



Roj: **STSJ PV 1737/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:1737**

Id Cendoj: **48020330022016100172**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **22/06/2016**

Nº de Recurso: **338/2015**

Nº de Resolución: **302/2016**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **ANGEL RUIZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN Nº 338/2015

SENTENCIA NÚMERO 302/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En la Villa de Bilbao, a veintidós de junio de dos mil dieciséis.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso de apelación, contra la sentencia nº 28/2015, de 12 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, que desestimó el recurso 84/2012, seguido por los trámites del procedimiento ordinario contra resolución de 10 de febrero de 2012, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Bilbao, que desestimo recurso de reposición interpuesto contra resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo Vivienda y Medio Ambiente de 28 de octubre de 2011, que fijó las obligaciones previas a la obtención de licencia para la construcción de 18 viviendas y locales comerciales en el número NUM000 de la CALLE000 .

Son parte:

- **Apelante** : Foment Inmobiliari Assequible, S.A.U., representada por el Procurador D. Javier Ortega Azpitarte y dirigida por el Letrado D. Juan Manuel De Sosa Munguía.

- **Apelado** : Ayuntamiento de Bilbao, representado y dirigido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. ÁNGEL RUIZ RUIZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por Foment Inmobiliari Assequible S.A.U. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia por la que, revocando la sentencia apelada en todos sus pronunciamientos, estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte apelante en los términos que se deducen del suplico de la demanda.



SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.

Por el Ayuntamiento de Bilbao en fecha 21 de abril de 2015 se presentó escrito de oposición al recurso de apelación, suplicando se dictase sentencia por la que se desestime el recurso de apelación y se confirme la sentencia apelada, con imposición de costas.

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 14/06/2016, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.

Foment Inmobiliari Assequible S.A.U recurre en apelación la sentencia nº 28/2015, de 12 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, que desestimó el recurso 84/2012, seguido por los trámites del procedimiento ordinario contra resolución de 10 de febrero de 2012, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Bilbao, que desestimó recurso de reposición interpuesto contra resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo Vivienda y Medio Ambiente de 28 de octubre de 2011, que fijó las obligaciones previas a la obtención de licencia para la construcción de 18 viviendas y locales comerciales en el número NUM000 de la CALLE000.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

Tras referir la resolución recurrida en su FJ 1º, en el FJ 2º, a la vista de las pretensiones ejercitadas por la demandante, traslada en qué se fundamentó la parte actora, así:

< < Fundamenta su pretensión, alegando la improcedencia de la consideración de la actuación que la demandante ha promovido como una actuación de dotación creada al margen del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao para obligar a la actora cumplir los deberes y obligaciones que la Ley 2/2006 exige para este tipo de actuaciones. Y en el supuesto de que esto se rechace, justifica la demandante que el cumplimiento de los deberes urbanísticos previos que le exigen a la recurrente debe necesariamente tener en cuenta el aprovechamiento materializado, es decir el correspondiente a las edificaciones que existían sobre el solar y que fueron objeto de derribo y el contemplado en el nuevo proyecto. Alega errores para calcular el conjunto de deberes urbanísticos exigidos a la recurrente.

En cuanto a la calificación de la actuación como dotación resulta contraria a derecho y ajena a las determinaciones que el PGOU establece para el solar que nos ocupa. De acuerdo con la ficha urbanística aplicable al solar, nos encontramos ante una actuación asistemática, ante un planeamiento general que entró en vigor antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2006 de 30 de junio de Suelo y Urbanismo del País Vasco, y que está redactado conforme a la legislación anterior RDLeg 1/1992 de 26 de junio por el que se aprueba el TR sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y dicho Texto Refundido no regula las actuaciones de dotación, las cuales se crean en la Ley 2/2006 por lo que considerar la actuación de dotación es ilegal puesto que contraviene el régimen transitorio que la Ley 2/2006, establece para la aplicación de sus determinaciones. Conforme a la D.T. Segunda los Planes Generales aprobados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2006 mantienen su vigencia. Nos encontramos con un Plan General aprobado con anterioridad a la Ley 2/2006, y que no ha sido objeto de ningún expediente de adaptación a la Ley 2/2006, como resulta de la propia ficha del Área de Reparto 832 de la que forma parte el solar. No han transcurrido el plazo máximo de 8 años que la Disposición Transitoria concede para la adaptación de los Planes. Las determinaciones urbanísticas que resultan de aplicación al solar son las contempladas en el PGOU de 1995 la calificación de la actuación que nos ocupa como actuación de dotación resulta contraria a derecho e igualmente ilegal exigir el cumplimiento de los deberes urbanísticos previos que se contemplan en la resolución impugnada.

Alega el cumplimiento de los deberes urbanísticos en las actuaciones de dotación constituye una obligación de planeamiento que no puede ser creada mediante acto de aplicación del mismo: licencia de obras. Señala que es en el planeamiento donde deben fijarse los deberes urbanísticos u no pueden generarse al margen del planeamiento en un acto de aplicación del mismo como es la licencia de obras, se cita el art 25 de la Ley 2/2006 79.1 de dicha Ley, y el art 17 y art. 3 del Decreto 105/2008, como establece este Decreto es la ordenación pormenorizada la que debe prever el cumplimiento del estándar en suelos urbanos no consolidados



y la ordenación pormenorizada se fija por el planeamiento no por las licencias. El Ayuntamiento al exigir en la licencia el levantamiento de una carga dotacional está exigiendo precisamente el cumplimiento de una dotación que la ordenación pormenorizada no prevé.

Alega, para el caso de que se desestimen los argumentos anteriores, Indebida falta de consideración del aprovechamiento materializado a la hora de calcular los deberes urbanísticos , excluye indebidamente el cómputo de los deberes urbanísticos previos el aprovechamiento materializado por las edificaciones construidas en el solar que fueron objeto de derribo para culminar la operación de sustitución amparada por el Plan General y el propio aprovechamiento que este planeamiento contempla para el solar.

Establece el mismo valor para la participación de la comunidad en las plusvalías y para el exceso de aprovechamiento a pesar de que la primera no participa en el abono de las cargas de urbanización y el segundo si. Valora el levantamiento de la carga dotacional libre de cargas de urbanización a pesar de que la normativa urbanística de aplicación no contempla dicha posibilidad.

Por lo que deberá corregirse el cálculo de los deberes urbanísticos previos exigidos a la demandante, debiendo reintegrar a esta el exceso de lo abonado, junto a los correspondientes intereses legales hasta la fecha de su efectivo abono > > .

Tras ello recoge la posición del Ayuntamiento de Bilbao, interesando sentencia desestimatoria del recurso, Ayuntamiento que trasladó, como recoge la sentencia apelada, lo que sigue:

