones suscitadas, debiendo ser examinado y decidido todo lo que corresponda, a salvo el control jurisdiccional que pudiera instarse sobre esas materias de fondo." (El subrayado es nuestro)

Pues bien, de lo anterior, de lo que ella misma transcribe, la contraria deduce, nada menos:

"De la anterior exposición y resumen de jurisprudencia se concluye claramente la existencia de un derecho a la tramitación hasta su aprobación definitiva..." (Página 17 de la contestación)

O no entendemos la Doctrina de esta Sala -que la contraria nos transcribe- o es la contraparte la que no lo hace. En nuestra humilde -pero firme y convencida- opinión, si algo se deduce de lo transcrito es que este Tribunal diferencia, a efectos de tramitación, a efectos del denominado "derecho a la tramitación" entre la aprobación inicial -de un lado- y la provisional y definitiva de otro. Es respecto a la primera -la inicial- sobre la que la Sentencia analizada predica, exclusivamente, el Derecho a la tramitación. Sobre las otras dos aprobaciones -



que a estos efectos, como es de resaltar, la Sala agrupa- no se predica dicho derecho a la tramitación sino, al contrario, el pleno ejercicio de las competencias urbanísticas con emisión de los debidos pronunciamientos de fondo, por parte los titulares de dichas potestades. Competencias urbanísticas, que, añadimos, de acuerdo con el Principio Constitucional de Autonomía Local y tratándose de la implantación de un equipamiento de carácter estrictamente municipal, ha de ejercer, precisamente, el Ayuntamiento en el trámite que la Legislación Local le tiene reservado. En el momento de aprobación o denegación provisional del Plan por su Pleno. ¿Cuándo sino?

La argumentación de la contraria pretendiendo deducir de la trascrita Sentencia que el denominado "derecho a la tramitación" se extiende hasta una obligatoria aprobación provisional, debe considerarse, o bien un atentado a las más elementales reglas de la lógica, o quizás, simplemente, un auténtico dislate que no tiene otra explicación que el empeño irracional de la contraria en conceder un alcance a dicho "derecho a la tramitación", a su plena conveniencia, hasta el punto procedimental que sea de su interés en este caso.

Cita a continuación -segunda de las Sentencias trascritas- la contraria (Página 17 de su demanda) una Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid. De esta segunda Sentencia -y dejando por el momento de lado el constatable interés de la actora de hacer decir a las Sentencias lo que ella mantiene- es lo cierto, fácticamente -y de entrada- que lo que hace dicha Sentencia es, precisamente, analizar un supuesto de denegación de aprobación inicial respecto al que se pronuncia.

Ciertamente la parte trascrita de la Sentencia contiene, en este caso, determinadas consideraciones comunes para las aprobaciones inicial y provisional, así, por ejemplo, la necesidad de que solo se produzca su denegación por motivos de Legalidad -como entendemos aquí se ha producido según hemos relatado en nuestro anterior fundamento- y, también, cuando -muy significativamente- afirma:

"...porque aunque las aprobaciones iniciales y provisionales son actos de trámite no por eso carece la Administración de otra alternativa que la de dar curso al Plan, pues, por el contrario, la propia significación del termino aprobación revela que compete a la misma una calificación, en principio, del mismo, doctrina que permite que éste pueda ser rechazado por motivos de estricta Legalidad..." (El subrayado es nuestro)

En resumen, la contraria, del manejo de la anterior Sentencia, más en concreto, de la parte que no resalta -y que nosotros hemos transcrito- junto con la ya negada "Legalidad" del Plan estudiado, concluye (página 19 de la demanda) la imposibilidad de denegación de dicho Plan, y, por tanto, la ilegalidad del acto impugnado.

No nos podemos mostrar más en desacuerdo con dicha conclusión. La Sentencia que la contraria aporta, sostiene, como hemos visto, precisamente, que, "...aunque las aprobaciones iniciales y provisionales son actos de trámite no por eso carece la Administración de otra alternativa que la de dar curso al Plan..." ; con lo que, en realidad, la actora, viene a nuestras tesis. La administración municipal puede denegar la aprobación provisional de un Plan Especial si este -como hemos acreditado en el apartado anterior- no se ajusta al Ordenamiento Jurídico. Tan sencillo como eso.

Finalmente, la contraparte, se centra en el Informe Jurídico emitido por nosotros (página 19 de la Demanda) y, más en concreto, en las Sentencias del Tribunal Supremo, en él citadas, en las que, como es de ver, se diferencia la naturaleza jurídica de aprobaciones iniciales y provisionales. Al contenido de dichas Sentencias nos remitimos excusándonos de su reproducción o comentario. Frente a ello, la contraria -sin detenerse en las Sentencias aportadas en dicho informe; a las que nos remitimos- sigue en sus trece. Se trata, en ambos casos -dice- de actos de trámite que solo pueden ser denegados por motivos de Legalidad.

Pues bien, lo que no podemos admitir, en cualquier caso, es el reduccionismo absurdo al que la contraria quiere someter a los actos de aprobación -o denegación- provisional de Planes Urbanísticos. No es lo mismo desde el punto de vista del denominado "derecho a la tramitación" -como hemos visto- la denegación de una aprobación inicial que la de una provisional. No podemos admitir dicha equiparación por mucho que convenga a las tesis que maneja la contraria.

Tampoco podemos admitir las demás críticas que lanza la actora contra el contenido de nuestro informe. Aparte de afirmaciones totalmente gratuitas e inmotivadas -"...realiza una interpretación parcial y sesgada del contenido del Plan Especial..."- viene a afirmar que frente a dicho informe -que el máximo Órgano Municipal consideró ajustado a Derecho y oportuno para basar su rechazo al Plan Especial- deben prevalecer otros -no nos dice cuales- en todo caso para seguir con su idea de una tramitación obligada.

