

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 28
Dic. 2010, rec. 66/2010

Ponente: Fernández Valverde, Rafael.

Nº de Recurso: 66/2010

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LA LEY 237150/2010

URBANISMO. Convenio urbanístico y cesión de terrenos. Medidas cautelares. Procedente suspensión de un acuerdo municipal, por el que se aprueba tanto un convenio de colaboración a suscribir entre la Administración autonómica y un Ayuntamiento para promover vivienda protegida y alojamientos dotacionales como, de modo definitivo, la cesión gratuita a favor de la Administración autonómica de fincas registrales para la construcción de viviendas sociales en régimen de arrendamiento. Incorrecta aplicación por la Sala de instancia de los mandatos legales y criterios jurisprudenciales, ya que su fundamentación no encuentra adecuado encaje en el sistema legal, desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial. Valoración provisional y limitada del órgano a quo, de los fundamentos de la pretensión suspensiva de la recurrente que se contrae exclusivamente al acuerdo municipal directamente impugnado y se concreta en la aprobación del convenio urbanístico y en la cesión de terrenos, al no tomar en consideración sus alegaciones sobre la legalidad de la inicial clasificación y calificación de los terrenos cedidos para equipamiento, servicio público y espacios libres complementarios. No procede realizar ningún pronunciamiento en el ámbito cautelar, en relación con la modificación puntual del planeamiento -sólo impugnada por la vía del recurso indirecto-, sin perjuicio de que tal circunstancia sea tomada en consideración para argumentar y resolver sobre tal pretensión cautelar.

El Tribunal Supremo estima recurso de casación interpuesto contra auto del TSJ País Vasco, acordando, como medida cautelar, la suspensión de un acuerdo plenario municipal que aprueba un convenio de colaboración urbanístico y, de modo definitivo, la cesión gratuita de unos terrenos a favor de la Administración autonómica.

Texto

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Diciembre de dos mil diez

SENTENCIA

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación 66/2010 interpuesto por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz, representada por el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta y asistida de Letrada; siendo parte recurrida la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE PAÍS VASCO, representada por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco y asistida de la Letrada de sus servicios jurídicos y el AYUNTAMIENTO DE ZARAUTZ, representado por el Procurador D. Enrique de Antonio Viscor y asistido de Letrado; promovido contra promovido contra el auto dictado el 20 de noviembre de 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior del País Vasco, por

el que se acordó desestimar el recurso de súplica interpuesto contra el auto de 23 de septiembre de 2009 de la misma Sala, en recurso contencioso-administrativo nº 531/2009 , sobre Aprobación del Convenio de Colaboración con el Departamento de Vivienda para promover vivienda protegida y alojamientos rotacionales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, se ha seguido el recurso número 531/2009 , promovido por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz, en el que ha sido parte demandada el AYUNTAMIENTO DE ZARAUTZ, VIVIENDA Y SUELO DE EUSKADI, S. A. y la COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, sobre Aprobación del Convenio de Colaboración con el Departamento de Vivienda para promover vivienda protegida y alojamientos rotacionales.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó auto con fecha 23 de septiembre de 2009 del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA: Desestimar la suspensión interesada por la Comunidad de Propietarios de DIRECCION000 en el ámbito del recurso 531/09, en relación con el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zarautz, recaído en sesión de 30 de julio de 2.008, que en su punto nº 5: (1) aprobó definitivamente el Convenio de colaboración a suscribir entre el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Zarautz, para promover vivienda protegida y alojamientos dotacionales en las áreas urbanísticas 12-3-OD KORTAZAR- y 10-2-OR SALBERDIN, del PGOU de Zarautz, con referencia a que el texto del convenio aprobado era el que había sido publicado en el BOG el 9.6.08; y (2) aprobó definitivamente la cesión gratuita a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco de las fincas registrales del Área de Kortazar (inmuebles 346-10.002 y 346-10.003 del Inventario Municipal de Bienes) para la construcción de viviendas sociales en régimen de arrendamiento. Sin costas".