<< Fundamenta su pretensión alegando por un lado, que la cuestión que se debate en el presente recurso ya ha sido fallado por este Juzgado Contencioso administrativo nº 3 en sentencia de fecha 23 de abril de 2012 , por la que se desestima el recurso. Se remite por otro lado al informe emitido por la Sección Jurídico Administrativa de Gestión Urbanística del Ayuntamiento demandado, que señala respecto a los efectos que en el momento actual deben producir las actuaciones recogidas en los expedientes tramitados a instancia de RESIDENCIAL PINONDO ZORROZA S.L. , según criterio de la recurrente la circunstancia de que el solar tuviese ajustados los aprovechamientos en función para el cual se le concedió licencia con fecha 20.4.2007) declarada caducada el 19.7.2009) de acuerdo con el contexto normativo anterior a la entrada en vigor de la Ley 2/2006 impediría que, ante la presentación a tramite a efectos de concesión de licencia de un proyecto con otras características en diciembre de 2010 pudiese exigirse la adquisición de aprovechamiento adicional , así como lo que resulta de la regulación de suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad contenida en esa norma legal. Alega el Ayuntamiento que no es exacta en primer término la suposición de la que parte la recurrente, puesto que incluso tomando en consideración el proyecto al que se refiere la licencia de 20 de abril de 2007, quedaba pendiente la adquisición del aprovechamiento adicional por parte de RESIDENCIA PINONDO. S.L. en las hipótesis que se plantea en el recurso son improcedentes las consecuencias que se deducen a partir de ella. Señala que es cierto que en el art 19 de la Ley 2/2006 y en art19 del TR e la Ley del Suelo aprobado por RD Lg 2/2008 establece que la enajenación del suelo y las construcciones , edificaciones e instalaciones no modifica la situación de su titular definida por la ordenación urbanística y los actos dictados o producidos en ejecución o aplicación de la misma, quedando el adquirente subrogado en el lugar y puesto del transmitente , incluso en lo que respecta a los compromisos asumidos para la urbanización y edificación , sin perjuicio del ejercicio contra el transmitente de las acciones que procedan y en consecuencia el aprovechamiento transferido a la parcela, pero cuestión diferente es que la recurrente pretenda ahora en base a los antecedentes señalados que la nueva actuación edificatoria a la que se refiere el expediente de la actora no pudo tener asociados en ningún caso ajustes de aprovechamiento, e igualmente que le corresponda una especie de exención con respecto a lo dispuesto en la Ley 2/2006 en cuanto a la participación de las plusvalías e indemnización por levantamiento de carga dotacional en el suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad. Indica el Ayuntamiento que las conclusiones de la recurrente no tienen respaldo legal alguno, ya que, hay que tener en cuenta cuando la ley de 2/2006 determina que respecto a los instrumentos del planeamiento general que utilizan la técnica del área de reparto y del aprovechamiento tipo, permanece en vigor la normativa urbanística que la regula. Disposición adicional sexta , no introduce matización o salvedad alguna sobre su aplicabilidad del conjunto del articulado, en estos supuestos está previendo la aplicación en tanto subsista tal planeamiento no adaptado a la Ley, tanto de los ajustes de aprovechamiento como de las citadas determinaciones propias del régimen del suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad.

Alega que la normativa reglamentaria que desarrolla lo previsto en el art 25.2 de la Ley 2/2006 sobre la posible indemnización sustitutoria en caso de que el levantamiento de la carga dotacional no pueda efectuarse está vigente desde el 25-5-2008 y sin que se establezca a tenor del art 3 del Decreto 105/2008 , distinción alguna entre los municipios que disponen de planeamiento adaptado a dicha Ley o aquellos otros como Bilbao que aún no se encuentran en tal situación. Y en los cuales no va recogida de manera expresa la categoría de suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad. En el momento actual de igual manera, señala el informe del Ayuntamiento, que es de aplicación lo dispuesto en la Ley II/2008 por la que se modifica la



participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística. Que en referencia al suelo urbano no consolidado por incremento de la edificación ponderada establece que los propietarios tienen la obligación de ceder gratuitamente al Ayuntamiento libre de cargas de urbanización el suelo correspondiente al 15% de dicho incremento sobre la edificabilidad urbanística ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior.

Respecto a si debería tomarse en consideración la edificabilidad previamente materializada a la hora de concretar el contenido de los deberes previos cuestionados. El Ayuntamiento alega que lo procedente en este caso es partir de la inexistencia de edificabilidad ponderada materializada a la hora de cuantificar el incremento edificatorio sobre la cual debe calcularse la participación de la Comunidad en plusvalías y la indemnización sustitutoria del levantamiento de la carga dotacional, alega que si se toma en consideración el periodo transcurrido entre julio de 2009 momento en el que se declara la caducidad de la licencia de fecha 20 de abril de 2007 y diciembre de 2010 momento en que se inicia el actual procedimiento con la presentación de un nuevo Proyecto por parte de la sociedad recurrente , lo que se constata en una situación de absoluta inactividad , desde una perspectiva de cumplimiento del deber de edificación.

El transcurso de un periodo superior a un año en el que no se produce actuación alguna en los términos antes señalados ¿ ha de llevar a tomar en consideración la situación real de inexistencia de edificabilidad ponderada materializada a efectos de cuantificación del incremento edificatorio de acuerdo con lo anteriormente expuesto. La resolución de 10 de marzo de 2008, que autorizo el derribo del edificio de Estación de Zorroza nº 2, contenía un reconocimiento de edificabilidad con un plazo de validez de 2 años a partir de su adopción, pero dicha previsión no tenía virtualidad alguna en el momento en el que se inicia el actual expediente de licencia. Alega que en ningún momento se llega a determinar por la actora que valores considera correctos, en referencia a aprovechamiento adicional a adquirir así como del incremento edificatorio sobre cual debería calcularse la indemnización sustitutoria, no quedan precisadas cuales serían sus pretensiones en estos puntos y se limita a apuntar diversas objeciones a partir de las cuales no alcanza conclusiones concretas > > .

En el FJ 3º es en el que la sentencia razona la desestimación del recurso, al exponer lo que sigue:

< < Analizando las cuestiones que se debaten en el presente recurso hay que señalar respecto a que los deberes urbanísticos de cesión o cumplimiento de estándares urbanísticos es una obligación cuya concreción debe ser establecida en el planeamiento y no crearse a través de una licencia de obras. La existencia de planeamiento no adaptado a la ley 2/2006 no es impedimento para apreciar que el proyecto presentado para la licencia de obras trae causa del aumento de edificabilidad posibilitado por el PGOU del Bilbao aplicando las categorías de suelo de la Ley 2/2006 esto es suelo urbano no consolidado de edificabilidad urbanística ponderada superior respecto a la previa existente. El Decreto 105/2008 que se refiere a suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad urbanística ponderada en su art 2 la define como " tendrán consideración de suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad urbanística aquellas parcelas o solares así definidos por la ordenación pormenorizada porque a ordenación urbanística vigente les atribuye un incremento de edificabilidad ponderada respecto a la edificabilidad ponderada previamente materializada en el solar o parcela".

Hay que tener en cuenta lo expuesto en el informe pericial judicial emitido a solicitud de la parte demandante, en el que se establece que respecto al régimen urbanístico del solar que nos ocupa en el PGOU de Bilbao de 1995, indica que ambos solares situados en la CALLE000 NUM000 de la Estación 2 de Bilbao "se encuentran en suelo urbano dentro del área de reparto 832 con uso residencial con unos límites de ordenación por las alineaciones impuesta de planta baja más seis, tipo de actuación asistemática, uso característico vivienda colectiva en manzana, aprovechamiento tipo es 5,35m2/m2. Los usos y coeficientes de ponderación son vivienda colectiva manzana plantas altas: 1,00 Terciario Comercial , plantas bajas : 1,75. Indica por otra parte se trata de suelo urbano no consolidado ya que el planeamiento le otorga una edificabilidad urbanística ponderada superior respecto a la previa existente".

El art 25.2 de la Ley del Suelo 2/2006 aborda los deberes generales "El suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente, además de deberes generales y los establecidos en el apartado 1.b.2 de este artículo. La del levantamiento de la carga dotacional correspondiente, o, cuando no resulte posible la indemnización económica sustitutoria de valor equivalente con destino a la obtención de suelos dotacionales todo ello con los termino que reglamentariamente se establezcan. La cesión dotacional sera la correspondiente al incremento de edificabilidad urbanística atribuida en los términos establecidos en el art 79.1 de esta Ley ". Conforme a la disposición Transitoria Primera de la Ley 11/2008 , procede exigir el porcentaje regulado en esta Ley sobre participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística en suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad ponderada, será de aplicación a aquellas actuaciones de dotación sobre las que se solicite licencia de edificación con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley".



