

4. La doctrina sentada por el Consejo Consultivo de La Rioja sobre modificaciones de planeamiento que afecten a zonas verdes o espacios libres de uso público.-

La doctrina sentada desde 1996 por el Consejo Consultivo de La Rioja en esta materia, formulada principalmente en los Dictámenes núms. 1 y 4/1996, 10, 16, 24 y 27/1997, y 6 y 8/98, podemos resumirla de la siguiente manera:

A) Sentido garantista de la intervención consultiva.

Ante la necesidad de extremar las garantías, ha sido tradicional en nuestro Derecho urbanístico -concretamente desde la promulgación de la preconstitucional Ley 158/1963, de 2 de diciembre, antes citada- exigir en los procedimientos de alteración de las zonas verdes o espacios libres la intervención de los más altos estamentos tanto de la Administración activa como consultiva, exigencia que se mantuvo con carácter general en los arts 50 y 129 de las Leyes del Suelo de 1976 y 1992.

Los espacios libres y zonas verdes, aunque son conceptos distintos, tienen una característica material común que es la inedificabilidad (Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987), y constituyen, dentro de la ordenación del territorio efectuada por los distintos instrumentos de planeamiento, enclaves de especial importancia en cuanto contribuyen a conseguir el uso racional del suelo, impidiendo la masificación, al mismo tiempo que favorecen un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, facilitando el contacto con la naturaleza y ofreciendo la posibilidad de contar con áreas de esparcimiento, amén de producir un efecto corrector sobre la contaminación que invade las ciudades (Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1988). Adquieren así la condición de elementos de especial relevancia en orden a conseguir una mayor protección y mejora de la calidad de vida a que se refiere el artículo 45.2 de la Constitución, sin olvidar que dicho precepto se encuentra íntimamente ligado al principio rector de nuestra misma Constitución que establece la vinculación de la utilización del suelo con el interés general, proscribiendo la especulación (art. 47).

B) Exigencia de rigor en esta materia.-

La peculiaridad del procedimiento, dirigida a obtener una mayor tutela de la legalidad y de los intereses generales afectados por la modificación, conlleva, ante todo, la necesidad de extremar el rigor en la tramitación de los expedientes, con exquisita observancia de cada uno de los pasos que los componen, pero también, y sobremanera, la exigencia de una especial pulcritud en cuanto a la justificación de la modificación pretendida, de forma que queden suficientemente demostradas y concretadas las razones de interés general que la motivan que deben lucir debidamente reflejadas en el expediente (Dictámenes 773/1993 y 1328/1993, del Consejo de Estado) .

Desde esta perspectiva, el Consejo Consultivo impuso un criterio de examen especialmente riguroso, puesto que su intervención se encamina hacia la tutela del bien jurídico protegido, constituido por las zonas verdes y los espacios libres, así como los intereses de la comunidad a que aquéllos se conectan, atendiendo a una mayor garantía de los mismos, en garantía del derecho constitucional de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y en supervisión del deber también constitucio-

nal de conservarlo (artículo 45.1 de la Constitución), enderezando, en suma, el ejercicio de las potestades administrativas de variación de la planificación urbanística hacia el interés general (artículo 47 de la Constitución).

C) Criterio de interpretación restrictiva.-

El Consejo ha sentado, así, en línea con la más acreditada tradición jurisprudencial, un criterio de interpretación restrictiva en materia de alteración de zonas verdes y espacios libres (Dictamen 91/1994, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña), de suerte que ha impedido afirmar que baste para su modificación con tramitar el procedimiento cualificado que establecía al efecto el artículo 129 de la Ley del Suelo, sino que, por el contrario, ha exigido, además de la observancia formal del procedimiento rigurosamente garantizador que establecía el meritado precepto, una cumplida justificación en el expediente de las razones de interés general y, específicamente, de interés público urbanístico, que explicasen la racionalidad y razonabilidad de la alteración pretendida (Dictámenes 773/1993, 88/1985 y 1328/19903, entre otros, del Consejo de Estado).

