



Roj: **STSJ PV 3690/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3690**

Id Cendoj: **48020330022016100462**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **11/11/2016**

Nº de Recurso: **420/2014**

Nº de Resolución: **484/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 420/2014 y**  
**ACUMULADO 89/2015**

**DE Ordinario**

**SENTENCIA NÚMERO 484/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En Bilbao, a once de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 420/2014 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna: el Acuerdo de 1 de abril de 2014 del Ayuntamiento de Bilbao (BOB núm. 78 de 25.4.2014), que aprueba definitivamente la modificación del PGOU, referida a la calificación de determinados suelos relacionados con el uso equipamental; y Acuerdo de 10 de diciembre de 2014 (BOB núm. 250 de 31 de diciembre de 2014), de aprobación definitiva de la modificación del PGOU en relación con la edificabilidad permitida a la parcela sita en c/ Martín Barua 21-Ikastola Urretxindorra.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : CENTRO COMERCIAL **MIRIBILLA XXI**, S.L., representada por el Procurador D. JOSÉ ARZUA AZURMENDI y dirigido por el Letrado D. GUILLERMO IBARRONDO ELIZAZU.

- **DEMANDADA** : AYUNTAMIENTO DE BILBAO, representado y dirigido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

- **OTROS DEMANDADOS**:

\* URRETXINDORRA IKASTOLA S.COOP., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. MARTA LEZOLA RUIZ y dirigida por el Letrado D. JUAN LUIS MORAGUES OREGUI.

\* MERCADONA, S.A., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. ITZIAR OTALORA ARIÑO y dirigida por el Letrado

Ha sido Magistrada Ponente la Iltma. Sra. D<sup>a</sup>. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 20 de junio de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que el Procurador D. José Arzua Azurmendi, actuando en nombre y representación de Centro Comercial Miribilla XXI, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 1 de abril de 2014 del Ayuntamiento de Bilbao (BOB núm. 78 de 25.4.2014), que aprueba definitivamente la modificación del PGOU, referida a la calificación de determinados suelos relacionados con el uso equipamental; y Acuerdo de 10 de diciembre de 2014 (BOB núm. 250 de 31 de diciembre de 2014), de aprobación definitiva de la modificación del PGOU en relación con la edificabilidad permitida a la parcela sita en c/ Martín Barua 21-Ikastola Urretxindorra; quedando registrado dicho recurso con el número 420/2014.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que

**TERCERO.-** En los escritos de contestación del Ayuntamiento de Bilbao, de Urretxindorra Ikastola S.Coop. y de Mercadona, S.A. en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho del Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Bilbao, adoptado en Sesión celebrada con fecha 1 de abril de 2014, dejándolo sin valor o efecto alguno, condenando a las partes codemandas a estar y pasar por tal declaración, con expresa imposición de las costas procesales causadas y con todo lo demás que proceda.

**CUARTO.-** Por Auto de fecha 04/06/2015 se acordó la acumulación de los recursos contencioso-administrativos registrados con los números 420/2014 y 89/2015.

**QUINTO.-** Por Decreto de 16 de noviembre de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

**SEXTO.-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SÉPTIMO.-** En el escrito de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**OCTAVO.-** Por resolución de fecha 26/10/2016 se señaló el pasado día 08/11/2016 para la votación y fallo del presente recurso.

**NOVENO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo, por la representación procesal de Centro Comercial **Miribilla XXI**, S.L. contra el Acuerdo de 1 de abril de 2014 del Ayuntamiento de Bilbao (BOB núm. 78 de 25.4.2014), que aprueba definitivamente la modificación del PGOU, referida a la calificación de determinados suelos relacionados con el uso equipamental; y Acuerdo de 10 de diciembre de 2014 (BOB núm. 250 de 31 de diciembre de 2014), de aprobación definitiva de la modificación del PGOU en relación con la edificabilidad permitida a la parcela sita en c/ Martín Barua 21-Ikastola Urretxindorra.

La parte recurrente interesa :

-La nulidad de las determinaciones relativas a la Nueva Área de Ordenación Remitida de la Ikastola Urretxindorra (suplico demanda obrante al f. 212-tomo I)

-Nulidad de la modificación del PGOU publicada en el BOB núm. 250/2014, en relación a las edificabilidades permitidas en la parcela sita en la calle Martín Barua núm. 21 (suplico demanda-f.139-tomo V).

Este recurso es de cuantía indeterminada.

**SEGUNDO.-** En relación con el primer Acuerdo impugnado, la parte recurrente sostiene que se ha procedido a modificar el PGOU únicamente para financiar la ampliación de las instalaciones de la ikastola.