Hay que destacar contenido de la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de San Sebastián que resuelve un recurso el en que se solicitaba la anulación parcial, en relación al abono del valor equivalente al 15% de cesión urbanística y al 5% de compensación dotacional que se incluían en el anexo de la licencia para obras de un edificio sito en paseo de Colon de Irún. En su fundamento cuarto se señala

"debiendo significar por último en cuanto a la referencia al RDL 2/2008 de 20 de junio que la Disposición Transitoria Segunda tampoco ampara las pretensiones actoras en cuanto que dispone: *" Los deberes previstos en esta ley para las actuaciones de dotación serán de aplicación , en la forma prevista en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, a los cambios de la ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o de densidad o el cambio de usos cuyo procedimiento de aprobación se inicie a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007 , de 28 de mayo, de Suelo. Sí transcurrido un año desde la entrada en vigor de la misma, dicha legislación no tiene establecidas las reglas precisas para su aplicación, desde dicho momento y hasta su adaptación a esta Ley serán aplicables las siguientes : (¿) , apareciendo que aquella es la normativa autonómica a que se ha hecho referencia a lo largo de los anteriores párrafos : Obsérvese la D.T.1ª de la Ley 11/2008 , que en su exposición de motivos se refiere expresamente a la transitoriedad : "(¿) Finalmente, y en coordinación con la legislación urbanística vigente , se hace preciso el establecimiento de un régimen jurídico de transitoriedad que aporte una cierta agilidad y premura en su puesta en práctica combinado con la necesaria garantía de la seguridad jurídica que debe acompañar a todas las alteraciones normativas, a fin de que no se produzcan contradicciones "*, concluyendo en los términos ya indicados:

" 2. *Porcentaje regulado en esta Ley sobre participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística en el suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada será de aplicación a aquellas actuaciones de dotación sobre las que se solicite licencia de edificación con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*". Así, teniendo en cuenta como ya se ha indicado, el arquitecto municipal informa que: (¿) del contenido del planeamiento anterior al actualmente vigente de 1999 se deduce que el edificio realmente existente agotaba las posibilidades edificatorias del solar en el que se ubicaba , El proyecto de levante autorizado por el Ayuntamiento con fecha 26 de mayo de 2010, trae causa del aumento de edificabilidad posibilitado por el Plan General aprobado en 1999 y actualmente vigente", referencia que conduce a la anterior interpretación de transitoriedad en cuanto que es indudable el aprovechamiento derivado del levante y la patrimonialización de la edificabilidad por incremento respecto a la preexistente de la que debe participar la corporación municipal.

Hay que recordar como señala el informe emitido por el Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Bilbao, si en el periodo trascurrido entre la desaparición de la edificación y el momento actual se hubiesen producido actuaciones relacionadas con el cumplimiento del deber de edificación " deber que existe en todo suelo urbanizado que tenga atribuida edificabilidad art 9 del TR de la Ley del suelo aprobada por RD I 2/2008 de 20 de junio, y si atendiendo al momento de tales actuaciones hubiesen tenido lugar debieran entenderse que se han cumplido los plazos de cumplimiento del deber señalado (atendiendo a la indicación que introduce en el ordenamiento jurídico, en cuanto a los solares vacantes, el art 48.3 del citado Decreto 105/2008 se considera que sería de aplicación de un año en el que el terreno pasa a tener dicha consideración.

En este caso el inicio del procedimiento de concesión de la licencia actualmente en curso está como antecedente el tramitado a instancia de Residencial Pinondo Zorroza S.L. si se considera el periodo transcurrido entre julio de 2009 fecha en la que caduca la licencia otorgada en abril de 2007 a dicha empresa y diciembre de 2010, momento en el que se inicia el actual procedimiento con la presentación de un nuevo proyecto, lo que se constata en un periodo de absoluta inactividad desde el punto de vista de deber de edificación. Por lo que acertadamente se considera por el técnico informante que hay que considerar la situación real de inexistencia de edificación ponderada materializada a efectos de cuantificación de incremento edificatorio En este caso la resolución de 10 de marzo de 2008 que autorizó el derribo del edificio de la Estación de Zorrotza nº 2 contenida el reconocimiento de edificabilidad materializada con un plazo de validez de 2 años a partir de su adopción (haciéndolo en aplicación analógica de determinaciones del Plan General).

Por tanto, nos encontramos en un solar vacante y no de sustitución edificatoria puesto que ya no tenía reconocida la edificabilidad materializada ya que había transcurrido un plazo de más de una año en el que se constata un periodo de absoluta inactividad después de haber caducado la licencia otorgada en abril de 2007 > > .

TERCERO.- El recurso de apelación.

Interesa de la Sala que se estime para revocar la sentencia apelada y, tras ello, estimar el recurso contencioso administrativo, que lo es en relación con las pretensiones trasladadas con la demanda.

Cuatro son los alegatos que incorpora el recurso de apelación.

1.- Con el primero se defiende que se da en la sentencia apelada *infracción de la normativa que exige que la actuación de dotación venga expresamente definida por el planeamiento* .

Con remisión a lo razonado en el FJ 3º, a él nos hemos referido, retoma el pasaje que sigue de su párrafo primero:

< < Analizando las cuestiones que se debaten en el presente recurso hay que señalar respecto a que los deberes urbanísticos de cesión o cumplimiento de estándares urbanísticos es una obligación cuya concreción debe ser establecida en el planeamiento y no crearse a través de una licencia de obras. La existencia de planeamiento no adaptado a la ley 2/2006 no es impedimento para apreciar que el proyecto presentado para la licencia de obras trae causa del aumento de edificabilidad posibilitado por el PGOU del Bilbao aplicando las categorías de suelo de la Ley 2/2006 esto es suelo urbano no consolidado de edificabilidad urbanística ponderada superior respecto a la previa existente > > .

Señala que de esa manera la sentencia interpreta que la figura de la actuación de dotación, introducida por la Ley 2/2006, sería directamente asimilable a la actuación asistemática que el Plan General define específicamente para el solar en cuestión, al interpretar que existe un incremento de edificabilidad urbanística ponderada respecto de la previa existente, ello en relación con el soporte de la sentencia apelada, así artículo 2 del Decreto 105/2008 y del informe pericial, que concluyó que se estaba un suelo urbano no consolidado porque el planeamiento lo otorgó una edificabilidad ponderada superior a la previa existente, señalando que la sentencia no tiene en cuenta que el precepto legal en el que se apoya exige que el solar que se considera suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad urbanística ponderada, lo que es lo mismo, como actuación de dotación del artículo 137 de la Ley 2/2006 y 41 del Decreto 105/2008 , debe venir definido por la ordenación pormenorizada, en este caso por el Plan General.

Defiende la apelante que ambas circunstancias, expresa definición de la intervención como actuación de dotación en el Plan General e incremento de edificabilidad respecto de la previamente materializada, deben concurrir necesariamente de acuerdo con el precepto que recoge la sentencia apelada, aunque se dice al menos en cuanto a la primero ninguna mención hace la sentencia.

Destaca que debe ser el Plan General el que defina las intervenciones urbanísticas a desarrollar mediante actuación de dotación, sin que quepa utilizar tal tipo de actuación para autorizar la acción edificatoria sobre solares que el Plan General, aprobado bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, configura como actuaciones asistemáticas.

Señala que lo que recoge el artículo 2 del Decreto 105/2008 ratifica el régimen transitorio de la Ley 2/2006, retomando la disposición transitoria segunda de ésta, para ratificar que la Ley 2/2006 *mantuvo la vigencia del Plan General de Bilbao* , sin perjuicio de la directa aplicación de la Ley en cuanto a una serie de aspectos que recoge la citada disposición transitoria, recalcando que entre ellas no se encuentran las relativas a los tipos de actuación urbanística o a los deberes asignados a los propietarios de suelo urbano consolidado.

Destaca que si el Plan General mantiene la vigencia en cuanto a la actuación asistemática que prevé para el solar en cuestión, no puede imputarse a éste las cargas previstas en la Ley 2/2006 para las actuaciones de dotación, porque es una figura que no existe en el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, declarado vigente en cuanto a los tipos de actuación que define en virtud del régimen transitorio.

Se dice que la postura que defiende la sentencia apelada supone degradar en la categoría al solar, que según el Plan General sería suelo urbano consolidado, que la jurisprudencia rechaza, con remisión al razonamiento de las SSTS de 22 de diciembre de 2011 y de 30 de abril de 2000 .

Con alegatos complementarios, insiste en que la conclusión del Juzgado es ajena a la finalidad perseguida por la Ley, alcanzando resultados injustos y absurdos, precisando que la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 2/2006 , cuando se refiere a que el cumplimiento de las dotaciones locales establecidas legalmente serán exigibles para los planes de ordenación pormenorizada que no cuenten con aprobación inicial a la fecha de entrada en vigor de la ley, enlazando con la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 105/2008 que se viene a reproducir, tras lo que traslada el recurso de apelación la situación de una unidad de ejecución delimitada en suelo urbano por el Plan General, con ordenación pormenorizada definida en el Plan y pendiente de desarrollo a la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2006, comparándose con el solar de autos, clasificado como suelo urbano consolidado, a desarrollar mediante una simple operación de sustitución de la edificación existente.