Pero es que, la última de las críticas que se lanzan contra dicho informe nos causan, a estas alturas de la contestación -y sencillamente- estupor. Así la contraparte, a la vista del contenido del informe, afirma:

"En cuanto al segundo de los argumentos sostenidos en el Informe, es decir la cita de dos Sentencias que defienden la posibilidad de denegar la aprobación provisional de un plan urbanístico, en nada se aparta ello de lo defendido por esta Parte, que no mantiene ni ha sostenido en ningún momento que la aprobación



del planeamiento deba ser automática u obligatoria, sino que, evidentemente, la misma podrá denegarse en determinados supuestos" (El subrayado es nuestro)

¿Por qué será que nos da la impresión de que, a lo largo de toda la demanda se mantiene, precisamente, eso? En todo caso, admitimos de buen grado lo que, sin duda, es una rectificación de las propias tesis manejadas de contrario hasta este punto. Efectivamente, como en este punto se sostiene de contrario -por fin!- el Pleno Municipal, puede denegar la aprobación provisional de un Plan Especial en determinados supuestos. En supuestos como el presente en que el Plan Especial vulnera de forma flagrante el Ordenamiento. Y que lo reconozca, precisamente, la actora, después de todas las anteriores afirmaciones, verdaderamente nos sitúa en relación a la consistencia o inconsistencia de sus propias tesis.

TERCERO.- Al Fundamento de Derecho "Segundo" de la contraria. En cuanto a la denuncia de "manifiesta arbitrariedad de la denegación de la aprobación provisional del Plan Especial." (Páginas 22 a 28 de la Demanda)

La contraparte, tras recordarnos en una extensa introducción las genéricas obligaciones Legales -y apelando incluso a las Constitucionales- en cuanto a la debida motivación de los Actos Administrativos, intenta trasladar dichas obligaciones al caso analizado (páginas 26 a 28 de la Demanda). Y, en esa línea nos recuerda, en primer lugar, lo motivado -según su opinión- que estaba la por ella postulada aprobación provisional del Plan, para a continuación sostener (página 27) la "sorpresa" que para ella supuso la notificación del acto de denegación de la aprobación provisional, que, según manifiesta, no venía acompañada de motivación alguna.

No nos vamos a pronunciar sobre la necesidad -o no- de adjuntar a la notificación del acuerdo de denegación de la aprobación provisional la debida motivación; esencialmente, del informe de fecha 7 de Enero de 2015 (folios 280 a 286 del expediente) emitido por esta parte, y que, según es de ver, fue estimado como correcto por el Pleno Municipal para proceder a la denegación del Plan Especial de constante referencia.

Ahora bien, en todo caso, lo que está claro es que, en forma alguna la contraria puede alegar indefensión al respecto. Tuvo conocimiento, en su momento, del acuerdo de referencia, mantuvo, según consta, diversas reuniones con responsables municipales al respecto desde su privilegiada relación con el equipo de gobierno, y, finalmente, ha podido impugnar el acuerdo mediante el presente recurso, y, a través de la remisión del expediente administrativo, ha tenido pleno conocimiento de los informes que sirvieron de base y motivación para llevar a cabo la denegación que, finalmente, se operó. Tal y como expresamente reconoce, combatiendo aquí, como hemos visto, el contenido de dicho informe. El acto no carece de motivación y, por tanto, no es arbitrario. Cuestión diferente es el momento concreto en que la actora tuviera conocimiento del informe que proporcionó base jurídica a la denegación operada. De lo que a estas alturas no puede caber duda es que, efectivamente, ha tenido conocimiento de dicha motivación.

En cualquier caso, todo ello ha de ser interpretado a la vista de las concretas circunstancias en que se produjo la denegación; es decir -y como se ha relatado más arriba- al votarse por el Plano en contra una propuesta de acuerdo presentada por el equipo de gobierno municipal que promulgaba la aprobación provisional. Y, pese a ello, disponer dicho rechazo, afortunadamente, y como ha quedado acreditado, del apoyo de un completo informe jurídico y técnico al respecto. (Folios 280 a 286 del expediente administrativo)

Llevando las tesis de la contraria al absurdo, la oposición municipal nunca podría votar en contra de una propuesta del equipo de gobierno municipal ya que, la inmensa mayoría de las veces que eso sucede, no se cuenta -obviamente- con un informe motivando dicha postura. Afortunadamente, además -y como hemos visto- no es este el caso.

En todo caso, la contraparte, puesta a alegar sobre pretendidas "vulneraciones" procedimentales, podría pronunciarse, ahora, que, según parece, por primera vez lo conoce, sobre el procedimiento seguido por determinados órganos municipales para impedir el debate democrático, sobre proposiciones de acuerdo que en su día efectuaron los grupos de la oposición, que sin duda, afectaban directamente a sus intereses, y que, inexplicablemente, no fueron siquiera sometidas a la consideración de los órganos municipales competentes. Nos remitimos al respeto -y a los meros efectos de "orientar" a la contraria- a todo lo relatado en el Hecho Segundo del presente Escrito.

CUARTO.- Al Fundamento de Derecho "Tercero" de la contraria. En cuanto a la reivindicación de "daños y perjuicios causados por la actuación municipal a esta parte"

Como es de ver, la contraparte despacha dicho capítulo en apenas un folio, de forma condicional, y solo para el supuesto de que el presente recurso fuere estimado; afirmando, solamente, que la denegación operada, de ser declarada ilegal habría producido....

"....un retraso en la implantación de la actividad que esta parte no debió nunca haber soportado...."



En base a dicha afirmación se postula en el suplico de la demanda, aunque aquí ya se "olvida" el planteamiento condicionado que se ha sostenido con anterioridad, que "...se reconozcan los daños y perjuicios causados a esta parte por el Acuerdo recurrido, cuya cuantificación se realizará en Sede de ejecución de Sentencia".

Entendemos, atendida la defectuosa articulación del "petitum" -y postulando como postulamos la confirmación de la Legalidad del acto administrativo impugnado- no procede siquiera -al menos por el momento- entrar en el análisis de dicha cuestión.

Hacer constar, en todo caso, y además, que ni la cuestión ha sido planteada en vía administrativa, ni la actora puede pretender, como parece pretende, "cuantificar" el importe de una hipotética indemnización, en "ejecución de Sentencia", sin citar, siquiera, en esta fase, las posibles bases para la determinación de dicha hipotética indemnización.

Conclusiones:

"(...) Nos remitimos a todo lo relatado al respecto en el citado "Hecho Segundo" de nuestra contestación a la Demanda. Y, por lo que ahora interesa, y más en concreto, a la existencia de dos propuestas formales de acuerdo formuladas por toda la oposición municipal. Una para debatirse en el propio Pleno Extraordinario del que emanó el acto aquí impugnado. Otra presentada ante el Pleno Ordinario a celebrar a continuación. (Páginas 3 y 4 de la Contestación a la Demanda).