La parte demandante hace referencia a los antecedentes de gestión del Área 910, en el que estaban incluidos parte de los terrenos de la ikastola con una superficie de 9.535m<sup>2</sup> (campos deportivos y de recreo, que estaban en fuera de ordenación). En el Proyecto de compensación se le adjudicaron participaciones en parcelas edificables de uso residencial (libre y protegida), y solar 75 (finca registral 24979) destinado a uso docente privado en pleno dominio. Ya se contemplaba la ampliación de la ikastola. En la parcela 76 se contemplaba un edificio destinado a uso terciario, construido actualmente y en funcionamiento. Se indica que la Junta de compensación del AR 910 está operativa, y no se ha disuelto.

La parte recurrente sostiene que la modificación consiste en extraer los terrenos de la ikastola (incluidos en el AR-910) para configurarlos como "nueva Área de Ordenación Remitida", a la que se asigna, por segunda



vez, un aprovechamiento diferente del AR-910, ya ejecutado. Y, además, se introduce un nuevo uso terciario, no previsto anteriormente. Se indica que se trata de financiar la ampliación de la ikastola, introduciendo usos más lucrativos. Y así se posibilita la adquisición de los patios de la ikastola, para la instalación de un centro comercial.

La parte recurrente considera que se ha extralimitado el ejercicio de la potestad discrecional del planificador. Se argumenta que se ha aprobado la modificación, tras conversaciones entre la ikastola y el Ayuntamiento, para posibilitar financiación para la ampliación de la ikastola. Y se indica que se configura una nueva AOR en la que se incluyen 9.535 m<sup>2</sup> ya gestionados, procedentes del AR-910, más 5.915 m<sup>2</sup> ya clasificados como suelo urbano consolidado. Es decir, lo que estaba consolidado deja de estarlo para posibilitar ingresos para la ampliación de la ikastola. Se indica que se trata de "urbanismo a la carta", y que es una operación meramente especulativa. Y se añade que el uso terciario se implanta a costa de los patios y zonas deportivas. Y que no se incluye ninguna justificación en la modificación relacionada con la existencia de una necesidad pública, ni en la ampliación de plazas docentes respecto de las preexistentes, ni en la necesidad de incrementar los usos terciarios.

Se indica que no existe memoria justificativa en lo relativo a la existencia de interés general, y que la modificación excede del ejercicio del ius variandi.

Finalmente se indica que existe "reserva de dispensación", concluyendo que a la parcela de reemplazo 75 del AR 910, con esta modificación se le dispensa de obtener el mismo rendimiento que a los demás terrenos incluidos en dicha AR, atribuyéndola un plus de edificabilidad urbanística media de 1,18 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, que se añade al ya atribuido y materializado en su día.

Se añade que no se justifica el cumplimiento de las dotaciones exigibles, remitiendo a un Plan Especial, contraviniendo la LS 2/2006 (art. 105); y tampoco se justifican los requisitos establecidos por la legislación sectorial.

La modificación del PGOU en relación con las edificabilidades permitidas en la parcela sita en la calle Martín Barua núm. 2-Ikastola Urretxindorra supone el incremento de las mismas, en concreto en uso terciario y aparcamiento autónomo.

**TERCERO.-** El Excmo. Ayuntamiento de Bilbao en su escrito de contestación a la demanda (f.602-tomo II) expone el alcance de la modificación, y se hace referencia a las solicitudes de distintas instancias, entre ellas la Ikastola. Se señala que se emitió un informe de 8 de mayo de 2013 por el jefe de la Subárea de Planeamiento del Área de Urbanismo, y se sometió la modificación al dictamen del Consejo Asesor de Planeamiento Municipal de Bilbao. Y se hace referencia a que se siguió el trámite establecido.

El Ayuntamiento sostiene que la finalidad de la modificación por lo que respecta a la Ikastola es posibilitar su ampliación, lo que considera que constituye una motivación de interés público, por la preferencia de los padres a integrar a sus hijos en el sistema de enseñanza concertada del centro. Y que trata de satisfacer la demanda de matriculación existente. Se señala que existe una justificación objetiva, y que no es controlable jurisdiccionalmente la valoración de la oportunidad de tal decisión. Se argumenta que no se está ejerciendo la potestad de planeamiento de forma irrazonable, arbitraria o vulneradora de los hechos determinantes o con desviación de poder. Asimismo se rechaza que exista reserva de dispensación.

En cuanto al incumplimiento del art. 105 de la LS 2/2006, en relación con el art. 5.3 del D.123/12, se sostiene que no se trata de un incremento de edificabilidad para uso de vivienda, y la concreción y ubicación de los estándares sólo es exigible en relación con las zonas verdes y reservas de viviendas de protección pública.

Se niega que exista reducción de los estándares urbanísticos del AR-910, y la demanda no concreta qué requisitos de la legislación sectorial educativa no se cumplen.