Recalca que siguiendo la tesis de la sentencia apelada, se llegaría al absurdo de no exigirse el cumplimiento de estándares dotacionales al propietario de suelo adscrito a la unidad de ejecución, y en cambio exigirse al propietario del solar inmediatamente edificable, por lo que si la unidad de ejecución delimitada en suelo urbano



por el Plan General, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 2/2006, no tiene que cumplir obligaciones de cesión porque lo exonera la disposición transitoria quinta de la Ley, con mayor motivo no serían exigibles en un solar de suelo urbano, que únicamente requiere licencia de obras para completar su desarrollo urbanístico, además de que se dice también se podría llegar al indeseable resultado de transmitir como válida la exigibilidad del cumplimiento de estándar de dotaciones y cesión del 15% de edificabilidad a los propietarios del solar que por cualquier motivo fuera objeto de reedificación, señalando que ello no puede ser así perseguido por la ley para crear la figura de las actuaciones de dotación.

Tras ello se remite a la Disposición Transitoria Primera del Decreto 123/2012 en relación con la aplicación de estándares de dotaciones locales al suelo urbano no consolidado, ámbito en el que sustituyó al Decreto 105/2008, cuando señala:

< < Los estándares de dotaciones locales previstos en el artículo 6 de este Decreto , para su el suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada así como al urbano no consolidado que haya de gestionarse mediante actuaciones integradas, se adaptarán a esta norma a través de la modificación de la ordenación pormenorizada > > .

De ella destaca la exigencia de que lo sea a través de la modificación de ordenación pormenorizada, porque los estándares de dotaciones locales exigibles en suelo urbano no consolidado deben ser fijados por el planeamiento, por la ordenación pormenorizada, enlazando luego con el artículo 25.2 y 79.1 de la Ley 2/2006 , de desarrollo reglamentario en el artículo 3 del Decreto 105/2008 , con remisión a su artículo 17.1.

Por ello defiende, remitiéndose a la relevancia de la ordenación pormenorizada, que no es admisible que el Ayuntamiento a través de la concesión de licencia de obras imponga obligaciones que no corresponden con el tipo de actuación diseñado por el Plan General para el solar, insistiendo en que debían venir en cualquier caso impuestas por la ordenación pormenorizada y por ello se dice en el momento en el que el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao se adapte a la Ley 2/2006, que deberá realizarse antes del 20 de septiembre de 2021.

2.- En la segunda alegación defiende la apelante que *la actuación de dotación que define el Plan General debe representar inexcusablemente, para ser así considerada, un incremento de la edificabilidad respecto de la ordenación anterior* .

Se dice que la sentencia apelada se apoya en una sentencia del Juzgado número 1 de San Sebastián, que al igual que otras sentencias de esta Sala han analizado supuestos diferentes al de autos, por ser una intervención sobre un solar con incremento de edificabilidad respecto de la atribuida por el planeamiento anterior al vigente a la fecha de concesión de la licencia, por ello supuestos en los que se había producido cambio de ordenación.

Considerando que esta es la clave del asunto, enlazando nuevamente con el Decreto 105/2008, con su artículo 2 y disposición transitoria 1ª, regulación que se dice es congruente con el supuesto indemnizatorio del artículo 35.a) del Texto Refundido de la Ley del suelo de 2008, para señalar que en este caso se ha aplicado tanto por el Ayuntamiento como por la sentencia apelada la figura de la actuación de dotación, en un marco absolutamente ajeno al recogido en las leyes de suelo estatal y autonómica, resaltando la relevancia de que no se adaptó el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao a la Ley 2/2006, insistiendo en que no puede compararse la edificabilidad permitida por el Plan vigente a la fecha de concesión de la licencia con la permitida por la ordenación anterior, porque no se ha modificado, por lo que se recalca que directamente calcula la diferencia entre la edificabilidad autorizada por el plan vigente y la existente a la fecha de solicitud de licencia, edificabilidad nula tras el derribo de los edificios preexistentes, porque además interpreta erróneamente que no puede considerarse la edificabilidad consumida por dichos edificios preexistentes por haber transcurrido el plazo legal de ejecución del Plan General a la fecha de solicitud de la licencia.

Insiste en que la sentencia apelada alcanza una conclusión que no se extrae de la ley, para destacar que en todo caso debe existir comparación entre ordenación vigente que genera el dicho incremento respecto de la ordenación anterior, destacando que en este caso no ha habido modificación alguna del Plan General de 1995.

Tras ello se remite a la sentencia de esta Sala 710/2012, de 21 de diciembre de 2012 [- Apelación 1148/2010 -], en la que se dice se va a concluir que no concurre el presupuesto básico para la configuración de una actuación de dotación, consistente en el incremento de edificabilidad generada por la modificación del Plan respecto de la ordenación anterior, sentencia de la que extrae lo que considera relevante de su fundamento jurídico octavo.

Añade que incluso desde la hipótesis, que no se comparte, de interpretar que no es preciso una modificación del Plan con posterioridad a la promulgación de la Ley 2/2006 para generar el incremento de edificabilidad inherente a una actuación de dotación, se dice que ni siquiera se ha valorado si el solar ostentaba de acuerdo con el Plan General de 1995 una edificabilidad superior a la que le asignaba la ordenación anterior a su entrada



en vigor, tampoco si a la entrada en vigor de dicho Plan General de 1995 habían transcurrido los plazos previstos para la ejecución.

Destaca que no existe actuación de dotación si no existe incremento de edificabilidad respecto de la ordenación anterior, y por ello respecto al planeamiento vigente con anterioridad a la modificación del plan que genera el incremento, por lo que se remite al artículo 14.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 , y con remisión a razonamientos incorporados en la referida sentencia de esta Sala de 21 de diciembre de 2012 , para destacar que tampoco en este caso existe la necesidad de levantamiento de carga dotacional porque no existió modificación del plan general que generaba en el solar un incremento de edificabilidad o densidad o establezca nuevos usos, retomando el contenido de la disposición transitoria 2ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 , para destacar la referencia que hace a cambios en la ordenación y a la nueva ordenación, en concreto, en relación con lo previsto tras la entrada en vigor de la Ley 8/2007, considerando por tanto relevante y como requisito que se haya producido un cambio de ordenación urbanística que genere una edificabilidad superior a la reconocida por el planeamiento anterior, y que haga preciso reajustar las dotaciones públicas en proporcional incremento.

3.- En la alegación tercera razona sobre la *pretensión subsidiaria* , para señalar que se ha producido *indebida falta de consideración de la edificabilidad materializada* .

Señala que no encuentra el menor amparo jurídico entender que transcurrido un año desde la declaración de caducidad de la licencia de obras se produce automáticamente la extinción de todos los efectos desde la edificabilidad preexistente en el solar.

La apelante defiende la patrimonialización de la edificabilidad preexistente, con independencia del plazo que hubiera transcurrido hasta la fecha de solicitud de la licencia de obras.

(i) En primer lugar se detiene la disposición transitoria 5ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008

(ii) En segundo lugar, considera que de tenerse en cuenta el criterio errático mantenido por el Ayuntamiento a lo largo del expediente, porque inicialmente reconoció la edificabilidad consumida por el edificio preexistente a través de los informe de 9 de enero de 2007 y 24 de febrero de 2009 (folios 31 y 106 a 108 del tomo uno de la ampliación del expediente), cuando una vez derribado el edificio y solicitada licencia de obras, contraviniendo sus propios actos, orilló por completo la edificabilidad preexistente como si nunca hubiera existido, que es por lo que se alude a los actos propios, se hace cita del artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

(iii) En tercer lugar se detiene en lo que confirmó la sentencia apelada, el plazo de un año previsto en el artículo 48.3 del Decreto 105/2008 , en relación con el deber de edificar, artículo 48 referido al cómputo de los plazos para el deber de edificar.