Finalmente, y pese a las evidentes dificultades para ello, y mediante oficio con fecha de salida de 31 de Julio de 2017, se ha remitido a este Tribunal, la requerida certificación al respecto -sin fecha- emitida por el Secretario Municipal, que viene a reconocer la existencia de las dos propuestas de resolución formuladas (junto con otra documentación). Informe emitido, como se indica, "por indicación del Presidente de la Comisión Informativa de Territorio y Sostenibilidad".

Respecto a la segunda proposición, se reconoce expresamente que, a través de informe de fecha 20 de enero de 2015, por el propio Secretario Municipal, se concluyó que "no es ajustada a Derecho, está incurso en vicios de nulidad radical y de anulabilidad en los términos indicados en el informe y ha de ser informada, por tanto, desfavorablemente."

(...)

Por ello, esta parte entiende que, efectivamente, se ha producido una vulneración de las determinaciones del PGM de Barcelona, en cuanto a la previsión y concreción de los usos previstos en el ámbito objeto de regulación, al excederse de los usos previstos por el instrumento de planeamiento general, en la clasificación de los terrenos de referencia. El Plan Especial se extralimita en su función de concreción de usos -concretamente, de los usos que el PGM de Barcelona prevé en su artículo 212-, previendo en dicha concreción, usos no regulados por el planeamiento que desarrolla. Esta praxis resulta contraria a la Doctrina expuesta, reguladora de la relación entre ambos instrumentos. Máxime en un supuesto como el presente en que las "innovaciones" practicadas por el proyecto de Plan Especial, inciden directamente sobre la regulación de sistemas generales metropolitanos, auténticos "sistemas generales" que, de acuerdo con la Legislación, constituyen "estructura general del Territorio"

Congruentemente, en estricta referencia al régimen urbanístico del planeamiento especial, este no puede sustituir en ningún caso al Plan de Ordenación Urbanística Municipal en su función de ordenación integral del territorio. En tanto que planes especiales urbanísticos, tales instrumentos deben ser siempre compatibles con el planeamiento urbanístico general y además con la reiterada prevención de que no entren en contradicción con las previsiones establecidas por el mismo, como resulta de la Sentencia de esta Sala y Sección nº 562, de 29 de junio de 2010, en cuanto argumentaba lo siguiente:

"Si acaso a todo lo anterior interesaría añadir que, sin perjuicio de...el relevante papel que se quiere ostenten los Planes Especiales en materia de Sistemas Generales todo conduce a pensar que el principio de jerarquía normativa sigue teniendo una trascendencia innegable en la medida que con manifiesta reiteración, así en su artículo 67, se apunta, entre otros supuestos, a que los planes especiales en forma alguna pueden sustituir en ningún caso al Plan de Ordenación Urbanístico Municipal en su función de ordenación integral del territorio, a que han de ser compatibles con el planeamiento urbanístico municipal, y a que no entren en contradicción con el planeamiento urbanístico general."

A todo lo anterior -obviamente, una cuestión estrictamente jurídica- poco puede aportar la prueba -que por definición versa sobre "hechos"- practicada en el seno del presente procedimiento. En todo caso, y a lo sumo, debemos hacer referencia al resultado de las aclaraciones del informe pericial emitido, en su día, solicitadas por esta parte. El perito Sr. Avelino, en su Dictamen, respondió, como es de ver, a una primera pregunta concerniente a una eventual admisión de nuevos usos no previstos en un Plan General, mediante la aprobación



de un Plan Especial, remitiéndose a la resolución de la Comisión de Urbanismo que cita en su informe, cuyo contenido entra en franca contraposición con la Doctrina puesta de manifiesto por esta parte. No obstante, ante la solicitud de aclaración oportuna, efectuada en los siguientes términos:

"Si entiende el perito que la resolución de la Comisión de Urbanismo que cita (17/07/2014) ha de considerarse, en este caso, de aplicación preferente o superior a la Doctrina sentada por la Sentencia de este Tribunal superior de fecha 26 de Marzo de 2010 en el recurso 742/2006, citada, entre otros documentos, en nuestro escrito de contestación a la Demanda. (Pág. 11)"

...el perito interpelado contestó:

"Entén aquest pèrit no ser competent, des de la meva perspectiva professional com arquitecte, per a formular una interpretació de la qüestió plantejada que és estrictament jurídica i defuig de la meva formació acadèmica i coneixements professionals."

Así pues, y como es de constatar, el Sr. Avelino manifiesta no ser competente para responder sobre la cuestión inicialmente formulada, de modo que la justificación de la tipología de equipamiento propuesto en el Plan Especial no goza -no puede gozar- de fundamentación pericial. El mismo perito, en sus aclaraciones, rectifica sus propios argumentos iniciales - vertidos en el informe pericial de referencia- al no alcanzar a argumentar la relevancia que da a la resolución de la Comisión de Urbanismo que cita y la falta de referencia a la Doctrina jurisprudencial sobre la materia, la cual, sin duda alguna, debe de prevalecer sobre las interpretaciones efectuadas por las Comisiones de Urbanismo.

Cuando entramos en Jurisdicción, de poco sirven las opiniones o precedentes administrativos sobre la materia enjuiciada, sino que debemos ceñirnos a la estricta Legalidad, relevando la resolución del asunto a la aplicación de la Ley y la Jurisprudencia recaída al respecto. A estas fuentes nos remitimos.

Ya puede la contraria aportar los ejemplos y testimonios de praxis administrativas favorables a la inclusión del uso de tanatorio en equipamientos sanitario-asistenciales a fin de justificar su efectiva previsión a través de sus razonamientos de tipo inductivo. Insistimos una vez más. La inducción no es forma admisible de razonamiento en Derecho. La Legalidad no se obtiene de la observación de la práctica sino que se llega a ella con el estudio e interpretación de las Normas. O, dicho de otra forma, y como tantas veces nos ha recordado nuestro Tribunal Constitucional: "La igualdad solo se predica dentro de la Legalidad".

Y es que, reiteramos, ni la pericial pública ni los argumentos vertidos por la actora aportan absolutamente razón o motivo alguno que justifique la pretendida nulidad del acuerdo impugnado, que acredite, a su vez, la conformidad a Derecho del Plan Especial enjuiciado en términos de estricta Legalidad, motivo por el cual entendemos la formulación de la tesis que se maneja, resulta totalmente interesada e infundada.