La Ikastola codemandada (f.669 y ss tomo III) argumenta que concurre el interés público al tratarse de una modificación del planeamiento cuya finalidad es permitir la ampliación de las instalaciones de la ikastola para una adecuada prestación del servicio público educativo. Sostienen que se trata de una entidad sin ánimo de lucro, que es una cooperativa, y que su finalidad es social y comunitaria. Y que si existiera excedente económico se reinvertiría en su totalidad en su objeto social o en el desarrollo de la propia institución. Se argumenta que la decisión se adopta dentro del margen del ius variandi, y que se trata del ejercicio de una potestad discrecional. Finalmente se alega que se cumplen los requisitos de la legislación sectorial en materia educativa.

Se aporta un informe pericial elaborado por la Sra. Violeta (f.814-tomo III). La perito expone la normativa modificada, así como el desarrollo urbanístico previo del AR-910, y en el apartado 2.11 afirma que "no es objeto de la Modificación recurrida la justificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en materia educativa"; que se justifica el cumplimiento de los estándares del D. 123/2012 ¿f.-833 y 834 tomo III.

**CUARTO.-** Prueba arquitecto Sr. Baltasar (tomo VII-f.72 y ss).

a) Parte de los terrenos objeto de la presente modificación se encontraban en el AR-910 (suelo urbanizable). En concreto, finca 24979-tomo 2223-libro 763- folio131- parcela edificable para uso docente privado denominada SZ-EDP, con 8.524 m<sup>2</sup>. Incluidos en el PP de **Miribilla** (aprobación definitiva 12.5.98-publicado BOB de 17.8.99, y posteriormente modificado el 30.10.02-publicado el 25.11.2002). Incluidos en el PC, se señalan las parcelas de resultado adjudicadas (ver f.80- 81-82)

b) Otra parte de los terrenos objeto de la modificación, y pertenecientes a la ikastola, eran suelo urbano consolidado: 24.11,12 m<sup>2</sup>, terreno ocupados por el edificio de las aulas de la ikastola.

c) Uno de los solares de reemplazo previstos en el PC estaba destinado a la ampliación de la ikastola, así como a patios y zonas deportivas. En concreto, la parcela núm. 75, edificable para uso privado, denominada SZ-EDP (f.82 informe). La construcción de tales zonas de patio o deportivas fue sufragada como "coste de urbanización", encontrándose los anteriores espacios deportivos en situación de fuera de ordenación, corriendo a cargo de la Junta de Compensación la reposición de las instalaciones deportivas.

d) La modificación crea una nueva AOR (Área de Ordenación Remitida), de Urretxindorra, Área 452. Esta AOR se integra por los terrenos antes incluidos en el AR-523 (suelo urbano consolidado), más los terrenos objeto de desarrollo del AR-910.

d) La modificación no implica la disminución o reducción de los estándares exigibles para el AR-910 (f.87 tomo VII- pg 15/39 del informe)

e) En lo que era el AR-910 se encuentra un edificio destinado a uso terciario.

El perito judicial considera que la modificación no representa un incremento del aprovechamiento porque se trata de un AOR de nueva creación integrada por terrenos que pertenecían al AR 541, y terrenos incluidos en el AR-523 (SUC), a la que se le asigna una nueva edificabilidad, por lo que no es comparable con la asignada a la totalidad del AR-910. Cuestión distinta es que dicha asignación posibilite que en la parcela de la ikastola se edifiquen 3.500 m<sup>2</sup> de equipamiento docente privado más 5.000m<sup>2</sup> destinado a otros usos (posible 2.500 m<sup>2</sup> a terciario y 2.500 m<sup>2</sup> a aparcamiento autónomo)-pg. 26/39 del informe. Se incrementa la edificabilidad de la parcela de la Ikastola Urretxindorra, de 1.18 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> a 1,27 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> (f. 28/39). Posteriormente se amplía a 3.000 m<sup>2</sup> la superficie para uso terciario.

**QUINTO.-** En conclusiones la parte recurrente argumenta que la única finalidad de la modificación, efectuada a requerimiento de la ikastola, es la financiación para acometer el coste de las obras de ampliación de las instalaciones. No existe ninguna otra justificación que derive de un déficit de superficies comerciales, o la insuficiencia de plazas escolares en la misma zona, donde existen otros centros con el mismo modelo educativo. Se indica que los demás centros educativos de la zona tienen 271 plazas vacantes (así colegio Iruarteta). Finalmente se concluye manteniendo que la desviación de poder por utilizarse el planeamiento como forma de financiación de intereses particulares.

El Ayuntamiento de Bilbao apoya los argumentos sostenidos por la ikastola, afirmando que, en su opinión, refuerzan la justificación de la modificación, ante la necesidad de atender a la oferta educativa, cuya implementación sólo se hace posible con la concesión de los aprovechamientos derivados de las modificaciones.