Interpuesto por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz, recurso de súplica contra el auto antes indicado, en fecha 20 de noviembre de 2009 se dictó auto con la parte dispositiva siguiente: "LA SALA ACUERDA: Desestimar el recurso de súplica interpuesto por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 del Edificio nº NUM000 DIRECCION001 Kalea, de Zarautz, representada por el Procurador D. Francisco Javier Zubieta Garmendia, contra el Auto de 23 de septiembre de 2.009 que desestimó la petición de suspensión interesada, resolución que confirmamos. Sin costas".

TERCERO.- Contra dicho auto se preparó recurso de casación por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz, y elevados los autos y el expediente administrativo a este Alto Tribunal, por el recurrente se interpuso el mismo, admitiéndose por providencia de fecha 9 de abril de 2010, y sustanciándose por sus trámites legales.

CUARTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 14 de diciembre de 2010, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de casación el Auto que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó en fecha de 20 de noviembre de 2009 , por el que fue desestimado el recurso de súplica formulado por la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz contra el anterior Auto de

fecha 23 de septiembre de 2009 , por el que fue desestimada la solicitud de suspensión de los actos administrativos impugnados en el recurso contencioso-administrativo número 531/2009 seguido ante la Sala de instancia.

Los citados Autos, pues, fueron dictados en la Pieza Separada de Medidas Cautelares del recurso Contencioso-Administrativo 531 de 2009 interpuesto por la citada COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz contra el Acuerdo de Pleno del AYUNTAMIENTO DE ZARAUTZ, adoptado en su sesión de 30 de julio de 2008, por el que,

a) Fue aprobado el Convenio de colaboración a suscribir entre el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Zarautz para promover vivienda protegida y alojamientos dotacionales en el Área Urbanística 12-3 OD Kortazar; Y,

b) Fue aprobada definitivamente la cesión gratuita a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del Gobierno Vasco de la fincas registrales del Área de Kortazar (inmuebles 346-10002 y 346-10003 del Inventario Municipal de Bienes) para la construcción de viviendas sociales en régimen de arrendamiento.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia denegó la adopción de la medida cautelar de suspensión del Acuerdo municipal objeto de la pretensión deducida en el Recurso Contencioso-Administrativo, y, se fundamentó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación, que, en gran medida, era la contenida en los Autos de denegación de suspensión dictados por la misma Sala en la Pieza de Medidas Cautelares del RCA 530/2009 ---acumulado al que nos ocupa--- de fecha 27 de mayo y 10 de septiembre de 2007; en concreto, en relación con la decisión de cesión, se exponía la circunstancia de encontrarse ya materializada la cesión.

Pues bien, reproduciendo este último Auto, la Sala de instancia reitera, en consecuencia, en el Auto aquí impugnado de 23 de septiembre de 2009 , lo siguiente:

"En el fundamento jurídico cuarto del auto que se impugna, se argumenta que parece sostenerse que la modificación de la modificación de la norma de planeamiento (el PGOU), es una "acto de ejecución" del convenio de colaboración, y se argumenta, bajo la óptica de que se trata de un convenio de planeamiento, que no podría sostenerse la suspensión del convenio, en la discrepancia sobre la recalificación del suelo operada por la norma de planeamiento.

La parte recurrente argumenta que no se trata de un convenio de planeamiento, sino de un convenio de ejecución urbanística.

Como se clarifica por la parte recurrente el PGOU de Zarautz se publicó el 25.3.08, y en el mismo se procedió a la reclasificación-recalificación de los suelos del Area 12-3 OD-Kortazar. Según se indica en el convenio, se prevé un régimen de ejecución pública.

Posteriormente se suscribe el convenio Inter-administrativo, de colaboración, entre el Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Zarautz, cuyo objeto es establecer un programa de promoción de vivienda protegida, entre otros en el Area 12-3 OD-Kortazar.

El Ayuntamiento se compromete a la tramitación de los documentos urbanísticos necesarios para el desarrollo del ámbito (tales como planes de ordenación pormenorizada programa de actuación urbanizadora, proyectos de urbanización, de reparcelación, etc.). En el Area 12.3 OD-Kortazar, el Ayuntamiento se compromete a ceder gratuitamente la parcela urbanística de su propiedad en la que el planeamiento posibilita la construcción de 150 viviendas protegidas, condicionada al mantenimiento del destino de las viviendas construidas. El Departamento se

compromete a la contratación y ejecución total de las obras de urbanización perimetral y la edificación de las aludidas viviendas. El Departamento reconoce una opción de compra al Ayuntamiento de Zarautz y/o a la sociedad urbanística municipal sobre la totalidad de la superficie construida de locales en planta baja, y sobre los garajes no vinculados, entre otros extremos.