QUINTA.- En cuanto al denominado "derecho a la tramitación" reiteradamente invocado por la actora.

Nos remitimos íntegramente al Fundamento de Derecho segundo de nuestro Escrito de Contestación a la Demanda (...)

SEXTA.- En relación a la sostenida, "Manifiesta arbitrariedad de la denegación de la aprobación provisional del Plan Especial."

Como ha quedado acreditado, el motivo de la aprobación del acuerdo de denegación de la aprobación provisional del Plan Especial de referencia se fundamentó,, entre otros extremos, en el informe jurídico de fecha 7 de Enero de 2015 (folios 280 a 286 del expediente administrativo) el cual fue aportado al presente procedimiento en su momento procesal oportuno.

La "manifiesta arbitrariedad" que atribuye la actora a la toma de decisión plasmada en el acuerdo aquí impugnado resulta, así, totalmente infundada y entra en contradicción -obvia- la documentación citada por esta parte al respecto de la justificación de la decisión.

Entendiendo la "arbitrariedad" como acto de proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho, sin lugar a dudas esta no es -no puede ser- razón del sentido de la decisión impugnada, la cual encuentra su fundamentación en el referido informe jurídico acorde con los motivos reproducidos por esta parte en su argumentación de la ilegalidad del Plan. Distinto es que a la contraria no le guste o no comparta dicha motivación, no obstante, en ningún caso, podemos hablar de la falta de ésta.

SEPTIMA.- "Daños y perjuicios causados por la actuación municipal".

En esta ocasión en conclusiones, la contraria efectúa una reclamación de daños y perjuicios causados, según sostiene, por el acuerdo impugnado; limitándose a la formulación de la siguiente solicitud:



"y proceda también a reconocer los daños y perjuicios causados a esta parte por el Acuerdo recurrido, cuya cuantificación se realizará en sede de ejecución de Sentencia."

Como ya dijimos al respecto en nuestro Escrito de Contestación a la Demanda, tal reclamación carece de todos los requisitos normativos establecidos, que cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración debe contener, consistentes -entre otros- en la identificación y acreditación de los daños causados junto con su cuantificación, en la constatación de la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el eventual daño que se reputa cometido y en la acreditación de la antijuridicidad de la actuación cometida.

Como es de constatar, la contraria no hace ni el mínimo esfuerzo por tratar de justificar su petición, la cual ya, sin entrar en su hipotético análisis, debería ser rechazada, además, por no haberse planteado en vía administrativa. A su vez, la contraria reserva la cuantificación de la indemnización en sede de ejecución de Sentencia, proceder, hoy, no admitido por la Legislación de aplicación; motivos por los cuales, tal petición de restitución debe -en opinión de esta parte- de ser rechazada en toda su integridad sin entrar en el fondo de la reclamación, al haberse formulado prescindiendo de los requisitos exigidos para la formulación de dicho procedimiento. "

QUINTO: Resolución de la controversia

5.1: Consideración previa sobre el PE y sobre los acuerdos municipales impugnados

En lo que atañe a la sesión plenaria extraordinaria de 21 de enero de 2015 -que concluyó con el rechazo de la aprobación provisional del PE-, habrá que señalar que, a nuestros efectos, deberá resultar indiferente que la aprobación provisional del PE se viera rechazada por más o menos votos. No se produjo; y no se produjo porque mor del acuerdo plenario impugnado en los presentes autos.

Y dicho lo anterior, no estará de más precisar (sin que ello constituya propiamente fundamento de nuestro fallo) que, salvo error u omisión, del acta de la sesión plenaria de marras - a la que se puede acceder a través de la web municipal- se desprende que la propuesta de aprobación provisional del PE obtuvo el resultado que sigue (literal):

(...)Sotmès a votació el dictamen, voten en contra els regidors Sra. Miriam, Sr. Erasmo, Sr. Eusebio, Sr. Ezequiel, Sra. Rebeca, Sra. Rosa, Sr. Gaspar, Sra. Serafina, Sr. Heraclio, Sr. Horacio i Sr. Felipe, és a dir, onze vots. S'hi abstenen, l'alcaldesa Sra. Noemi i els regidors Sr. Benito, Sra. Sacramento, Sr. Cesareo, Sra. Violeta, Sr. Efrain, Sra. María Milagros, Sra. María Purificación, Sr. Daniel, Sr. Gabriel, és a dir, deu vots.

El dictamen es rebutja per majoria absoluta.(...)

Consta, por lo demás, que el acta de esa sesión fue aprobada por unanimidad por el Pleno de 18 de febrero siguiente.

En resumidas cuentas: el PE no fue aprobado provisionalmente porque no obtuvo el apoyo de la mayoría simple del número legal de miembros de la Corporación.

Mayoría simple que, como dijimos en nuestra Sentencia nº 313, de 2 de mayo de 2015, recurso ordinario 123/2011, se fundamenta en las previsiones contenidas en el art. 47.2.11) de la Ley básica 7/1985, de 2 de abril, que circunscribe el *quórum* de votación de la mayoría absoluta al planeamiento general, razón por la cual añadimos en aquel momento la siguiente puntualización:

"TERCERO: (...)Por su parte los art 98.c) y 114.3.k) del texto refundido de la Llei municipal y de règim local de Catalunya (TRLMC) imponían la misma solución, con la única diferencia de exigir el voto favorable de la mayoría absoluta para la aprobación plenaria de todos los Planes urbanísticos (...)

Sin duda, la actora redactó su demanda sin tomar en consideración, en este particular, las modificaciones habidas en la legislación básica de Régimen local con motivo de la promulgación de las Leyes estatales 11/1999, de 21 de abril y 57/2003, de 16 de diciembre. Ni tampoco la Disposición adicional primera del TRLMC, según la cual "Els preceptes d'aquesta Llei que, per sistemàtica legislativa, incorporen aspectes de la legislació bàsica de l'Estat, s'entén que són automàticament modificats en el moment en què es produeixi la revisió de la legislació estatal (...)".

Ocurre que los preceptos del TRLMC que se acaban de traer a colación, no habían hecho más que reproducir la versión original de la *Llei municipal i de règim local de Catalunya*, la cual, en este punto, no había hecho otra cosa que atenerse fielmente a las previsiones de la versión original de la Ley básica 7/1985, de 2 de abril. Razón por la cual cabía estar al principio de prevalencia del derecho estatal básico (art. 149.3 CE) para apreciar, directamente en sede judicial ordinaria, las consecuencias derivadas de las modificaciones habidas



en el redactado de la susodicha Ley 7/1985, a partir de la Ley estatal 11/1999, de 21 de abril y sucesivas (STC 102/2016, de 25 de mayo, y STC 1/2017, de 16 de enero).