Urretxindorra Ikastola S.coop argumenta que es una entidad sin ánimo de lucro, declarada de utilidad pública y que está en régimen de concierto educativo de educación básica obligatoria y gratuito. Argumenta que se han creado 3.000 viviendas nuevas en el Barrio de **Miribilla**, lo que ha supuesto un incremento de la demanda de plazas escolares. Esto explica que haya puesto en marcha una tercera línea educativa, que supone un aula más por curso, por orden de 19 de septiembre de 2014 (posterior a la aprobación de la modificación). Se argumenta que para atender a esta línea educativa la ikastola precisa de un edificio escolar nuevo.

**SEXTO.-** La STSJPV Sección 2ª de 14.12.11 (rec. 330/2010 ) trata de resumir la posición jurisprudencial en relación con el ejercicio de la potestad de planeamiento y el control de la discrecionalidad:

*" El Tribunal Supremo en STS 14.7.11 (rec. 378/2008 ) se refiere al ejercicio de la potestad de planeamiento :  
" Esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado en repetidas ocasiones -sirvan de muestra las sentencias de 14 de febrero de 2007 (casación 5245/2003 ) y 28 de diciembre de 2005 (casación 6207 / 2002 ) - que la potestad para revisar o modificar el planeamiento es discrecional (ius variandi), de modo que, dentro de los márgenes establecidos en la normativa aplicable, el planificador urbanístico dispone de libertad para escoger, entre las distintas alternativas posibles, la que considere más conveniente para la mejor satisfacción del interés público. Libertad de criterio -no condicionada por derechos adquiridos, ni por compromisos anteriores de la Administración-, que no puede ser sustituida, en su núcleo de oportunidad, por la distinta opinión o voluntad de*





los particulares, ni por la decisión de los órganos jurisdiccionales ( artículo 71.2 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción). Por ello hemos insistido también en que el éxito alegatorio y argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o ha obrado al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976 (actuales artículos 2 y 3 del vigente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

En cuanto al control de la discrecionalidad, la STSJPV núm. 59/2010 de 27.1.10 (rec. 1380/2006) recuerda que:

"En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la STS 11.7.87 (Pte. Sr. Delgado), y posteriores ( STS 20.12.91 - Pte. Sr. Delgado Barrio; STS 21.1.97 -Pte. Sr. Sanz Bayón, STS 23.4.98 - Pte. Sr. Sanz Bayón etc.) ha venido acogiendo la doctrina del control de la discrecionalidad de los aspectos discrecionales de las potestades administrativas, en el ámbito de la potestad de planeamiento urbanístico.

Tras afirmarse el *ius variandi* reconocido a la Administración, por la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, que justifican el que la Administración pueda revisar o modificar el planeamiento urbanístico por exigencias del interés público actuando discrecionalmente (no arbitrariamente) y con observancia de los principios contenidos en el art. 103 de la CE, se ha reiterado por el Tribunal Supremo que esta facultad innovadora de la Administración materializada en la ordenación de un Plan Urbanístico, tiene unos límites propios derivados del necesario acatamiento de los estándares urbanísticos previstos en la legislación general sobre ordenación del suelo, no menos que a la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una realidad social.

El control de la discrecionalidad se desarrolla a través de: a) el control de los hechos determinantes, que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad; b) el enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho, lo que implica que la actuación de la Administración ha de ajustarse a las exigencias de dichos principios.

La STS 11.7.87 afirmó que la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos, para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de forma que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, la decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico, y concretamente, el art. 9.3 de la CE.

La motivación de la decisión del planificador se plasma en la memoria, como exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido o las modificaciones introducidas. Como se indica en la STS 26.7.06 (Pte. Sr. Menéndez- rec. 2393/03) " el ordenamiento jurídico habilita a la Administración para actuar atribuyéndole potestades, atribución que se realiza siempre atendiendo al logro de un determinado fin que explícita o implícitamente dibuja el propio ordenamiento, puesto que "sólo el fin perseguido 'justifica' una actuación administrativa y además ese fin ha de ser precisamente el 'fijado' por el ordenamiento jurídico". Y más adelante: El control de la discrecionalidad administrativa en el ámbito urbanístico, como se indica en la STS 21.1.97 entre muchas otras, opera a través de la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos."

Y la STSJPV de 4.2.2011 (rec. 74/2010), en la que decimos:

*Potestad discrecional del planificador en el ámbito urbanístico: control jurisdiccional.*

Con lo que se lleva expuesto se desprende que estamos ante un recurso en el que incide sobre la potestad del planificador urbanístico, lo que hace necesario trasladar qué entendimiento se le ha dado en constante jurisprudencia, a lo que se ha venido identificando en sede jurisdiccional como control de la potestad discrecional del planificador.