D) Interdicción de la arbitrariedad.-

Por supuesto, el Consejo Consultivo siempre ha sostenido en esta materia que sus dictámenes no debían ni podían inmiscuirse en las valoraciones efectuadas por la Administración Pública planificadora que sean legítimas expresiones de opciones o decisiones de política urbanística, pero ello no ha impedido una reconducción de la necesaria discrecionalidad administrativa y técnica en esta materia a datos objetivos que hagan constatable la congruencia y corrección de la medida propuesta en conexión con los fines que se pretenden, los cuales, en todo caso, deben perseguir la satisfacción del interés general (Dictámenes 11/1992 y 53/1993, del Consejo Consultivo de Canarias) que, en suma, significa la prevalencia del *derecho de los ciudadanos a la ciudad* sobre el interés particular meramente especulativo y la garantía de la preservación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución), puesto que el ejercicio del *ius variandi* del planificador, sin perjuicio de sus notas discrecionales, ha de ser objeto de una actuación racional que excluya toda arbitrariedad (Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1987 y 30 de abril de 1990).

E) Principios de intangibilidad e inedificabilidad de las zonas verdes y espacios libres.-

Para dilucidar estas cuestiones, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina legal del Consejo de Estado, seguida en este punto también por los Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas que los han creado, ha sentado una serie de criterios que, en su conjunto, definen lo que doctrinalmente se ha calificado como el *principio urbanístico de intangibilidad de las zonas verdes o espacios libres establecidos en el planeamiento* y que es el que ha inspirado también al Consejo Consultivo de La Rioja..

El postulado básico de esta doctrina estriba en la afirmación de que, en principio, las zonas verdes y espacios libres calificados como tales en un instrumento de planeamiento urbanístico no sólo resultan inedificables, mientras mantengan dicha calificación urbanística, sino que, además, son resistentes a las modificaciones ordinarias de aquéllos instrumentos, en el sentido de que no es posible su descalificación *ad nutum* (D.4/96) puesto que

su alteración cuantitativa (es decir, en cuanto a la superficie) o cualitativa (esto es, en cuanto a su calificación urbanística, situación, estructura o cambio de uso) sólo puede efectuarse por el planificador sujetándose a las rigurosas exigencias de procedimiento y de fondo establecidas por la legislación urbanística para las modificaciones calificadas o por la vía general de una revisión global del planeamiento.

El Consejo, siguiendo una acreditada jurisprudencia del TS y del Consejo de Estado, ha insistido así en la imposibilidad de viabilizar alteraciones que conduzcan a una disminución de las zonas verdes o espacios libres (Dictamen 1335/1993, del Consejo de Estado, entre otros muchos), ha declarado que las vías de comunicación no pueden computarse como zonas verdes (Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1973 y de 23 de febrero de 1979). y se ha opuesto claramente admitir razones económicas para justificar modificaciones de zonas verdes pues admitirlas sería permitir la derogación del criterio general de intangibilidad de zonas verdes cuando fuera económicamente conveniente (D. 24/97).

F) Limitada admisión del “ius variandi”: Doctrina del Consejo Consultivo sobre el concepto formal y material de zona verdes y sobre exigencia de compensación caso de modificaciones aceptables.

La intangibilidad no significa, sin embargo, que las zonas verdes y espacios libres no puedan ser objeto del *ius variandi* por parte del planificador urbanístico competente, sino que el ejercicio de tal potestad modificadora ha de someterse a rigurosos límites y controles, establecidos, precisamente, para preservar y garantizar la indemnidad de unas zonas y espacios que, sin ellos, serían fácil pasto de la especulación y que, como hemos señalado anteriormente, representan la plasmación física en el medio urbano de importantes valores y derechos constitucionales que el Consejo Consultivo se ha entendido llamado, por la normativa aplicable, a garantizar.

El Consejo ha admitido, así, que cabe, aceptar alteraciones de zonas verdes y espacios libres que vengan exigidas por razones debidamente justificadas en el expediente de forma que se asegure su racionalidad y que resulten expresivas de un *interés público o general prevalente* (D. 4/96) por el que se requieran unos usos incompatibles con el destino natural de las zonas verdes, siempre que se respeten las limitaciones, tanto procedimentales como de fondo, exigidas por la legislación urbanística (Dictámenes 773 y 1328/1993 y 88/1985, del Consejo de Estado).