Se estaría, de esta forma, interesando la suspensión cautelar del convenio de colaboración, que acuerda desarrollar la norma de planeamiento aprobada definitivamente con anterioridad, que posibilita la construcción de 150 viviendas protegidas.

El argumento central sigue siendo la discrepancia con la reclasificación-recalificación de suelos cedidos previamente al Ayuntamiento para espacios libres y zonas verdes, operada por la modificación del PGOU publicada el 25.3.08. Se estaría, por lo tanto, planteando una impugnación indirecta del PGOU. Por ello, la parte recurrente argumenta que no se interesa la suspensión cautelar del PGOU, sino la suspensión cautelar del convenio de colaboración que articula o posibilita su desarrollo. Es obvio que al interesarse la suspensión del convenio de colaboración interadministrativa, se está interesando o, al menos, comprometiendo la ejecución de la norma de planeamiento. La doctrina jurisprudencial(ATS 13.7.93 -Pte. Sr. García-Ramos, STS 23.2.05 -Pte. Sr. Peces Morate) es reiterada al afirmar que todo plan urbanístico demanda la ejecución con notoriedad intensa, y que frente a un interés público tan cualificado, sólo perjuicios de muy elevada consideración pueden determinar la suspensión de la ejecución urbanística de que se trate. En este caso el "periculum in mora" que se invoca es el que deriva de la propia ejecución del planeamiento, que se impugna indirectamente. Y los perjuicios que se invocan se anudan, como hemos indicado, al planteamiento impugnatorio que se efectúa en relación con la modificación del PGOU. No procede, en fase cautelar, efectuar un pronunciamiento anticipatorio de la cuestión de fondo, debiendo limitarnos a señalar que el hecho de que los suelos hayan sido obtenidos por cesión urbanística no suponen de forma evidente y manifiesta, como parece sostener la parte recurrente, que no puedan ver modificado su destino urbanístico.

Estima por ello la Sala que aún aceptando la crítica que se efectúa el auto impugnado respecto de la incorrecta apreciación del carácter o naturaleza del convenio, debemos mantener la decisión contraria a la suspensión de su ejecutividad".

Por su parte, en el Auto de 20 de noviembre de 2009 ---que confirma el anterior citado de 23 de septiembre--- la Sala de instancia insiste en que "Ningún elemento novedoso relevante se traslada en el recurso de súplica que conduzca a modificar el criterio negativo sobre la medida cautelar mantenido en el auto de 23.9.09 , en el que, como en él recogíamos, retomábamos lo que la Sala había razonado en los autos recaídos en la pieza de medidas cautelares (- auto inicial y el desestimatorio del recurso de súplica -) en el ámbito del recurso 530/09 , dirigido aquél también contra el Convenio, figurando como Administración directamente demandada la Administración General de la comunidad Autónoma del País Vasco, en relación con el Acuerdo del Gobierno Vasco que acordó ratificar el Convenio con el Ayuntamiento de Zarautz, cuando en el presente recurso gira en torno a las actuaciones en sede municipal, también y sobremanera en relación con el acuerdo municipal que dispuso ratificar el mismo Convenio.

La Sala se remite aquí a los argumentos que recogíamos en el fundamento sexto de nuestro previo auto, como soporte para denegar la medida cautelar, lo que ahora se ratifica, insistiendo en que no es oportuno en este momento hacer incursiones en relación con el alegato que se considera central y fundamental desde la perspectiva de la parte demandante, vinculado a la disconformidad de hecho del Plan General de Ordenación Urbana en relación con la recalificación de determinado suelo, y el anticipo de impugnación indirecta, articulada ya en sede cautelar, sin que, como se traslada por quienes se oponen al recurso de súplica, haya alegatos

novedosos no incorporados en su momento en la petición de medidas cautelares, cuando ya sabemos que el recurso de súplica es un recurso que se dirige contra el auto recurrido, sin que suponga una nueva posibilidad de replantear con alegatos novedosos la petición cautelar.