Han sido supuestos varios en los que en materia urbanística nos hemos referido a la STS de 20 de enero de 1992 EDJ1992/343, que hemos denominado clásica a este respecto, cuyas conclusiones se han reiterado, y así las vemos recogidas, entre otros, en los Fundamentos Jurídicos 2º y 3º de la STS de 29 de septiembre de 1993,, que por su significado, trasladaremos lo que en ellos se razona, así:

Segundo.- Y ya con este punto de partida, sobre la base de la profunda discrecionalidad del planeamiento será de recordar que el «genio expansivo» del Estado de Derecho ha dado lugar al alumbramiento de un conjunto



de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de Administración, tan ampliamente dibujado por el art. 106.1 de la Constitución EDL1978/3879 , se extienda incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas. Nuestra jurisprudencia ha venido acogiendo los logros doctrinales al respecto:

A) En primer lugar, a través del control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

B) Y, en segundo lugar, mediante la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del Derecho que son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas. Tales principios - art. 1.º 4 del Título Preliminar del Código Civil EDL1889/1 - informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos -la Administración no está sometida sólo a la Ley sino también al Derecho, art. 103.1 de la Constitución EDL1978/3879 -.

Claro es que esta doctrina es plenamente aplicable a los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento. Por ello la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer término, a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación injustificada de los criterios generales del plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos - art. 9.º, 3 de la Constitución EDL1978/3879 - que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.

Existe a este respecto una frondosa jurisprudencia- SS. 22 septiembre EDJ1986/5620 y 15 diciembre 1986 EDJ1986/8275 \ \ 6078 y \ \ 1139), 19 mayo EDJ1987/3911 y 21 diciembre 1987 \ \ 6877 y \ \ 9687), 18-7-1988 EDJ1988/6394 \ \ 5914 ), 23 enero EDJ1989/412 y 17 junio 1989 EDJ1989/6159 \ \ 427 y \ \ 4732), 20 marzo EDJ1990/3094 y 22 diciembre 1990 EDJ1990/11918 \ \ 2246 y \ \ 10183), 11 febrero , 27 marzo EDJ1991/3331 y 2 abril 1991 \ \ 784, \ \ 2226 y \ \ 3278), 20 enero EDJ1992/343 , 17 marzo EDJ1992/2565 y 14 abril 1992 EDJ1992/3675 \ \ 715, \ \ 2226 y \ \ 4146), 15-3-1993 \ \ 2523), etc.-.

Tercero.- Más concretamente ha de señalarse que, como reiteradamente declara el Tribunal Supremo, de la «racionalidad en la actuación administrativa» deriva una necesidad de «coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación» -S. 8-10-1990 EDJ1990/9113 \ \ 7842)- y puesto que ha de presumirse que las reglas generales del plan «obedecen a un designio racional... apartarse de él supone una incoherencia» si tal desviación «no aparece respaldada por una justificación suficiente»- S. 20-3-1990 EDJ1990/3094 \ \ 2246)-.

Y esta coherencia del Plan, exigencia racional imprescindible salvo causa justificada, implica una importante reducción de la discrecionalidad, discrecionalidad esta profunda en el momento inicial de la redacción y atenuada a medida que se va produciendo su concreto desarrollo.

En efecto, sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a ciertos «objetivos» se contemplan y «analizan» las «distintas alternativas posibles» ha de producirse la «elección» de un determinado modelo territorial que además ha de «justificarse»; éste es el momento de máxima discrecionalidad pues son posibles varias -incluso muchas- soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los «criterios de la ordenación» propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión - «elección»- del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia - así, SS. 2-4-1991 \ \ 3278 ), 15-3-1993 , etc.

Y la STS 5.7.2012 (rec. 3038/10 ) dice:

Más recientemente esta Sala ha declarado ---como es el caso de la Sentencia de 14 de junio de 2011 ---, que la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1 , 9.3 y 14 de la Constitución . Así, entre otras, deben citarse las SSTs de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003 ) , 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003 ) y 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004 ). En la primera de ellas se insiste precisamente en que "las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas



*de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal".*

*Por ello, la potestad de planeamiento es materia en la que la Administración actúa discrecionalmente — que no arbitrariamente— y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución ; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 de la Ley del Suelo , Texto Refundido de 1976 y en el reciente Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio — que citamos a efectos meramente ilustrativos— que insiste en su artículo 3.1 en que: " El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve " ( sentencias, entre muchísimas otras, de 30 abril y 13 julio 1990 , 3 abril , 9 julio , 21 septiembre , 30 octubre y 20 diciembre 1991 , 27 febrero , 28 abril y 21 octubre 1997 y las en ellas citadas).*

*La interdicción de la arbitrariedad, como límite de la potestad de planeamiento tiende a asegurar la coherencia y racionalidad del planeamiento, eliminando las decisiones que carecen de justificación objetiva, sin adentrarse en la valoración de la oportunidad de la decisión.*