La doctrina del Consejo Consultivo se ha situado así en línea con la mantenida por el Consejo de Estado que, teniendo en cuenta que el de zona verde o espacio libre es más un concepto cualitativo que cuantitativo (Dictamen 42/1991, del Consejo de Estado), ha admitido, siempre moderadamente, las modificaciones urbanísticas en sus límites, estructura o incluso situación, cuando las mismas resulten completamente justificadas en obsequio a un interés general superior (Dictamen 82/1988, del Consejo de Estado).

En los mismos términos, cabe aceptar cambios de uso que *no resulten incompatibles* con los que son propios de estas zonas o espacios (Dictamen 134/1979, del Consejo de Estado). En esta misma dirección, ha declarado también admisibles las alteraciones a consecuencia de las cuales resulte un *incremento* de la superficie destinada a zonas verdes o espacios libres (D. 4/96), incluso aquéllas que no producen tal aumento, sino un *man-*

tenimiento de dicha superficie (Dictamen 180/1989, del Consejo de Estado), aunque supongan una variación en su estructura o, moderadamente, en su ubicación, siempre que todo ello se encuentre cumplidamente justificado en el expediente (Dictamen 82/1988, del Consejo de Estado).

El Consejo Consultivo ha aceptado, así, la modificación de zonas verdes por razones de *vialidad*, aunque matizando que las mismas sólo justifican un sacrificio de las zonas verdes limitado a la superficie de las mismas que vaya a ocupar el nuevo vial y siempre que concurren razones urbanísticas y ambientales que hagan que de la nueva vialidad resulte una más adecuada ordenación urbanística (D 24/97).

En aplicación de la doctrina de omisión de pronunciamientos "*de minimis*", se han admitido igualmente alternaciones de mínima trascendencia o de las que resulte una ordenación urbanística más racional (Dictamen 651/1992, del Consejo de Estado), así como aquellas de las que resulten cambios de uso no incompatibles con los propios de las zonas verdes o espacios libres.

El Consejo Consultivo también ha admitido las modificaciones de zonas verdes que tengan lugar en el seno de una *revisión* global del planeamiento (D. 4/96) puesto que la jurisprudencia, no obstante algunos precedentes en contra (Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1978 y de 24 de diciembre de 1980) considera que, en el supuesto de revisiones generales del planeamiento, no es preciso sujetarse a los estrictos límites de las modificaciones cualificadas, ya que la revisión supone un reconsideración global del modelo urbano de la ciudad, incluidas sus zonas libres y espacios verdes en cuanto que conlleva un ejercicio pleno de la potestad administrativa de planificación urbanística, tal y como se configuraba en el artículo 154 del Reglamento de Planeamiento (Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Tribunal Supremo de 31 de enero de 1983, 22 de octubre y 25 de enero de 1985, 24 de enero de 1987, 29 de marzo de 1988, 31 de enero de 1989, 13 de febrero, 30 de abril y 10 de mayo de 1990, 22, 23 y 30 de enero de 1991 y 8 de febrero de 1993).

Por otro lado, el Consejo Consultivo ha declarado que, si bien su intervención resultaba preceptiva en en los proyectos de modificación de zonas verdes, no lo era en los meros "*proyectos de obras*" (D 16/97) y tampoco si la modificación afecta a suelo calificado como "*no urbanizable*" ya que la competencia del Consejo Consultivo sólo se prevé para los supuestos de modificación de zonas verdes y espacios libres así calificados en el planeamiento urbano (D 10/97).

La principal flexibilización aportada por el Consejo Consultivo de La Rioja al panorama consultivo nacional en materia de zonas verdes ha sido, sin duda, la construcción de la *doctrina del "concepto formal y material de zona verde"* a partir del D.4/96. En efecto, en sentido formal, zonas verdes son los terrenos considerados como tales en el planeamiento, pero, en sentido material, zona verde no es cualquier espacio que un plan urbanístico haya calificado así, sino aquél que efectivamente lo sea. Por ello, el Consejo ha declarado que la de zona verde no es una mera declaración formal sino una verdadera realidad social, pues de nada sirve a la ciudadanía contar con zonas verdes reconocidas teóricamente si no dispone física y realmente de terrenos habilitados al efecto pues constituyen espacios de dominio y servicio público destinados a usos urbanísticos, no sólo diferentes de la edificación, sino vocados al esparcimiento libre de la ciudadanía, como exigencia de los arts. 45 y 47 de la Constitución (DD 10, 16 y 24/97).