Destaca que el solar en cuestión se encontraba edificado a la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2006, sin que el Plan General fijará plazo para la ejecución de la actuación asistemática prevista, por lo que no se justifica que el Ayuntamiento asimile la fecha de declaración de caducidad de la licencia concedida en 2007 al *dies a quo* a efectos del cálculo del plazo de un año desde la finalización desde las obras de urbanización, y por ello se defiende que no cabe interpretar que el apelante incumpliera su deber de edificar en plazo.

(iv) En cuarto lugar, enlazando con la disposición transitoria 1ª del Decreto 105/2008 , resalta que desde cualquiera de las interpretaciones posibles se considere que el apelante incumplió el plazo para ejercitar su derecho a ejercitar su derecho a edificar o se entienda que no lo incumplió, la normativa se refiere en todo caso a edificabilidad materializada, rechazando que se pueda interpretar que se extingue con el derribo del edificio preexistente, como si se tratara de un derecho real que se extingue con la pérdida de la cosa, porque el aprovechamiento urbanístico es un bien independiente del suelo, que una vez materializado se incorpora al patrimonio de su propietario, con remisión a la disposición adicional 5ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 , y en un supuesto en el que no se considera controvertida la preexistencia del edificio sobre el solar, ni la voluntad de la propiedad de derribarlo para materializar la ordenación prevista en el Plan General, por lo que el Ayuntamiento en todo caso debería haber detraído en el cálculo de los deberes urbanísticos inherentes al solar la edificabilidad preexistente, que se dice el perito judicial cuantificó en 1.356,58 m².

4.- El último alegato de la demanda, el cuarto, incide en lo que considera *error en la apreciación de la prueba, en cuanto al método de valoración del exceso de aprovechamiento y de la carga dotacional* .

Se dice que no hace consideración alguna sobre lo que se trasladó por la demanda, recogiendo que se limita a manifestar:

<< [...] siguiendo el criterio mantenido en el informe del perito judicial sr Lázaro de que el deber de levantar la carga dotacional es un deber no una carga, por lo tanto se puede monetarizar este deber .habiendo



aplicado correctamente el Ayuntamiento en este caso el concreto valor máximo del 5% del incremento de la edificabilidad ponderada aplicando el criterio de deber y no de carga siendo correcto utilizar para cálculo de levante de carga el valor unitario de 631,37 euros /ua. > > .

Con ello defiende que se incurre en error al considerar que el perito judicial concluyó que la carga dotacional era un deber y no una carga, porque el informe pericial distingue a tales efectos el método A de cálculo del valor del levante, de la carga dotacional del método B, partiendo en el primer caso de la hipótesis de considerarlo un deber y, en el segundo, de la hipótesis de considerarlo una carga, sin decantarse a favor de uno u otro criterio valorativo.

Añade que se está ante una cuestión de índole jurídica, que el perito arquitecto no estaba capacitado para dirimir como reconoció en su dictamen, que es por lo que empleó el doble método cálculo, en función de que se opte por una u otra interpretación del concepto carga dotacional.

Remarca que la sentencia apelada concluye erróneamente que el perito optó por considerarlo deber no una carga, equívoco que provocó que la cuestión no quedara resuelta en la sentencia.

Concluye señalando el apelante que sólo para el supuesto de que la Sala estime que el supuesto en cuestión ha de calificarse como actuación de dotación, se remite a los razonamientos de demanda y conclusiones, insistiendo en que el levantamiento de la carga dotacional viene a sustituir el cumplimiento de las obligaciones de cesión de dotaciones y urbanizaciones de las mismas, por lo que la indemnización sustitutoria de tales obligaciones habrá de ser considerada también como una carga, calculándose dicha indemnización por aplicación del valor unitario de 601,30 euros/ua, resultante de restar del valor aplicado por el ayuntamiento 631,37 euros/ua la repercusión del coste inherente al levantamiento de la carga dotacional, con remisión a la prueba pericial practicada.

CUARTO.- Oposición del Ayuntamiento de Bilbao.

Interesa la desestimación y confirmación de la sentencia apelada.

El Ayuntamiento, en relación con los precedentes manejados, señala que citó dos sentencias que ya obran en autos, la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de San Sebastián de 10 de noviembre de 2011, que desestimó el recurso 1071/2010, y otra del Juzgado número 3 de Bilbao, de 25 de abril de 2012, que desestimó el recurso 1056/2010, sentencias que han sido confirmadas por sentencias de la Sala, así en primer lugar la sentencia 435/2013, de 22 de julio de 2013, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado número 1 de San Sebastián, retomando el contenido de su fundamento de derecho 3º y, por otro lado, la sentencia de la Sala 196/2014, de 2 de abril, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado número 3 de Bilbao.

Tras ello el Ayuntamiento, en su alegación 2ª, precisa que la apelante insiste en los argumentos de 1ª instancia sin base probatoria alguna, señalando, en concreto, en relación con las previsiones de la disposición transitoria 5ª del Texto Refundido de la Ley del suelo de 2008, que en este caso el edificio del número NUM000 de la CALLE000 se derribó antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2006, por lo que ya no tenía relevancia que hubiera o no edificio preexistente por la legislación urbanística entonces aplicable, añadiendo en relación con el segundo edificio, el del número 2 de la calle Estación, se dice que hubo una resolución expresa no recurrida, que en su pronunciamiento segundo se trasladó que a los efectos del artículo 27 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, se consideraba que la superficie por usos a considerar en un futuro será de 786,80 m2 de uso característico del AR de reparto 832, reconocimiento y con validez por dos años desde la concesión de licencia, destacando que es una decisión que no se recurrió, quedó firme, y ello con independencia del periodo de inactividad tras la caducidad de licencia.

Reconoce el Ayuntamiento que no ha actuado igual a lo largo de los años, por la existencia de cambios legislativos, señalando que el marco normativo existente en el momento de la solicitud de licencia, el 13 de marzo de 2006, por Residencial Pinondo, era completamente diferente a la existente el 10 de octubre de 2010, cuando el apelante solicitó licencia.

Destaca que no es cierta la afirmación de que el solar se encontrara edificado a la fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2006, trasladando que el solar como tal se formó por agrupación de dos el 28 de febrero de 2008, así como que a fecha de entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, el edificio que estaba en la CALLE000 NUM000 había sido derribado, señalando que la recurrente pretendería recuperar tal edificabilidad.

Se remite al artículo 3.3.9 del Plan General en relación con las actuaciones asistemáticas y, en concreto, la obligación de convertir la parcela en solar y solicitar licencia de edificación en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del Plan General, reconociendo que en la ficha urbanística de la AR de reparto no aparece el



plazo pero si aparece en la normativa genérica, que se considera de plena aplicación el citado plazo de dos años.

Alude el ayuntamiento a que se obvian los cambios de titularidad producidos en la propiedad de los terrenos.

El Ayuntamiento también recalca que la apelante no asume la carga de la prueba, tras lo que traslada el relato, por orden cronológico, de los hechos reflejados en el expediente.

Añade el Ayuntamiento que la STS del 22 de diciembre de 2011 que refiere la apelante, incide en suelo urbano consolidado por la urbanización, que no pierde tal condición por el sólo hecho de que el nuevo planeamiento contemple para dicho suelo una determinada transformación urbanística, señalando que no es el caso de autos en relación con la decisión municipal sobre los deberes previos, reconociendo el Ayuntamiento que el suelo sigue siendo urbano consolidado por la urbanización, pero objetivamente hay incremento de edificabilidad respecto a la previamente materializada, y por eso es un suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad según la Ley 2/2006, recordando que la clasificación del suelo como urbano es algo reglado, señalando que así se hizo en este caso y, en concreto, comprobar las condiciones objetivas del suelo y aplicarles sus deberes.

La oposición del Ayuntamiento la resume en su escrito al señalar:

(I) que el planeamiento urbanístico de Bilbao no ha delimitado como tal una actuación de dotación, lo que se reconoce, pero se señala que en el expediente en cuestión fue en el momento de solicitud de la licencia el que determina qué tipo de suelo era por sus características objetivas, considerando que era un suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad, por cumplir las características del artículo 11.3.b). 2 de la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco, al atribuir la ordenación una edificabilidad urbanística ponderada superior respecto a la previa existente.