Y la STS 30.10.13 (rec. 2258/2010 -Pte. Sr. Fernández Valverde) dice en su FJ.VII:

*"- Así, entre otras, en las SSTS de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003 ) , 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003 ) y 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004 ) hemos insistido, precisamente, en que "las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal".*

*Más en concreto, en la STS de 20 de abril de 2011 (casación 1735/2007 ) declaramos que "(...) La potestad para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística no es sólo una potestad, sino que constituye, además, un deber administrativo de inexorable cumplimiento cuando las circunstancias del caso lo exijan, como señala el artículo 156.d) del Reglamento de Planeamiento . Estas circunstancias del caso vienen representadas por la satisfacción de los intereses generales, que pueden demandar los cambios precisos para mejorar y perfeccionar la ordenación del suelo. En definitiva, la potestad de planeamiento incluye la de su reforma o sustitución, para realizar los ajustes necesarios a las exigencias cambiantes del interés público. Esta doctrina tradicional, y consolidada por la jurisprudencia de esta Sala, sobre el ejercicio del "ius variandi" no está exenta de límites. Así, los contornos dentro de los cuales se ha de mover la decisión del planificador son, quizás el más significativo, la proscripción de la arbitrariedad, pues la decisión tiene un carácter discrecional, pero nunca arbitrario, de modo que resultan de aplicación las técnicas tradicionales del control de los actos discrecionales, como el control de los hechos determinantes, la motivación y no incurrir en desviación de poder. Además, ha de ajustarse en tal planificación al interés público que constituye el epicentro de toda su actuación, siempre tomando en consideración la función social que constitucionalmente cumple el derecho de propiedad, ex artículo 33.2 de la CE ".*

*También se ha afirmado en la jurisprudencia de esta Sala y Sección la necesidad de que el cumplimiento de este requisito teleológico se justifique y motive convenientemente en la Memoria del instrumento de planeamiento ( STS de 20 de octubre de 2003 ), siendo más exigente y pormenorizada la necesidad de motivación a medida que se reduce el ámbito de la innovación del planeamiento, más rigurosa en supuestos de modificaciones puntuales que de revisiones del planeamiento.*

*Esta Sala se ha pronunciado con reiteración acerca de la necesidad de motivación de los Planes de urbanismo. Así, en la STS de 5 de junio de 1995, Recurso de Apelación 8619/1990 (reiterando lo dicho, entre otras, en las SSTS de 25 de abril , 9 de julio y 20 de diciembre de 1.991 , 13 de febrero , 18 de mayo y 15 de diciembre de 1.992 ), ya advertimos sobre el carácter trascendental de la motivación del planeamiento, declarando que "la amplia discrecionalidad del Planeamiento, conjunto normativo emanado de la Administración, con la repercusión que ello puede comportar en la regulación del derecho de propiedad — artículos 33.2 de la Constitución — justifica la necesidad esencial de la motivación de las determinaciones del planeamiento..."; y, en la más reciente STS de 26 de febrero de 2010, RC 282/2006 indicamos que "... el control de la discrecionalidad administrativa en el orden urbanístico, ... impone que en el ejercicio de potestad discrecional, como presupuesto de legitimación, se han de explicar las razones que determinan la decisión. Y ésta justificación ha de hacerse con criterios de racionalidad expresados en la memoria. Sólo así podremos diferenciar la discrecionalidad de la pura arbitrariedad". Por su*





parte, en la STS de 4 de febrero de 2011, RC 194/2007 , se expuso que " ... la motivación que se contiene en la Memoria de la modificación puntual constituye una garantía primaria frente a la arbitrariedad en las determinaciones del planeamiento ...".

En fin, la importancia de la motivación en el ejercicio de esta potestad es explícitamente indicado en el artículo 3 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo , Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, al señalar: "El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve".

Y la STS 25.5.09 (rec. 6246/2005 ) en la que se dice:

¿..entre otras muchas, la sentencia de 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003 - o la de 26 de julio de 2006 -casación 2393 / 2003 ) en la última de las cuales insistimos precisamente en que " las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal ".

El cumplimiento de este requisito teleológico se ha de justificar y motivar convenientemente en la Memoria del instrumento de planeamiento ( sentencia de 20 de octubre de 2003 ), resultando dicha exigencia de motivación más rigurosa y precisa cuanto más reducido sea el ámbito territorial abarcado por la modificación.