5.2: Sobre el déficit de motivación invocado por la recurrente

El rechazo plenario al proyecto de PE se debió a la posición contraria frente al mismo, puesta de relieve por una mayoría de concejales y sustentada en un informe jurídico externo, en el que se venían a sostener los reparos de legalidad que, *mutatis mutandis*, se han visto reproducidos en esta *litis*.

En puridad, pues, no puede admitirse la tesis de que el rechazo municipal del proyecto de PE se produjera de forma inmotivada. Cuestión distinta es que los motivos de oposición aducidos por el bloque refractario al PE (motivos, éstos, perfectamente condensados en el informe emitido por la abogada Sra. Simorra, que no por falta de firma deja de ser un compendio de razonamientos jurídicos), puedan ser o no de recibo.

5.3: Sobre la pretensión indemnizatoria de la actora

No será posible efectuar pronunciamiento alguno a propósito de la responsabilidad patrimonial eventualmente contraída por la Administración municipal, porque tal eventualidad sólo podrá plantearse una vez halla concluido la tramitación del PE. Tramitación que, como veremos más adelante, no tiene, hoy por hoy, garantizado el final que desearía ELYSIUS EUROPA, S.L.

5.4: Sobre la condición de "equipamiento comunitario" que cabe atribuir a los tanatorios

Ninguna duda nos cabe que hoy en día resulta imposible negar que los tanatorios son EECC.

En nuestra Sentencia nº 453, de 3 de julio de 2017 (apelación nº 97/2015), convinimos en que los tanatorios constituyen servicios esenciales de interés general y, por ende, EECC. Así es de ver cómo a través del fundamento jurídico tercero de la citada Sentencia dijimos:

(...) 3.- Cuando se dirige la atención al régimen jurídico urbanístico afectante al caso debe irse destacando que este tribunal forma cumplida convicción que los usos y servicios verdaderamente estructurales y sentidos, por lo demás como se irá viendo, de tanatorio (sic) no permite que sea devaluado ni mucho menos reducido a un uso impropio de un mero uso industrial (sic) para lograr "in extremis" su aceptación en algún lugar, cuando de la recta interpretación del ordenamiento jurídico urbanístico aplicable al caso resulta que los mismos se hallan suficientemente previstos en el mismo.

En este caso nos hallamos a las alturas temporales de la aplicación del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo, y no se va descubrir la obviedad que representa reconocer que los mismos, cuanto menos, pueden encontrar cobertura en sede de Sistemas de su artículo 34 o del artículo 33 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo, y en concreto en la subsección de Equipamientos de interés público o/y de interés social, estén previstos en su caso como equipamiento público o privado.

En definitiva aunque la figura de planeamiento general aplicable obedece al régimen del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación vigente en materia de urbanismo, no puede silenciarse que una vez en vigor el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo, la conclusión es que los dictados de los artículos 149 y siguientes del Plan General de Ordenación Urbana de P... y si así se prefiere del artículo 17 debe coherenciarse con los dictados legales y reglamentarios que son su marco inexcusable.

Es más, ante la falta de alguna previsión de planeamiento que hubiera podido ser de interés para facilitar la labor interpretativa, este tribunal se decanta por dirigir la atención tanto a la Ley 2/1997, de 3 de abril, sobre Servicios Funerarios, que califica que los servicios funerarios tiene la condición de "servicio esencial de interés general" se presten por empresas públicas como privadas - artículo 1.1- y entre ellos los de prestar servicios de tanatorio - artículo 4.1.f)- y en esa órbita general al Decreto 209/1999, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula, con carácter supletorio, los servicios funerarios municipales, que se manifiesta en el mismos sentido en sus artículos 3 y 31 y concordantes.

A su vez como el Ayuntamiento de P... dispone de Ordenanza de Servicios Funerarios que se ha aportado por la Administración en su contestación a la demanda como documento 3 la línea argumental referida debe reconocerse en el mismo sentido lo dispuesto en el artículo 2 y concordantes.

Por consiguiente con todo ese acerbo sigue siendo concluyente que el servicio de tanatorio como servicio funerario en la cualidad reconocida legal y reglamentariamente encuentra perfecta subsunción en la calificación urbanística de Sistema Urbanístico de Equipamientos Comunitarios y lo sea como titularidad pública o como titularidad privada -en ese supuesto claves 7b del artículo 149.4.b) de la Normativa Urbanística del plan general



aplicable- debiéndose descartar la tan forzada búsqueda de una laguna que no existe y de una solución como la que defendida por la parte recurrente de ubicar un tanatorio en una calificación de meros usos industriales (...)

Aunque la Sentencia transcrita se fundamenta en el texto refundido de 2005 de la *Llei d'urbanisme*, habrá que ver que la versión aplicable al caso del texto refundido de 2010 (art. 34.5), contiene la misma descripción en lo que atañe a la noción de EECC.

Resulta, pues, evidente, que los tanatorios no pueden ser concebidos como una actividad meramente económica. Cumplen una destacada función de interés público y social en la medida en que proveen a la comunidad de un servicio esencial para la satisfacción de las necesidades derivadas de un imponderable -la muerte- que -huelga decirlo- es común a todas las clases y categorías de seres humanos.

5.5: Adecuación del PE a las condiciones de edificación previstas en el art. 217 del Plan general metropolitano (PGM)

Sin perjuicio de lo que concluyamos más adelante tras confrontar el PE con las determinaciones del art. 212 PGM, sí que habrá que reconocer que nos hallamos ante un PE que se ajustaría, sin lugar a dudas, a las previsiones del art. 217 PGM.