(II) que la edificabilidad materializada o preexistente es la máxima que algún día tuvo el terreno, añadiendo que nunca los edificios fueron propiedad de quien solicitó la licencia, además de que pasados los plazos hay que ir a la efectiva realidad existente sobre el terreno, que es lo que se hizo con el acto recurrido.

QUINTO.- No se estaba ante actuación de dotación manifestada en incremento de edificabilidad o de densidad o cambio de uso prevista en cambio de ordenación inicialmente aprobada tras el 1 de julio de 2007.

El debate que se plantea, de naturaleza esencialmente jurídica, exige partir de la solicitud de licencia por parte de la apelante, presentada el 10 de diciembre de 2010, para la construcción de dieciocho viviendas y locales comerciales en Zorroza, incidiendo en lo que el Ayuntamiento vino a identificar como actuación de dotación, en relación con lo que la Ley 2/2006, de 30 de junio de Suelo y Urbanismo del País Vasco, en su artículo 11, sobre la clasificación del suelo, vino a incorporar en el apartado 3 .b).2 en la categoría de suelo urbano no consolidado, aquel al que la ordenación atribuía una edificabilidad urbanística ponderada superior a la previa existente.

Ello enlazando con la regulación del artículo 25 sobre el contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, en concreto sobre los deberes y cargas en suelo urbano no consolidado, significadamente en lo recogido en su punto 2.-, referido al suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente, al recoger que:

< < En suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente, además de los deberes generales y los establecidos en el apartado 1.b.2 de este artículo, la del levantamiento de la carga dotacional correspondiente o, cuando no resulte posible, la indemnización económica sustitutoria de valor equivalente con destino a la obtención de suelos dotacionales, todo ello en los términos que reglamentariamente se determine. La cesión dotacional será la correspondiente al incremento de edificabilidad urbanística atribuida en los términos establecidos en el artículo 79.1 de esta ley > > .

La Administración en sus resoluciones, las que se recurrieron en la instancia, vino a determinar las obligaciones previas a la obtención de la licencia de edificación o construcción, en relación con el porcentaje de cesión del 15%, así como la cuantificación de la carga dotacional exigida, enlazando con las pautas reglamentarias en su momento desarrolladas por el Decreto 105/2008, de 3 de junio, de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, en lo que aquí interesa estando a su artículo 3, precepto posteriormente derogado por el Decreto 123/2012, normativa que se tuvo presente para cuantificar la indemnización sustitutoria de la carga dotacional, como consecuencia de lo que se consideró incremento de la edificabilidad urbanística ponderada.

La regulación que hemos referido de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, debe complementarse, en relación con la cesión del 15%, con la regulación recogida en su artículo 27.2 según redacción dada por el artículo Único de la Ley 11/2008, de 28 de noviembre, por la que se modificó la



participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la dación urbanística, reforma que incorpora en el citado punto 2 del tenor que sigue:

< < En suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada, los propietarios tienen la obligación de ceder gratuitamente al ayuntamiento, libre de cargas de urbanización, el suelo correspondiente al 15% de dicho incremento sobre la edificabilidad urbanística ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior, salvo que hubiesen vencido los plazos de ejecución establecidos en la misma o, en su defecto, en el artículo 189 de esta ley , en cuyo caso se tendrá en cuenta la edificabilidad materializada > > .

La citada Ley 11/2008 en su régimen transitorio, en el punto 2 de la Disposición Transitoria 1ª, aunque limitado al ámbito del porcentaje de cesión, va a recoger que el nuevo porcentaje, el incremento del 10 al 15% , será de aplicación, en relación con el suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada, a las actuaciones de dotación sobre las que se solicite licencia de edificación con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, lo que, en este caso, ha de ponerse en relación con la solicitud de licencia de 10 de diciembre de 2012.

La argumentación preferente del recurso de apelación, que la vemos recogida en los motivos que hemos identificado como primero y segundo, centra el debate en el sentido de exigir, como defiende la apelante, que, por un lado, la actuación de dotación debe venir definida en el plan y, asimismo, que debe representar incremento en relación la regulación previa.

Con los argumentos que vamos a trasladar la Sala deberá acoger el planteamiento sustantivo y central del recurso de apelación, en síntesis, anticipando el soporte argumental que dará la Sala, porque en este supuesto no hubo modificación del planeamiento municipal de Bilbao, en concreto que se iniciará tras el 1 de julio de 2007 y ello porque en relación con el marco normativo de aplicación a la fecha de solicitud de licencia, así como de las resoluciones recurridas en la instancia, respectivamente el 28 de octubre de 2011 y el 10 de febrero de 2012, era de aplicación la Disposición Transitoria 2ª del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en el fondo traslación de la Disposición Transitoria 2ª sobre los deberes de las actuaciones de dotación de la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de suelo, Disposición Transitoria 2ª del Texto Refundido de 2008 según la cual:

< < Disposición transitoria segunda. Deberes de las actuaciones de dotación.

Los deberes previstos en esta Ley para las actuaciones de dotación serán de aplicación, en la forma prevista en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, a los cambios de la ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o de densidad o el cambio de usos cuyo procedimiento de aprobación se inicie a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

Si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la misma, dicha legislación no tiene establecidas las reglas precisas para su aplicación, desde dicho momento y hasta su adaptación a esta Ley serán aplicables las siguientes:

- a) El instrumento de ordenación delimitará el ámbito de la actuación, ya sea continuo o discontinuo, en que se incluyen los incrementos de edificabilidad o densidad o los cambios de uso y las nuevas dotaciones a ellos correspondientes y calculará el valor total de las cargas imputables a la actuación que corresponde a cada nuevo metro cuadrado de techo o a cada nueva vivienda, según corresponda.
- b) Los propietarios podrán cumplir los deberes que consistan en la entrega de suelo, cuando no dispongan del necesario para ello, pagando su equivalente en dinero.
- c) Los deberes se cumplirán en el momento del otorgamiento de la licencia o el acto administrativo de intervención que se requiera para la materialización de la mayor edificabilidad o densidad o el inicio del uso atribuido por la nueva ordenación > > .

Ya debemos precisar que la citada Disposición Transitoria 2ª, tanto de la Ley 8/2007, de Suelo , como del Texto Refundido de 2008, al establecer las reglas de aplicación con carácter subsidiario mientras no hubiera desarrollo en la normativa autonómica, en la regla c), hace expresa referencia a la mayor edificabilidad o densidad o al inicio del uso *atribuido por la nueva ordenación* , con remisión a los cambios de ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o densidad o cambio de uso cuyo procedimiento de aprobación se inicia a partir del 1 de julio de 2007.

Asimismo ello ha de ponerse en relación, siguiendo con la regulación vigente a la fecha de la solicitud de licencia y de las resoluciones recurridas, con el artículo 14 del Texto Refundido de 2008, referido a las actuaciones de transformación urbanística, en el que en su punto 1, dentro de las actuaciones de transformación urbanística, refiere en el apartado b) las actuaciones de dotación considerando como tales:



< < [...] las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de éste > > .

En relación con ello artículo 16 se refiere a los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, en concreto en relación con el incremento de edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación de dotación, en el porcentaje de la normativa básica fija del 5 al 15%, regulación ya recogida en el artículo 16 de la Ley 8/2007 , que en soporte de ella fue por lo que la Ley 11/2008 del Parlamento Vasco, al reformar el artículo 27 de la Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco , incrementó del 10% de cesión al 15%, el máximo recogido en la normativa básica.

Se ha venido debatiendo sobre las precisiones que recoge el ordenamiento jurídico, en concreto la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, cuando alude a edificabilidad urbanística ponderada superior a la previa existente o la preexistente, la Sala ha concluido, entre otras, en la sentencia 196/2014, de 2 de abril, recaída en el recurso de apelación 560/2012 , [- que recayó en relación con una de las sentencia que se han venido trasladando por el Ayuntamiento de Bilbao, la sentencia 92/2012, de 25 de abril, recaída en el procedimiento ordinario 1056/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Bilbao -], que ha de estarse a la atribuida por la ordenación urbanística anterior; para concluir en ello, en la citada sentencia, en su FJ 4º la Sala razonó como sigue:

< < [¿] El art. 11.3.b).2 LSU refiere la calificación de suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad urbanística ponderada a la resultante de la atribuida por el planeamiento vigente respecto de la "previa existente", y el art. 25.2 LSU al imponer a los propietarios de dicha clase de suelo el deber de levantar la carga dotacional que compense el incremento de edificabilidad, a los efectos de calcular el incremento de edificabilidad, se refiere asimismo a la edificabilidad "preexistente", concepto que reitera el art.27.3 LSU a los efectos determinar el porcentaje de cesión de aprovechamientos correspondiente a la participación de la comunidad en las plusvalías generadas.