Sí que se ha incorporado, como aludíamos al inicio, como alegato complementario, el hecho de que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián, en la pieza de medidas cautelares del recurso 276/09, ha dispuesto la suspensión de la licencia concedida a VISESA, licencia para la construcción de viviendas, que por sí mismo no condiciona la decisión cautelar de esta Sala en el presente recurso, sin perjuicio de que, en su caso, de mantenerse la decisión cautelar inicialmente acordada por el Juzgado, implique indirectamente que no se consolide el desarrollo urbanístico singularmente edificatorio, que está en la finalidad el Convenio aquí recurrido, convenio interadministrativo entre el Gobierno Vasco -su Departamento competente en materia de vivienda- y el Ayuntamiento de Zarautz”.

TERCERO.- Contra dichos Autos ha interpuesto la recurrente COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz recurso de casación en el que esgrime cinco motivos de impugnación que articula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones debatidas, considerando, en concreto, infringidos los siguientes preceptos en los sucesivos motivos que se formulan:

1º. En el primer motivo se proclama la infracción del artículo 130 LRJCA , por cuanto, según se expresa, la construcción derivada de la ejecución de los autos impugnados hará perder su finalidad legítima al recurso.

En desarrollo del motivo se apela al derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito cautelar y a la concurrencia de daños y perjuicios de reparación imposible o difícil, tal y como se deduce de los Acuerdos municipales recurridos, y que, en síntesis --- tanto el convenio como la cesión gratuita--- tienen por objeto la construcción de 150 viviendas de protección oficial en el Área 12- 3-O.D. Kortazar, tal y como se deduce del propio texto del Convenio. Igualmente se cita en el motivo la concurrencia del *periculum in mora*, la nulidad del nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz (aprobado el 25 de marzo de 2008) que vino a sustituir a las Normas Subsidiarias de Zarautz (aprobadas en fecha de 28 de febrero de 1994), en lo referente al Área expresada de Kortazar, y la necesidad de protección de los espacios públicos.

2º. En el segundo motivo se considera infringido el mismo artículo 130.1 por existencia de *periculum in mora*.

Concreta tal peligro como derivado de la construcción de las mencionadas 150 viviendas en el Área de referencia de Kortazar, ya que si se construye el único espacio libre ---cedido por los propietarios recurrentes para equipamientos comunitarios y espacios de uso general y público--- la finalidad del recurso se perdería obstaculizándose, por la construcción, la ejecución de la previsible sentencia. Igualmente, en el desarrollo del motivo se apela a la existencia de perjuicios de reparación imposible o difícil, ya que la citada construcción reportaría un grave perjuicio a los intereses generales; y, por otra parte, se insiste, en la plena posibilidad de la suspensión cautelar de los preceptos impugnados de una disposición general, que, indirectamente se impugna, así como en la nulidad de la citada modificación del planeamiento.

3º. En el tercer motivo la vulneración se proclama del mismo artículo 130 de la LRJCA, si bien, ahora, citando sus dos apartados, como consecuencia, según se expresa, de la incorrecta valoración de los intereses en conflicto.

En concreto, se expone que los intereses a proteger serían los de las Comunidades de propietarios recurrentes, que en su día cedieron los terrenos donde se pretende efectuar la edificación con una finalidad diferente; no obstante ---con idéntica técnica que en los motivos anteriores--- hace referencia a la existencia de *periculum in mora*

derivada de la construcción que el convenio y la cesión permiten, así como, en este caso, al artículo 9.3 de la Constitución Española que prohíbe la arbitrariedad de los Poderes públicos.

4º. En el cuarto motivo, junto con el citado artículo 130 de la LRJCA , se citan como infringidos los artículos 728.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y 118.2 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76), por aplicación del principio de apariencia de buen derecho jurisprudencialmente reconocido.