El art. 217 PGM, en su apartado 2 establece unas condiciones de edificación aplicables a aquellos equipamientos que vayan a implantarse sin mediar Plan especial, como podría ser el caso de los autorizados singularmente al amparo del art. 216.1 PGM (equipamientos de titularidad privada en espacios temporalmente reservados a la iniciativa pública). Sin embargo, en nuestro caso sería preciso estar a las determinaciones del apartado 1 del art. 217 PGM, conforme al cual, cuando el equipamiento vaya a verse precedido de un Plan especial, será este último el que establezca esas condiciones de edificabilidad, a cuyos efectos el equipamiento en ciernes deberá ajustarse a las necesidades funcionales que le sean propias (lo cual es de sentido común), sin perjudicar la funcionalidad de otros equipamientos; sin menoscabar el paisaje circundante y las condiciones ambientales; y garantizando, de consuno, una integración armónica en el correspondiente sector, lo que no debe interpretarse como la obligación de reproducir o de someterse a condiciones de edificabilidad preestablecidas para otros usos.

Pues bien, tanto el dictamen de parte, emitido y aclarado por el arquitecto SR. Avelino, como el dictamen emitido por el arquitecto y perito judicial Sr. Torcuato, acreditan que el PE de autos puede considerarse perfectamente ajustado a las premisas a las que ya hemos hecho alusión. Y otro tanto de lo mismo habría que decir de los informes evacuados en sede municipal y autonómica durante la tramitación administrativa del proyecto de PE.

De hecho, de esos dictámenes cabe concluir que la ordenación contenida en el PE, amén de no hallarse supeditada (por las razones que acabamos de exponer) a los parámetros aplicables al suelo residencial más cercano, resulta mucho más respetuosa con el entorno y el paisaje inmediato que la que habría sido posible adoptar de haberse seguido el diseño consumado legítimamente por otros equipamientos comunitarios colindantes o muy cercanos al solar de autos.

Por lo demás, conviene tener presente el art. 93.7 del reglamento ejecutivo del TRLU, conforme al cual "*Els plans especials que tenen per objecte concretar la titularitat i l'ús dels equipaments comunitaris poden establir, si s'escau, les condicions d'ordenació i edificació de l'equipament.*"

5.6: Sobre la compatibilidad del PE con las previsiones del art. 212 PGM

1. Los art. 211 y 212 del art. 212 PGM son del siguiente tenor:

Article 211.

Contingut d'aquest capítol.

1.El Pla General destina a equipaments comunitaris els so`ls representats als pla`nols b-2 i b-3 a escala 1:5.000 i 1:10.000, respectivament, i s'indiquen amb les referències 7a, 7b i 7c els previstos als plans anteriors que es respecten de conformitat amb el que disposa l'article 167 d'aquestes Normes, i els que es qualifiquin com a tals als futurs plans parcials i especials en desenvolupament del present Pla General. La referència 7a, representa els equipaments públics existents i els privats. La referència 7b, els reservats preferentment per a equipaments de nova creació i d'interès municipal; i la referència 7c, els reservats per a equipaments comunitaris existents i de nova creació d'interès metropolita`, amb les excepcions establertes als articles 213 i 214.

2.Per la seva finalitat, es comprenen també a la regulació continguda en aquest capítol els cementiris comarcals (25) i els espais reservats a instal·lacions de serveis tècnics metropolitans (4). Així mateix, pel motiu de la seva destinació final, es regulen com a equipaments públics els so`ls qualificats de renovació urbana en transformació

d'ús (17-7), sens perjudici de la normativa transitòria assignada a aquests pels articles 367 i 368 d'aquestes Normes.

Secció 2a

Equipaments comunitaris (7)

Article 212. Tipus d'equipaments comunitaris.

1. Els so`ls destinats a equipaments comunitaris amb les edificacions, instal·lacions i altres accessions o serveis sobre aquests so`ls, es classifiquen en els tipus següents:

a. Equipaments docents. Centres docents, públics o privats, i annexos esportius.

b. Equipaments sanitaris-assistencials. Centres sanitaris assistencials i geriàtrics, públics o privats, d'interès públic, social o comunitari, i cementiris.

c. Equipaments culturals i religiosos. Temples, centres religiosos, centres o instal·lacions per a congressos, exposicions, sales de reunions, d'interès públic, social o comunitari i annexos esportius i recreatius.

d. Equipaments esportius i recreatius. Edificacions i instal·lacions esportives; campaments; centres d'esbarjo o d'expansió; balnearis i establiments de banys i d'altres turístics no residencials, d'interès públic, social o comunitari; i serveis annexes.

e. Equipaments de proveïment i subministraments. Escorxadors, mercats i altres centres de proveïment, sempre de titularitat pública, encara que de possible gestió privada, i àrees de servei.

f. Equipaments tècnics administratius i de seguretat. Centres o edificis per a serveis de l'Administració pública, serveis de seguretat o militars i d'altres d'interès públic.

Els so`ls per a equipaments comunitaris són els representats als pla`nols b-2 i b-3, a escala 1:5000 i 1:10.000, amb els números d'identificació 7-a, 7-b i 7-c. El número 7-a representa els equipaments existents o en execució o amb llicència; el número 7-b, els so`ls reservats per a equipaments de nova creació i a`mbit local; i, el número 7-c s'as- signara` als so`ls per a equipaments de nova creació d'interès supralocal o metropolitana`.

2. Amén del suelo destinado a vialidad, los terrenos destinados por el PE a tanatorio se insertan en el suelo urbano y se hallan enclavados en una área de mayor superficie asociada, toda ella, a la clave 7b).

La concreción de la modalidad de equipamiento a desarrollar, la defieren los art. 214 y 215 PGM a un Plan especial, susceptible de ser promovido también por la iniciativa privada.

El problema viene dado por la interpretación que deba realizarse del art. 212 PGM, que es un precepto establecido en su día con el propósito de ofrecer un elenco de EECC susceptibles de verse implantados al amparo de la clave 7b del art. 211.

El art. 212 clasifica los EECC en docentes, sanitario-asistenciales, culturales y religiosos, deportivos y recreativos, de provisión y suministro y de carácter técnico y seguridad. Sin embargo, no contiene una cláusula residual que reproduzca la fórmula de cierre que ya se contenía en el TRLU de 2005 y que ahora puede encontrarse en el art. 34.5 del TRLU (de 2010) con el siguiente tenor: "els altres equipaments que siguin d'interès públic o d'interès social".

¿Cabe deducir de todo ello que la enumeración de EECC ex art. 212 PGM es *numerus clausus*; que no da cabida al uso de *tanatorio*; y que para implantar tal uso sería preciso tramitar una modificación puntual del PGM? (tesis de las codemandadas). ¿O cabría considerar que el de *tanatorio* es, cuando menos, un uso *sanitario-asistencial* encuadrable en la letra b) del art. 212.1 PGM, razón por la cual sería suficiente con un PE como el de autos? (tesis de la actora).