Sin embargo, la distinción de los conceptos formal y material de zona verde no pueden conducir a una desnaturalización del sentido garantista de la intervención del Consejo Consultivo en esta materia, según apuntó el voto particular mantenido por dos Consejeros Consultivos al Dictamen 24/97 donde sus firmantes postulaban distinguir aquéllos casos en que la propia conformación de la zona verde impide los usos propios de las zonas verdes, en los cuales no hay duda de la aplicabilidad de la doctrina sobre «*zonas verdes materiales*», de aquellos otros supuestos en que la zona verde, por su extensión y características, con independencia de la situación física en que, en un momento dado, se encuentre, tenga aptitud abstracta para su utilización cívica en el sentido indicado. En estos últimos supuestos, sostenían los firmantes del voto particular, la aplicabilidad de nuestro concepto de «*zona verde material*» depende de las circunstancias concurrentes en cada caso, pues sólo estas permiten determinar -siempre *ad casum*- la irracionalidad del mantenimiento del concepto meramente formal de zona verde que posibilita el recurso al concepto material de zona verde. Ese es el carácter corrector con el que éste último concepto nació en nuestro Dictamen 4/96 y que el Consejo, a juicio de los que sustentaban este voto particular, debe seguir manteniendo.

Por otra parte, la flexibilización introducida por el Consejo Consultivo en materia de modificaciones que afecten a zonas verdes y espacios libres se equilibra merced a la *exigencia o necesidad de el espacio verde sacrificado en estos limitados casos sea objeto de una congrua compensación o sustitución por otro equivalente* y, a tal efecto, el Consejo ha sentado una precisa doctrina recordando que, en el seno de un expediente de modificación urbanística, no pueden tenerse en cuenta realidades de otras unidades distintas de aquella de cuya ejecución se trata (DD. 4/96, 10 y 16/97).

De ahí que el Consejo haya exigido que módulo legal de zona verde por habitante debe cumplirse específicamente en la correspondiente unidad de ejecución *o ámbito concreto de actuación*, de suerte que habrá que desechar la modificación pretendida si, en dicho ámbito concreto no se justifica la alteración pretendida.

Por ello, el Consejo ha negado virtualidad compensatoria a las zonas verdes de *sistemas locales ya ejecutados* y al cómputo de las las computadas en la totalidad de los *sistemas generales* del municipio (D.4/96, FF.JJ., 4, 5-A) y 6). En estos dictámenes se afirma que el cumplimiento de los módulos urbanísticos de superficie de zona verde por habitante calculada sobre la totalidad del municipio sólo es ponderable en revisiones completas de los instrumentos de planeamiento, no cuando se trata de modificaciones parciales que afectan a una o varias zonas concretas, pues, en tales casos, no pueden tenerse en cuenta otras realidades distintas a las mismas zonas afectadas.

El mismo criterio se ha aplicado por el Consejo Consultivo para rechazar la virtualidad compensatoria de las zonas verdes *previstas en Planes Parciales* aun no ejecutados, pues la indefinición propia de los Planes Generales sobre los sistemas interiores de los Parciales provoca que se desconozca la localización precisa que en el futuro tendrán las zonas verdes (D. 4/96) .

G) Criterios de neutralidad, casuismo y mantenimiento de la disciplina urbanística.-

En todo caso, el empleo del Consejo Consultivo no ha sido otro que la tutela objetiva de esos bienes, por lo que su dictamen se ha circunscrito al examen de la cuestión fundamental en razón a la cual era llamado por la legislación del suelo para que intervenga, lo que le releva de entrar en cualquier otro orden de consideraciones y, entre ellas, el conflic-