Partiendo de la nulidad del convenio, se dice, en concreto, que la Sala de instancia no ha citado ningún precepto en los autos impugnados, por lo que se incide en incongruencia omisiva causante de indefensión. Por ello cita las que serían la causas de nulidad a los efectos de su toma en consideración desde la perspectiva del *Fumus boni iuris*: Nulidad de la cesión por insuficiencia de la de la misma (al cederse sólo 4.750 m²); Ilegalidad del Convenio de colaboración; Necesaria adscripción de los bienes al fin de uso y servicio público para el que fueron cedidos; Nulidad de la licencia de obras por infracción de la zonificación de zonas verdes o espacios libres; Nulidad de la Modificación de las Normas Subsidiarias de Zarautz (PGOU), ya que al urbanizarse, reparcelarse y construirse las Áreas 18.9 y 18.10 del Polígono 18 fueron cedidos 4.750 metros cuadrados para equipamiento y servicio público, así como para espacios libres complementarios, en los cuales ---con la Modificación, el convenio y la cesión impugnadas--- pretenden edificarse ahora 150 viviendas. Y se apela, por último, otra vez, a la posibilidad de la suspensión cautelar de los preceptos de una disposición general, indirectamente impugnados.

5º. Por último, en el quinto motivo se vuelve a insistir en la vulneración del artículo 130 de la LRJCA , por concurrencia de arbitrariedad, prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución Española.

CUARTO.- En realidad la Comunidad recurrente, de forma que pudiéramos denominar transversal analiza ---y reitera--- en los cinco motivos que formula, las mismas cuestiones, desde los conocidos puntos de vista del (1) *periculum in mora*, de la (2) contraposición de intereses en conflicto y del (3) examen ---desde la perspectiva del *fumus boni iuris*--- de la legalidad de los Acuerdos impugnados, directa e indirectamente.

Vistos, pues, los anteriores precedentes, y con la finalidad de responder, de forma conjunta, a los motivos de casación planteados, debe señalarse ---una vez mas--- que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso Contencioso- Administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (Capítulo II del Título VI) se integra, como se ha expresado, por un sistema general (artículos 129 a 134) y dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), caracterizándose el sistema general por las siguientes notas:

1ª. Constituye un sistema de amplio ámbito, por cuanto resulta de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 LRJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes); y las medidas pueden adoptarse tanto respecto de actos administrativos como de disposiciones generales, si bien respecto de estas sólo es posible la clásica medida de suspensión y cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 LRJCA).

2ª. Se fundamenta en un presupuesto claro y evidente: la existencia del *periculum in mora* . En el artículo 130.1 , inciso segundo, se señala que "*la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*" .

3ª. Como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obstante la concurrencia del *periculum in mora*, "*la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero*" .

4ª. Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (*periculum in mora* y ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y por que, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

5ª. Como segunda aportación jurisprudencial ---y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia--- sigue contando con singular relevancia la doctrina de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar.

6ª. Desde una perspectiva procedimental la LRJCA apuesta decididamente por la motivación de la medida cautelar, consecuencia de la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1º exige para su adopción la "*previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto*"; expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine* , al exigir también una ponderación "*en forma circunstanciada*" de los citados intereses generales o de tercero.

7ª. Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de "*númerus apertus*" , de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a "*cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia*" .

8ª. Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: La solicitud podrá llevarse a cabo "*en cualquier estado del proceso*" (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales), extendiéndose, en cuanto a su duración, "*hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que este finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley*" (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

9ª. Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse "*las medidas que sean adecuadas*" para evitar o paliar "*los perjuicios de cualquier naturaleza*" que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma "*podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho*" (133.3).

SEXTO.-Desde dicha perspectiva, *los motivos deben de prosperar por cuanto la aplicación, por la Sala de instancia, de los anteriores mandatos legales y criterios jurisprudenciales, no se nos presenta como correcta, y ello, porque la fundamentación de la Sala de instancia ---que ha primado exclusivamente la existencia de un interés general representado por el desarrollo urbanístico que conllevan el instrumento indirectamente impugnado en el presente recurso, dado su carácter de disposición de carácter general---, no encuentra un adecuado encaje en el sistema legal expuesto desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial.*