Pues como veremos, ni una cosa ni la otra en toda su extensión.

3. Los trabajos de elaboración del PGM se desarrollaron en los primeros años setenta del siglo pasado; hace ya cuatro décadas prácticamente. Y, pese a las modificaciones de que ha venido siendo objeto, se trata de un Plan -sin duda ejemplar y meritorio- que a estas alturas parecería aproximarse al *territorio* de la obsolescencia. No en vano, entre el momento de su gestación y la realidad presente todo ha cambiado; y a menudo resulta trabajoso adentrarse en las determinaciones de un instrumento de ordenación que es tributario de conceptos y categorías que han mutado, que han periclitado o que han desaparecido.

En ese trance nos encontramos ahora. Razón de peso para que nos veamos obligados a abordar la disyuntiva de autos tomando (más que nunca) como principales premisas normativas, el TRLU y su reglamento ejecutivo (RU); aprobado, este último, por el *Decret 305/2006, de 18 de juliol*. Todo ello con la mirada puesta en la realidad social por la que transitamos (art. 3.1 Cc).



4. Hemos podido ver que los tanatorios han sido reconocidos por esta Sala y Sección como EECC, habida cuenta de su interés público y social, así como de su configuración legal como "servicio esencial de interés general".

Y, aunque es cierto que el añejo art. 212 de las normas urbanísticas del PGM contiene una enumeración limitada de EECC que no parece otorgar cobertura al uso de tanatorio, no podremos negar la posibilidad de superar ese escollo -máxime para un servicio esencial de interés general, público y social-, sin necesidad de tener que abordar previamente una modificación puntual del PGM.

Nadie podrá negar que el TRLU se halla jerárquicamente supraordenado al PGM. Pues bien, en su art. 68 (el TRLU) establece lo siguiente:

*1. Es poden aprovar **plans especials urbanístics autònoms** per a implantar en el territori **infraestructures no previstes en el planejament territorial o urbanístic** relatives als **sistemes urbanístics** de comunicacions o **d'equipament comunitari**, de caràcter general o local, llevat que la legislació sectorial aplicable a aquestes infraestructures reguli instruments específics per a executar-les vinculants per al planejament urbanístic.*

*2. Els plans especials urbanístics autònoms, a més de les facultats que l'article 67.3 determina per als plans especials urbanístics de desenvolupament no previstos expressament en el planejament territorial o urbanístic, **poden qualificar el sòl necessari per a la implantació de la infraestructura com a sistema urbanístic, de caràcter general o local, sense possibilitat, però, d'alterar la qualificació del sòl reservat per aquest planejament per a sistemes urbanístics generals.***

En el caso que ahora nos ocupa se cumplen todos los requisitos legales y muy especialmente los siguientes:

-El tanatorio es, sin lugar a dudas, un EC.

-La legislación sectorial (es decir: la legislación sobre servicios funerarios) no contempla un instrumento de ordenación alternativo, y

-Por lo ya dicho, la previsión del tanatorio a través de un PE no va a suponer merma alguna en el suelo afecto por el PGM a EECC de interés municipal (clave 7b del art. 211 de las normas urbanísticas del PGM).

A mayor abundamiento, si tomamos en consideración el art. 67.3 TRLU (planes especiales de desarrollo del planeamiento general, no previstos en este último), veremos que señala lo siguiente:

*Els plans especials urbanístics de desenvolupament no previstos expressament en el planejament territorial o en el planejament urbanístic general no poden substituir en cap cas el pla d'ordenació urbanística municipal en la seva funció d'ordenació integral del territori, per la qual cosa no poden alterar la classificació del sòl **ni poden modificar els elements fonamentals de l'estructura general definits per aquest planejament; en canvi poden alterar altres determinacions del planejament urbanístic general i establir les limitacions d'ús que siguin necessàries per a assolir la finalitat que els justifica.***

Como es de ver, el PE también tendría cabida en las previsiones legales que acabamos de transcribir.

Se trata de un Plan no previsto en el PGM, toda vez que su perímetro no se halla reflejado en el Plan metropolitano a modo de sector de planeamiento derivado. El Plan metropolitano, como es de ver, se limita a prever la eventualidad de que los sistemas sean desarrollados mediante Planes especiales; pero sin determinar su número, su ámbito y su finalidad específica (art. 214).

Además, la aprobación del PE promovido por la actora tampoco supondría la modificación de elemento fundamental alguno de la estructura fundamental establecida por el PGM. En ese sentido, reiterar que la estructura fundamental asociada a la clave 7b) del art. 211 de las normas urbanísticas del instrumento metropolitano (EECC preferentemente de nueva creación y de interés municipal), no se vería afectada en lo más mínimo. El tanatorio podría encuadrarse sin violencia en la clave traída a colación y, además, las categorías de EC enumeradas en el art. 212, seguirían disponiendo, para su desarrollo, de una amplísima superficie calificada con la misma clave (7b, art. 211 PGM).

En el mismo sentido, menester será reparar en que el art. 67 TRLU, al referirse a los Planes especiales de desarrollo, en la letra k) nos dice que los mismos podrán tener "*Qualsevol altra finalitat anàloga*", y en lo que atañe a nuestro caso, existe una evidente analogía entre el tanatorio en proyecto y los equipamientos o las dotaciones expresamente citadas en el art. 212 de las normas urbanísticas del PGM, que tienen por finalidad (al igual que el tanatorio) atender las necesidades básicas de la colectividad.

5: Desde otra vertiente, la exégesis sumamente restrictiva del art. 212.1 PGM que han venido sosteniendo los codemandados, contrasta con la flexibilidad que cabría entrever, por ejemplo en el art. 216 PGM.



En su apartado 1, el citado precepto establecía una reserva de dos años para que las administraciones competentes pudieran promover los correspondientes planes especiales de desarrollo; pero a la vez permitía que durante ese periodo de reserva el ente metropolitano pudiera autorizar "algún tipo de equipamiento susceptible de titularidad privada", sin otra condición -en lo que ahora importa- que la de que se tratase de un equipamiento favorecedor del objetivo social señalado por el Ayuntamiento proponente y que, a su vez, ese equipamiento no perjudicase los programas de actuación de las entidades interesadas. Sin limitar, pues, constreñir o predeterminar el destino o uso de esos eventuales equipamientos comunitarios.