Dicho marco normativo planteó inicialmente la cuestión de si con dicha locución (edificabilidad preexistente) el precepto aludía a la reconocida por el anterior planeamiento o a la efectivamente materializada en los supuestos de que fuera inferior.

El art. 2 del Decreto 105/2008, de 3 de junio , optó por la interpretación que liga la edificabilidad preexistente a la materializada, si bien en su disposición transitoria primera refirió el incremento no a la edificabilidad efectivamente materializada sino a la atribuida por la ordenación urbanística anterior, con el siguiente tenor:

< < *En solares o en parcelas vacantes o edificadas conforme a un régimen urbanístico anterior al vigente, los incrementos de edificabilidad serán referidos al incremento respecto a la edificabilidad ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior siempre que no hubieren vencido los plazos de ejecución de la misma, en cuyo caso se estará a la edificabilidad materializada.*

En el supuesto de no existir expresamente plazos máximos de ejecución, se aplicarán los plazos máximos del cumplimiento del deber de edificar especificado en el art. 189 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo > > .

Finalmente, la Ley Vasca 11/2008, de 28 de noviembre, al dar nueva redacción al art. 27 LSU, aun cuando no operó simultáneamente la modificación de los arts. 11.3.b.2 , y 25.2 , vino a despejar dicha incertidumbre, al referir el deber de cesión del 15% del incremento de edificabilidad a la atribuida por la ordenación urbanística anterior, lo que obliga, por razones de coherencia, a interpretar en idéntico sentido los arts. 11.3.b.2, y 25.2. Así se infiere del núm.2 del art.27 en su nueva redacción, del siguiente tenor:

< < *En suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada, los propietarios tienen la obligación de ceder gratuitamente al ayuntamiento, libre de cargas de urbanización, el suelo correspondiente al 15% de dicho incremento sobre la edificabilidad urbanística ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior, salvo que hubiesen vencido los plazos de ejecución establecidos en la misma o, en su defecto, en el art. 189 de esta ley, en cuyo caso se tendrá en cuenta la edificabilidad materializada > > .*

Además, la Ley 11/2008 previó su aplicación a los supuestos en que se solicite licencia con posterioridad a su entrada en vigor (DT1ª-2), lo que acontece en el supuesto de autos.

Pues bien, como consecuencia de ello, tanto a los efectos de determinar la participación de la comunidad en las plusvalías, esto es, de determinar la cesión del 15% del aprovechamiento lucrativo prevista por el art. 27.2 LSU, como a los efectos del levantamiento de la carga dotacional exigido por el art.25.2 LSU, habremos de referir tales cargas al incremento de edificabilidad ponderada sobre la atribuida por el ordenación anterior



"salvo que hubiesen vencido los plazos de ejecución establecidos en la misma o, en su defecto, en el art. 189 de esta ley , en cuyo caso se tendrá en cuenta la edificabilidad materializada."

[¿] > > .

Aquí ya debemos señalar que a los efectos que nos ocupan, para configurar la actuación de dotación, si, por un lado, debe existir incremento de la edificabilidad en relación con la regulada en la normativa o planeamiento previo, debe serlo asimismo en relación con instrumentos de ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o densidad o cambio de uso, cuyo procedimiento de aprobación se inicie con posterioridad al 1 de julio de 2007, la fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2007, de suelo, por así desprenderse del mandato recogido en la Disposición Transitoria 2ª, en relación con los deberes de las actuaciones de dotación, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, texto al que nos hemos referido.

Aquí recogeremos que la STS de 1 de julio de 2015, Recurso de Casación 2645/2013 , en su FJ 5 concluye que si la previsión de dotación de aprovechamiento no está contemplada en la Modificación del Plan no puede exigirse su cumplimiento.

El texto de dicha Disposición Transitoria 2ª no implica remisión a la legislación de ordenación territorial y urbanística de las comunidades autónomas, en nuestro caso del País Vasco, en relación con el presupuesto de los deberes previstos en la ley para las actuaciones de dotación, porque el presupuesto es estar ante cambios de ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o densidad o cambio de uso, cuyo procedimiento de aprobación se inicie a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, por ello el 1 de julio de 2007, dado lo que establece, como remisión a la normativa autonómica de ordenación del territorio y urbanística, es la forma de su aplicación, estableciendo una previsión de aplicación en falta de desarrollo por las comunidades autónomas, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la ley, de la Ley 8/2007, por ello hasta el 1 de julio de 2008.

Momento en el que de no existir regulación autonómica para materializar tales deberes en las actuaciones de dotación, la legislación estatal establece unas reglas para su aplicación hasta que la legislación autonómica se adapte a esa previsión, en relación con una regulación sobre lo que se ha debatido sobre si podía introducirse en el ámbito de las competencias autonómicas, pero que ha de entenderse que su justificación está en el designio del legislador de 2007 de imponer su aplicación al conjunto de comunidades autónomas, al establecer ya las pautas de aplicación del cumplimiento de los deberes de las actuaciones de dotación, sin perjuicio de tener que reseñar que en el ámbito de las Comunidad Autónoma del País Vasco ya se había anticipado la regulación de las actuaciones de dotación, en relación con las previsiones de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, por ello meses antes de entrada en vigor de la Ley 8/2007, de Suelo, unido al desarrollo reglamentario, en su momento recogido en el Decreto 105/2008, de 3 de junio, de medidas urgentes en desarrollo de dicha ley.

Ello sin necesidad de entrar aquí en consideraciones sobre el encaje de la regulación de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo en la regulación básica estatal de suelo, en su momento Ley 6/1998, en concreto en la consideración como suelo urbano no consolidado el referido a las actuaciones de dotación, que hubiera llevado, en su momento y en su caso, a enfrentarla con las conclusiones de la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando vino a delimitar las categorías de suelo urbano consolidado y el suelo urbano no consolidado previstas en la citada Ley 6/1998, enlazando con lo que se ha venido debatiendo respecto a las actuaciones de dotación en relación con la regulación de distintas comunidades autónomas, en concreto con la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, que para soportar los deberes y cargas propias del suelo urbano no consolidado, se vino a considerar que los supuestos en los que la ordenación atribuye una edificabilidad urbanística ponderada superior respecto a la previa existente, se integraban dentro la subcategoría de suelo urbano no consolidado, en las denominadas actuaciones de dotación.

Partiendo de la conclusión que hemos alcanzado, de la exigencia de incremento de edificabilidad por parte del planeamiento, con ese punto de partida han de entenderse las previsiones de la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco , cuando al referirse a la clasificación del suelo, también en relación con el suelo urbano y las subcategorías a las que nos venimos refiriendo, de suelo urbano consolidado y no consolidado por la urbanización, establece que tendrá la consideración de suelo urbano consolidado el que cumpla con las condiciones establecidas en la ley y cuente con ordenación pormenorizada que no atribuya incrementos de edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente, por lo que, a la inversa, en el supuesto de atribuir incremento de edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente, estaríamos ante supuesto de suelo urbano no consolidado, que ha de ponerse en relación con la regulación del artículo 11.3 , en lo que interesa con el apartado 2, y la consideración de suelo urbano no consolidado en el supuesto de que la ordenación atribuya edificabilidad urbanística ponderada superior a la preexistente.



Ya hemos concluido como ello debe serlo así en relación con la incidencia de la ordenación urbanística cuando, en este caso, no se puede partir de que se diera el supuesto de incremento por parte de la ordenación urbanística.