Esto es, *desde diversos puntos de vista, o, si se quiere, utilizando varios argumentos, se lleva a cabo por la Sala de instancia una valoración, provisional y limitada, de los fundamentos de la pretensión articulada por la recurrente y, partiendo de ellos, la Sala ha considerado que debía prevalecer el desarrollo urbanístico implícito en los Acuerdos impugnados, y concretados ---por vía de recurso indirecto--- en la Modificación de las Normas Subsidiarias de Zarautz (aprobada el 25 de marzo de 2008), y ---por vía de recurso directo--- en el Acuerdo*

municipal (de 30 de julio de 2008) que viabilizaron el Convenio interadministrativo suscrito entre el Ayuntamiento de Zarautz y el Gobierno Vasco, así como la cesión gratuita de terrenos, sin tomar, pues, en consideración las alegaciones de la Comunidad recurrente que, en síntesis, exponía la legalidad de la inicial clasificación y calificación de los terrenos cedidos para equipamiento y servicio público, así como para espacios libres complementarios; esto es, la recurrente parte ---por vía indirecta--- de la nulidad de la reclasificación de los terrenos llevada a cabo por la Modificación de las Normas Subsidiarias y, a continuación, proyecta la misma sobre el Convenio de referencia y la cesión gratuita de los terrenos al Gobierno Vasco.

Los motivos, pues, han de prosperar, y la medida cautelar suspensiva ha de ser acordada, debiendo, para ello, efectuar una doble afirmación:

a) *Que la pretensión suspensiva se contrae exclusivamente al Acuerdo municipal directamente impugnado, que se concreta en la aprobación del Convenio urbanístico y en la cesión de los terrenos al Gobierno Vasco; obviamente, a tal pretensión ha de limitarse nuestra respuesta estimatoria.*

b) *En consecuencia, ningún pronunciamiento hemos de realizar, en este ámbito cautelar en el que nos encontramos, en relación con la Modificación Puntual del planeamiento que, solo, por la vía del recurso indirecto, es impugnado, sin perjuicio, como veremos, de que tal circunstancia sea tomada en consideración para argumentar y resolver sobre la anterior pretensión cautelar.*

Pues bien, partiendo de lo anterior, hemos de señalar que:

A) *Desde la perspectiva del periculum in mora es evidente que el análisis de la medida cautelar cuestionada no podría verse impedida por la circunstancia ---que se menciona en el primero de los autos impugnados--- de que la cesión de los terrenos al Gobierno Vasco "ya está materializada";* obvio es que la eficacia de la medida cautelar, en relación con la cesión de los terrenos expresada, impide la continuidad de la promoción urbanística pretendida cualquiera que fuera la situación evolutiva en que la misma se encontrara, y ello, con independencia de que la misma se adoptara en relación con el anterior convenio, del que la cesión deriva, lo cual, como ya hemos anunciado, no acontece en el supuesto de autos por cuanto la medida cautelar de suspensión solicitada abarca tanto al convenio como a la cesión.

Pues bien, como decíamos, desde la perspectiva del periculum in mora *podemos percibir datos que nos acercan a la adopción de la medida cautelar denegada; con los actos cuya suspensión pretende se pone en marcha una promoción urbanística pública que se materializaría en la construcción de 150 viviendas de protección oficial a gestionar, con posterioridad, en régimen de alquiler. Obvio es que de estimarse el recurso ---y de haberse producido la construcción--- resultaría posible la demolición de lo construido, y, posiblemente, desde una perspectiva material, la restauración de la realidad fáctica actual quizá pudiera conseguirse, mas las dificultades que tal horizonte dibuja, tratándose de una promoción pública ---en la que se implicaría a futuras familias "beneficiarias"--- hace aconsejable (teniendo en cuenta los demás argumentos que veremos a continuación) paralizar el proceso urbanístico hasta tanto se clarifique que el suelo en el que se lleva a cabo resulta urbanísticamente viable al efecto.*