5.7: El derecho al trámite de la parte actora v. los motivos en los que se fundó el rechazo de la aprobación provisional del PE

Sobre el derecho al trámite en sede de planeamiento resultarán elocuentes las SSTS 3ª5ª, de 10 de noviembre de 2010 (casación 5074/2006),

"CUARTO.- En la STS de 17 de marzo de 2009 (al igual que habíamos hecho en dos anteriores y similares de 12 de marzo de 2009), confirmado y reproduciendo lo que se decía en la sentencia de instancia 2006/400967, ha quedado resumida la doctrina jurisprudencial en relación con el denominado derecho a la tramitación del planeamiento a instancia de los particulares:

(...)

5.- Es más, en el acto de aprobación inicial es suficiente ponderar esa potencialidad o susceptibilidad de subsanación de deficiencias o de introducción de modificaciones, condicionamientos o plazos, desde luego sin devaluar **la trascendencia de la tramitación ulterior para terceros y para el ejercicio de las competencias de planificación urbanísticas en sede de aprobación provisional y definitiva**, ya que no cabe olvidar que **es en la fase de otorgar o denegar esas aprobaciones donde procede pronunciarse sobre el fondo de la/s cuestión/ones suscitada/s, debiendo ser examinado y decidido todo lo que corresponda, sin perjuicio y a salvo el control jurisdiccional que pudiera instarse sobre esas materias de fondo**".

Y de 23 de julio de 2009 (casación 2023/2005),

QUINTO: (...)Es cierto que esa discordancia con el Plan general pudo haberse advertido en un momento anterior, lo que habría comportado la denegación de la aprobación inicial; pero nada impide que, si se constata en un momento ulterior de la tramitación del Plan Especial ello se traduzca en una denegación de la aprobación provisional. A tal efecto procede señalar, como ya hicimos en nuestra sentencia de 7 de noviembre de 2007 (casación 9934/03) que... **el Ayuntamiento no está obligado a otorgar la aprobación provisional por el mero hecho de que haya existido aprobación inicial**. Como señala esa misma sentencia, **la mera existencia del trámite de información pública, o, como aquí sucede, la solicitud de informe a un órgano de otra Administración concernida, pone de manifiesto que la aprobación provisional no es un acto debido, pues precisamente las alegaciones o sugerencias hechas en esos trámites de información pública y de informes pueden hacer variar las apreciaciones de la Corporación municipal en el momento de la aprobación inicial**.

La aprobación provisional, pues, no es un acto debido. Cuestión distinta es que en nuestro caso no puedan considerarse atendibles los óbices legales en los que se fundamentó el rechazo de la aprobación provisional del PE.

La aprobación provisional es un acto de trámite cualificado. No olvidemos que, por mor de la garantía institucional de la autonomía local, será obligada la confirmación definitiva de la versión provisional del Plan, salvo que concurra alguna de las circunstancias contempladas en el art. 92.2 TRLU:

*Els acords de suspensió i de denegació a què es refereixen les lletres b i c de l'apartat 1 adoptats per l'Administració de la Generalitat només es poden fonamentar en els **motius d'interès supramunicipal, de legalitat i de racionalitat urbanística** que especifiquen els apartats 2, 3 i 4 de l'art. 87 (...)*

Mutatis mutandis, el Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat podría volver a rechazar la aprobación provisional, no por los motivos que aquí hemos descartado, pero sí por otros que, más allá de la retórica huera, pudieran obedecer a circunstancias objetivas, razonables, verificables y dotadas de sustento o justificación legal; siempre, pues, en el sano ejercicio de la potestad discrecional de la que siempre ha gozado.

SEXTO: Costas

De conformidad con lo dispuesto en el art. 139 LJCA para los supuestos de estimación parcial y para aquellos en que todos los interesados han concurrido al proceso con un cierto grado de *iusta causa litigandi*, cada parte deberá hacer frente a sus propias costas, distribuyéndose las comunes entre todos los contendientes y en idéntica proporción.

**FALLO:**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) HA DECIDIDO:

1: ESTIMAR PARCIALMENTE el presente recurso contencioso-administrativo ordinario nº 73/2015, promovido por ELYSIUS EUROPA, S.L contra el ILMO. AYUNTAMIENTO DE ESPLUGUES DE LLOBREGAT, habiéndose opuesto al mismo, por añadidura, la MANCOMUNITAT D'HABITATGES I LOCALS MALLOLA, la COMUNITAT DE PROPIETARIS URBANITZACIÓ LA MALLOLA y la ASSOCIACIÓ DE VEÏNS LA MIRANDA y, en su consecuencia:

1.1: ANULAR el acuerdo adoptado por el Pleno extraordinario celebrado por el Municipio demandado el día 21 de enero de 2015. Acuerdo, éste, por el que fue rechazada la aprobación provisional del Plan especial de concreción de uso y ordenación volumétrica de la parcela situada en la Av. Jacint Esteva Fontanet, 112, de Esplugues de Llobregat, promovido por la actora.

1.2: CONDENAR al ILMO. AYUNTAMIENTO DE ESPLUGUES DE LLOBREGAT a celebrar sin dilaciones una nueva sesión plenaria en la que se debata la aprobación provisional del Plan especial mencionado anteriormente, respetando a tal efecto los criterios que hemos expuesto en el fundamento jurídico quinto.

2: DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo en todo lo demás.

Sin imposición de costas.

Notifíquese, y hágase saber a las partes que la presente Sentencia no es firme.

Contra la misma podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Este recurso deberá prepararse ante esta nuestra Sala y Sección en un plazo máximo de treinta días hábiles, contados desde el día siguiente al de la recepción de la correspondiente notificación, de conformidad con el art. 89 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LJCA), modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

La preparación del recurso de casación deberá ajustarse a las previsiones del art. 89.2 LJCA y sólo podrá fundamentarse en la vulneración del derecho estatal o europeo. En cualquier caso, sus promotores deberán tener presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se hace público el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE núm. 162, de 6 de julio de 2016).

No cabrá, en cambio, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fundamentado en la eventual vulneración del derecho autonómico, al equipararse, en este caso, las Sentencias dictadas por la Sala del Tribunal Superior, a las dictadas por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su propio ámbito (Autos de 10 de mayo de 2017, dictados por la Sección de casación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los recursos de casación autonómica núm. 3/2017 y 8/2017).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, hallándose la Sala en audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.