Asimismo, en relación con las previsiones del artículo 27.2 de Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco, en redacción dada por la Ley 11/2008, vemos como vino a introducir precisiones que enlazan con las que a nivel reglamentario había incorporado la Disposición Transitoria 1ª del Decreto 105/2008, en relación con el vencimiento de los plazos de ejecución, pero vemos como el presupuesto es la exigencia de modificación de la ordenación urbanística que, además, debe incorporar incremento sobre la ordenación urbanística anterior, que enlaza con las pautas de la normativa básica a la que nos hemos referido, dado que, en lo que interesa, la regulación de la actuación de dotación, supuesto de suelo urbano no consolidado en relación con las previsiones de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, no se configura de no existir tal incremento en relación con la edificabilidad ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior.

Estas conclusiones, además se ratifican con otro de los argumentos que ha introducido la apelante, en el sentido de que, efectivamente, la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, al regular en su Disposición Transitoria 2ª los supuestos específicos de aplicación directa de la nueva regulación, los supuestos de aplicación directa, no incorpora las actuaciones de dotación.

Además, debe hacerse énfasis en la regulación que la propia ley recoge en su Disposición Transitoria 5ª, en lo que aquí interesa respecto a la aplicación de dotaciones locales estando a la regulación de la propia ley, cuando recoge que el cumplimiento de las dotaciones locales establecidas legalmente será exigible a los planes de ordenación pormenorizada que no cuenten con aprobación inicial a la fecha de entrada en vigor de la ley, lo que implica que no es de aplicación a los planes de ordenación pormenorizada aprobados inicialmente a la entrada en vigor de la ley, por lo que menos ha de serlo en relación con ordenación pormenorizada preexistente, como era este caso en relación con el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao de 1995.

Por ello, evidentemente, sería una contradicción interna de la propia ley no exigir el cumplimiento de las dotaciones locales con carácter general, en relación con los instrumentos de planeamiento de ordenación pormenorizada ya aprobados, e incluso los que aún estaban con aprobación inicial antes de la entrada en vigor de la Ley del Suelo 2/2006, el 20 septiembre de 2006, y se aplique la carga dotacional en relación con las actuaciones de dotación respecto a las que no haya incidido ningún tipo de modificación del planeamiento.

Precisión que debemos considerar ha sido corregida y matizada en la regulación reglamentaria que sustituyó al Decreto 105/2008, de 3 de junio, en el Decreto 123/2012, de 3 de julio, de estándares urbanísticos, en el aspecto en el que ahora nos encontramos, cuando en su Disposición Transitoria 1ª, aunque no directamente aplicable a nuestro supuesto por su fecha, al referirse a la aplicación de estándares de dotaciones locales al suelo urbano no consolidado establece:

< < Los estándares de dotaciones locales previstos en el artículo 6 de este Decreto, para su el suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada así como al urbano no consolidado que haya de gestionarse mediante actuaciones integradas, se adaptarán a esta norma a través de la modificación de la ordenación pormenorizada > > .

Vemos como también para el supuesto de las dotaciones locales a exigir en las actuaciones de dotación, en el que se sigue identificando como suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada, plasma la adaptación a la norma a través de la modificación de ordenación pormenorizada, lo que ha de ponerse en relación con las previsiones que ya la Ley 2/2006 recogió en la citada Disposición Transitoria 5ª párrafo 2º a la que nos hemos referido.

Tampoco puede perderse de vista que las identificadas como actuaciones de dotación inciden en incrementos de edificabilidad urbanística ponderada, fijándose los deberes y cargas en relación con el incremento, lo que por su propia esencia y naturaleza no puede sino considerarse que es contradictorio que pueda operar, no sobre el incremento, sino por el 100%, lo que, asimismo, se desprende de la propia regulación de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, nos remitimos nuevamente al artículo 27.2 que al referirse al porcentaje de cesión, 15%, siempre lo es sobre el incremento de la edificabilidad urbanística ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior, aunque que recoge la precisión, pero siempre partiendo del incremento, del supuesto de que hayan transcurrido los plazos de edificación y lo materializado sea menor que lo atribuido por la ordenación urbanística, que es cuando se refiere a la materializada, pero insistiendo y recalando, como hemos hecho, que el presupuesto es que la ordenación urbanística atribuya un incremento de la edificabilidad, porque sin incremento de edificabilidad por la nueva ordenación urbanística, no existe legalmente actuación de dotación lo que, igualmente, enlaza con la regulación al respecto recogida en el Texto Refundido la Ley del Suelo de 2008, con la definición que recogía su artículo 14.1 b), como aquellas que tienen por objeto incrementar las



dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado, para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística.

Ello ha de ponerse en relación con el artículo 137 de la Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco, referido a las actuaciones de dotación, precepto que considera tales las dirigidas al levantamiento de la carga dotacional en suelo urbano no consolidado por el incremento de la edificabilidad urbanística donde, nuevamente, se reitera esa exigencia de incremento.

Con los razonamientos y conclusiones alcanzadas, la Sala precisa el ámbito de aplicación de las normas que inciden en la cuestión jurídica que resolvemos, superando y matizando conclusiones alcanzadas en previos pronunciamientos, por un lado, en la sentencia 435/2013, de 22 de julio, recaída en el recurso de apelación 102/2012, que recayó en relación con la sentencia de 10 de noviembre de 2011 recaída en el recurso 1071/2010, seguida ante al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Donostia-San Sebastián, referida en las actuaciones, a la que también se refiere la sentencia apelada, en los términos que recogemos en el FJ 2º [- referida a un supuesto de levante -], al tener que ratificar la relevancia, por un lado, de la exigencia de que exista incremento de edificabilidad por parte del planeamiento y, asimismo, que ello se produzca con instrumentos de planeamiento cuya aprobación inicial sea posterior al 1 de julio de 2007, al concluir que en esos términos debe interpretarse y aplicarse la regulación previa recogida en la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

Asimismo, en relación con la sentencia 196/2014, de 2 de abril, recaída en el recurso de apelación 560/2012, a la que ya nos hemos referido, que incidió en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Bilbao recaída en el recurso 1056/2010, ratificando que la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico de aplicación, legislación autonómica y legislación básica estatal, exige ratificar que las exigencias y deberes en relación con las denominadas actuaciones de dotación quedan limitadas a los supuestos de incremento de edificabilidad en instrumentos de planeamiento inicialmente aprobados tras el 1 de julio de 2007.

Con los argumentos que hemos trasladados, en los términos anticipados, acogemos las alegaciones preferentes de la apelante, sin necesidad de analizar las subsidiarias, que llevan a revocar la sentencia apelada y, por ello, a la estimación del recurso contencioso-administrativo, a declarar la nulidad de las actuaciones recurridas y acoger las pretensiones ejercitadas con la demanda.

SEXTO.- Costas y depósito.

Estando a los criterios en cuanto a costas del artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con los antecedentes y debate jurídico al que se ha dado respuesta en esa sentencia, con especial incidencia de los precedentes judiciales introducidos en el debate, como ha queda recogido, considera la Sala que justifica la no imposición de costas en relación con la de ambas instancias.

Por otro lado, la estimación del recurso de apelación y por mandato de la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ha de declarar la devolución del depósito constituido por la apelante.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Que, estimando el **recurso de apelación 338/2015** interpuesto por Foment Inmobiliari Assequible, S.A.U contra la sentencia nº 28/2015, de 12 de febrero de 2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Bilbao, que desestimó el recurso 84/2012, seguido por los trámites del procedimiento ordinario contra resolución de 10 de febrero de 2012, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Bilbao, que desestimo recurso de reposición interpuesto contra resolución del Concejal Delegado del Área de Urbanismo Vivienda y Medio Ambiente de 28 de octubre de 2011, que fijó las obligaciones previas a la obtención de licencia para la construcción de 18 viviendas y locales comerciales en el número NUM000 de la CALLE000, *debemos* :

1º.- Revocar la sentencia apelada y dejar sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso-administrativo.

2º.- Resolviendo el debate de primera instancia, estimar el recurso contencioso-administrativo, declarar la nulidad de las resoluciones recurridas y condenar al Ayuntamiento de Bilbao a reintegrar a la demandante del importe que haya abonado, así como los intereses legales desde la fecha de abono, con aplicación del artículo 106 de la LJ tras la notificación de esta sentencia.

3º No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.

4º Devolver a la apelante el depósito constituido.



Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