Esta conclusión, asumida de manera pacífica por la doctrina especializada en la materia desde tiempo atrás, se ha llegado a positivizar en la legislación urbanística autonómica; así, en el artículo 6 del citado Decreto Legislativo canario 1/2000, de 8 de mayo , en el que se insiste en la subordinación en las actuaciones urbanísticas de " los intereses individuales a los colectivos y, en todo caso, al interés general ", debiéndose " impedir la desigual atribución de cargas y beneficios en situaciones iguales ", y organizar de manera " racional y conforme al interés general " la ocupación y el uso del suelo. También el reciente Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, -que citamos a efectos meramente ilustrativos- insiste en su artículo 3.1 en que: " El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve ".

Es por otra parte reiterada la jurisprudencia que considera incursas en desviación de poder ( artículo 70.2 LRJCA ) las modificaciones puntuales del planeamiento efectuadas con el propósito principal de legalizar o regularizar edificaciones ilícitamente construidas ( Sentencias de 18 de febrero de 2004 -casación 2565/2001 -, 10 de julio de 2007 -casación 8758/2003 - y 7 de octubre de 2008 -casación 5877/2004 -). Y la que proscribe, por incurrir en reserva de dispensación e infracción del principio de igualdad, el establecimiento en el Plan de ordenaciones singulares o especiales que sólo benefician a determinados propietarios en detrimento de los demás y no se amparan en finalidades de interés público ( Sentencias de 18 de julio y 23 de junio de 2006 - casación 390/2003 y 161/2003 - y 24 de junio de 2008 -casación 4567/2004 -).

Esta Sala dictó STSJPV núm. 47/2011 en el recurso contencioso-administrativo núm. 48/09, con fecha 20 de enero de 2011 en la que decíamos:

"La oferta de plazas docentes concierne tanto a los centros privados como a los centros públicos y no solo a los instalados en un determinado ámbito del municipio. Por lo tanto, la satisfacción de las necesidades educativas de la población no puede ser abordada en atención exclusivamente a los datos de escolarización en los colegios privados del término municipal ( folios 5-9 del expediente de modificación) y menos a la evolución de la demanda en un determinado centro."

**SÉPTIMO.-** El núcleo del debate suscitado por la parte recurrente se centra en determinar si se ha ejercido la potestad de planeamiento extralimitándose del margen propio de la discrecionalidad propia del planificador. El Ayuntamiento niega que exista arbitrariedad, desviación de poder, falta de motivación, reserva de dispensación y exceso en la potestad del ius variandi porque considera que la finalidad pretendida por la modificación la justifica suficientemente. Explícitamente se reconoce que la finalidad de la modificación es financiar la ampliación de la ikastola, y la satisfacción de las peticiones de matriculación de ésta, lo que considera que satisface el interés público, como concurrente. Y se añade que existe una justificación objetiva, y que el control jurisdiccional no puede adentrarse en la oportunidad de la decisión.

Como puede observarse al decisión municipal se justifica en la solicitud efectuada por la Ikastola de abrir "nuevas vías de financiación, a través de la compatibilización del uso escolar con otros usos lucrativos", para asumir la inversión que supone la ampliación de la ikastola. Es preciso señalar que la ikastola es un centro docente privado, aunque concertado. Y, en segundo lugar, que la modificación, como está claramente reconocido, no consiste en recalificar suelo para posibilitar la implantación o ampliación del centro, sino en posibilitar usos lucrativos compatibles con el equipamental, para financiar la construcción/ampliación de la





ikastola. La legislación urbanística contempla la obtención del suelo y derechos destinados a dotaciones públicas de la red de sistemas generales y locales, pero no de las dotaciones equipamentales privadas.

La Sala, en la STSJ PV de 20.1.2011, en relación con las necesidades educativas, expuso su posición respecto de que la consideración de las mismas no puede efectuarse desde la consideración de los datos de un único centro. Es decir, las necesidades educativas se satisfacen tanto por centros públicos, como por centros privados, concertados o no. Pero no es la necesidad de ampliación de un único centro, como consecuencia de la preferencia que pudiera existir, la que puede justificar la decisión del planificador, sustentada en el interés público en materia de educación.

Aunque el Ayuntamiento de Bilbao justifica la decisión en la existencia de intereses concurrentes, el público y el privado, no se aporta otra justificación que la demanda de escolarización del propio centro. La Ikastola codemandada alega, en su escrito de conclusiones, que se da respuesta a la "demanda escolar planificada por el Gobierno Vasco". Pero la Orden de la Consejera de Educación, Política Lingüística y Cultura, que pone en marcha una tercera línea, y que supone un aula más por curso, es de 19 de septiembre de 2014 posterior a la modificación del planeamiento. Esto llevaría a que la modificación del planeamiento no es "la respuesta" a la Orden, sino que la puesta en marcha de la tercera línea es la que se relaciona con la modificación aprobada. En todo caso, tampoco se cuestiona que la ikastola tenga demanda escolar superior a su capacidad. Y, en realidad, cuando se gestionó el AR-910 se tuvo en consideración la situación de la ikastola, y sus necesidades de ampliación.