B) *Por lo que se refiere a la prevalencia de los intereses generales (que implican el mantenimiento de la legalidad urbanística y el desarrollo del planeamiento aprobado) debemos señalar que resulta difícil la operación comparativa que le serviría de apoyo. Desde una perspectiva tendríamos los intereses ---públicos y particulares--- de la Comunidad de Propietarios recurrente que, junto con otras de índole similar, en su día procedió a la cesión de los terrenos en los que ahora pretende efectuarse la nueva promoción; cesión de terrenos que, en el planeamiento urbanístico entonces en vigor (antes de la Modificación Puntual que se impugna indirectamente) contaba con un*

específico destino, cual era el de zonas verdes, espacios libres y servicios públicos. Frente a ello tendríamos otros intereses igualmente públicos, cual sería la construcción de viviendas de protección oficial, que posibilitaría la nueva calificación urbanística de aquellos terrenos cedidos ---con la finalidad expresada--- que con la Modificación Puntual de referencia han pasado a ser residenciales; se trata, pues, sólo, de unos intereses públicos pues los intereses de los futuros inquilinos de las viviendas se nos presentan como lejanos y desdibujados en tiempo y concreción.

Esto es, que *los intereses de los comuneros recurrentes se nos presentan mas cercanos, presentes y concretos que los que están implicados en la promoción pública de viviendas ---interés obviamente protegible, pero en el marco de la seguridad jurídica---, sobre todo cuando el fundamento o apoyo de aquellos parte del previo cumplimiento de un deber urbanístico, cual fue la cesión de los terrenos a los que, ahora, se modifica su destino.*

C) Por último, *desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial del fumus boni iuris* debe simplemente destacarse que una valoración, provisional y limitada, de los fundamentos de la pretensión articulada por los recurrentes, puede contar con un evidente respaldo jurisdiccional. Esto es, la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto de autos, permite a la Sala, sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la *solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión de la Comunidad recurrente.*

*Ante tal situación ---fruto de la valoración conjunta que realizamos--- por la Sala de instancia debió procederse al otorgamiento de la medida cautelar solicitada, bien contemplemos la situación desde la perspectiva del *periculum in mora del recurso*, bien desde la doctrina del *fumus boni iuri*, bien desde la confrontación de los intereses en conflicto, de la que resulta la *evidente afectación del interés general que hemos señalado con la posible derivación a otros intereses de los propios recurrentes.**

En consecuencia, hemos de señalar que el Tribunal *a quo* ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional al denegar la medida cautelar de él interesada, lo que implica la estimación de los motivos de casación invocados con la consiguiente anulación de los autos recurridos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , y nuestro consiguiente deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

SEPTIMO.-Por todo ello, procede la estimación del recurso de casación y la adopción de la medida cautelar de la suspensión solicitada, sin que, a tal fin, sea preciso que se preste caución alguna para paliar o evitar los posibles perjuicios que pudieran derivarse con el retraso de la ejecución del planeamiento urbanístico, conforme a lo establecido por el artículo 133 de la propia Ley Jurisdiccional .

OCTAVO.-La estimación del motivo de casación comporta la declaración de haber lugar al recurso, por lo que no se deben imponer las costas causadas en el mismo, según establece del artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, sin que existan razones para condenar al pago de las causadas en la instancia a cualquiera de las partes, al no apreciarse en ellas temeridad o mala fe, como dispone el apartado primero de dicho precepto.

Vistos los preceptos citados y los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción.

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

FALLAMOS

1º.- Que, con estimación de los motivos de casación alegados, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DIRECCION000 DEL EDIFICIO NÚMERO NUM000 DIRECCION001 KALEA de Zarautz, contra los Autos dictados,

con fecha de 23 de septiembre y 22 de noviembre de 2009, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la Pieza de medidas cautelares dimanante del recurso contencioso-administrativo número 531 de 2009, los que, por consiguiente, anulamos.

2º.- Que acordamos, como medida cautelar, la suspensión del Acuerdo de Pleno del AYUNTAMIENTO DE ZARAUTZ, adoptado en su sesión de 30 de julio de 2008, por el que,

a) Fue aprobado el Convenio de colaboración a suscribir entre el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Zarautz para promover vivienda protegida y alojamientos dotacionales en el Área Urbanística 12-3 OD Kortazar; Y,

b) Fue aprobada definitivamente la cesión gratuita a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del Gobierno Vasco de las fincas registrales del Área de Kortazar (inmuebles 346-10002 y 346-10003 del Inventario Municipal de Bienes) para la construcción de viviendas sociales en régimen de arrendamiento.

3º. Que no hacemos expresa condena respecto de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

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

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.