Como hemos indicado el interés público no puede sustentarse en las necesidades de ampliación de un centro educativo privado concreto, sino en la insuficiencia de las dotaciones públicas y privadas para atender la demanda educativa, lo que explicaría la delimitación de ámbitos para la implantación de equipamientos docentes, públicos y/o privados. Por la ikastola y por el Ayuntamiento, se expone que el interés público reside en el servicio público que la ikastola gestiona indirectamente a través del concierto educativo. En realidad el régimen de conciertos educativos regula el sostenimiento con fondos públicos de los centros concertados para impartir enseñanza gratuita en niveles docentes obligatorios principalmente. Los fines del Régimen de Conciertos, es hacer efectivo en los Centros docentes privados el derecho a la educación básica obligatoria y gratuita, y facilitar el acceso a la educación no obligatoria. Precisamente porque se está colaborando en la prestación de un servicio público, se contempla, desde la normativa de planeamiento, el uso equipamental docente privado. La red privada de centros docentes complementa la Escuela Pública, los centros públicos, y, en éste sentido, participan en la prestación de un servicio público. Esto explica efectivamente el que se suscriban conciertos educativos con centros privados, y se subvencionen con fondos públicos determinados niveles educativos. Pero esta circunstancia no excluye que se trata de un centro privado, y que, el que sea un centro docente concertado, no justifica, en opinión de la Sala, una decisión del planificador sustentada exclusivamente en la necesidad de buscar una vía de financiación para la ampliación del centro, mediante la modificación del planeamiento de un suelo urbano ya gestionado, para conferirle usos lucrativos que abran la vía de obtención de un beneficio económico privado, para construir un centro educativo privado. Como hemos señalado no se aporta ningún dato que permita afirmar que las necesidades educativas exijan la ampliación de la ikastola, y que no puedan ser satisfechas por otros centros educativos públicos y/o privados concertados.

Lo que, en opinión de la Sala, excede el ámbito de la discrecionalidad es utilizar la potestad de planeamiento con la única finalidad de financiar la ampliación un equipamiento docente privado concreto, instrumentalizando el planeamiento como medio de financiación, y ejerciendo lo que venimos denominando "urbanismo a la carta", para satisfacer los intereses privados de ampliación de la ikastola. Desde luego no se aporta ninguna justificación de la necesidad de implantar usos terciarios, cuando en el ámbito ya gestionado se encuentra un edificio destinado a uso terciario.

Estima la Sala, en conclusión, que no se trata de una cuestión de "oportunidad" como se sostiene por el Ayuntamiento de Bilbao, excluida del control jurisdiccional. Las modificaciones impugnadas, en opinión de la Sala, incurren en exceso en el ejercicio de las potestades discrecionales del planificador municipal, porque se considera que la justificación ofrecida no satisface la exigencia de servir con objetividad los intereses generales, sino que se dirige a satisfacer los intereses privados, de financiación del centro docente privado, instrumentalizando la potestad del planificador como vía de financiación privada.

Respecto del motivo relativo a que no se justifica el cumplimiento de las dotaciones exigibles, o el cumplimiento de los requisitos de la legislación sectorial, se efectúa en términos generales, sin especificar y concretar los incumplimientos.

**OCTAVO.-** Sin que proceda expresa imposición de las costas procesales causadas, considerando las dificultades que entraña el control de la discrecionalidad en el ámbito de la potestad de planeamiento y el ejercicio del "ius variandi", por lo que la Sala considera que no procede imponer las costas a los codemandados.



Por lo expuesto,

### FALLAMOS

**QUE, DEBEMOS ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE CENTRO COMERCIAL MIRIBILLA XXI, S.L. CONTRA EL ACUERDO DE 1 DE ABRIL DE 2014 DEL AYUNTAMIENTO DE BILBAO (BOB NÚM. 78 DE 25.4.2014), QUE APRUEBA DEFINITIVAMENTE LA MODIFICACIÓN DEL PGOU, REFERIDA A LA CALIFICACIÓN DE DETERMINADOS SUELOS RELACIONADOS CON EL USO EQUIPAMENTAL, EN LAS DETERMINACIONES RELATIVAS AL ÁREA DE ORDENACIÓN REMITIDA DE IKASTOLA URRETXINDORRA; Y ACUERDO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2014 (BOB NÚM. 250 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2014), DE APROBACIÓN DEFINITIVA DE LA MODIFICACIÓN DEL PGOU EN RELACIÓN CON LA EDIFICABILIDAD PERMITIDA A LA PARCELA SITA EN C/ MARTÍN BARUA 21- IKASTOLA URRETXINDORRA. SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS.**

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días ( Artículo 89.1 de la LRJCA ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TSJPV de fecha 3 de junio de 2016 , y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0420 14, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

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