



Roj: **STSJ PV 3703/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3703**

Id Cendoj: **48020330022016100468**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **420/2015**

Nº de Resolución: **530/2016**

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 420/2015

DE Ordinario

SENTENCIA NÚMERO 530/2016

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En Bilbao, a treinta 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 420/15 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna la OF 3848/2015, de 15 de mayo de 2015, de la Diputación Foral de Bizkaia (BOB núm. 96 de 22.5.15), relativa al PGOU del Municipio de Izurtza; y contra el acto administrativo de 15 de junio de 2015 que dispone la publicación de la normativa de dicho PGOU.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : D^a. Macarena , D. Ricardo , D^a. Patricia y D. Teodosio , representados por la Procuradora D^a. Begoña Urizar Arancibia y dirigidos por el Letrado D. Manuel de Vicente Unzaga.

- **DEMANDADOS** :

* Diputación Foral de Bizkaia, representada por la Procuradora D^a. Mónica Durango García y dirigida por la Letrada D^a. Arantzazu Arranz Bilbao.

* Ayuntamiento de Izurtza, representado por el Procurador D. Luis Pablo López-Abadía Rodrigo y dirigido por el Letrado D. Joseba de Beristain.

Ha sido Magistrada Ponente la Il^{ta}. Sra. D^a. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El día 22 de julio de 2015 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que la Procuradora D^a. Begoña Urizar Arancibia, actuando en nombre y representación de D^a. Macarena , D. Ricardo , D^a. Patricia y D. Teodosio , interpuso recurso contencioso-administrativo contra la OF 3848/2015, de 15 de mayo de 2015, de la Diputación Foral de Bizkaia (BOB núm. 96 de 22.5.15), relativa al PGOU del Municipio de Izurtza; y contra el acto administrativo de 15 de junio de 2015 que dispone la publicación de la normativa de dicho PGOU; quedando registrado dicho recurso con el número 420/15.

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 estimando el recurso, se declare la disconformidad a Derecho de los actos administrativos impugnados. Se declare la nulidad de la Orden Foral 3848/1, de 15/5/2015, de la Diputación Foral de Bizkaia, por la que se aprueba definitivamente el PGOU de Izurtza, con denegación parcial de la aprobación y el acto administrativo de 15/6/2015, por el que se dispone la publicación de la normativa de dicho Plan y, subsidiariamente, declare la nulidad del referido Plan General en cuanto a la clasificación de la parcela con dirección postal Elexalde 13-A, clasificándola como suelo urbano. Con condena en costas a la Administración demandada.

TERCERO.- En los escritos de contestación de la Diputación Foral de Bizkaia y del Ayuntamiento de Izurtza, 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 desestime el recurso en todos sus pedimentos, confirmándose en consecuencia la conformidad a Derecho de la Orden Foral 3848/2015, por la que se aprueba el PGOU del municipio de Izurtza y del acto administrativo de 15/6/2015 por el que se dispone la publicación de su normativa, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Por Decreto de 28 de abril de 2016 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

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

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

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 22/11/16 se señaló el pasado día 30/11/16 para la votación y fallo del presente recurso.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la OF 3848/2015, de 15 de mayo de 2015, de la Diputación Foral de Bizkaia (BOB núm. 96 de 22.5.15), relativa al PGOU del Municipio de Izurtza; y contra el acto administrativo de 15 de junio de 2015 que dispone la publicación de la normativa de dicho PGOU.

La cuantía de este recurso es indeterminada.

Los motivos de impugnación, resumidamente expuestos, son los siguientes:

1.-Al mantenerse la carretera BI-623 (al no construirse la variante), el tráfico desaconseja la edificación en torno a la carretera, por lo que el mantenimiento de la nueva edificación residencial constituye un ejercicio arbitrario de las potestades discrecionales, puesto que el propio documento lo considera "equivocada configuración de ocupación" y "errónea previsión de modelo territorial". Además, se invocan los arts 43 y 45 de la CE , art. 47 CE , art. 4 del TRLS, porque los emplazamientos previstos se verán afectados por la contaminación acústica procedente de la carretera. Todos los nuevos desarrollos incumplen los objetivos de calidad acústica, según el Estudio Acústico (AOU 11.2 Garauntza 2, AOU 11.3 Garauntza 3, AOU 11.2-Moxolotoki, AOU 14.2 Arana Berri.

2.-Se argumenta que si se incumplen los objetivos de calidad acústica no puede acudir a declarar Zona de Protección Acústica Especial, que es un mecanismo excepcional previsto en el D. 213/2012 de 16 de octubre.

3.-El proceso de participación ciudadana ha sido insuficiente.

4.-Además, el proceso de participación ciudadana partía del presupuesto de que la carretera BI-623 se convertiría en calle urbana.

5.-Informe previo del Consejo Asesor del Planeamiento. Se indica que no es exigible en Izurtza (art. 109 LSUE), pero que es aplicable por "decisión municipal". Y se cita la STSJPV de 17.3.2010 (rec. 101/2008).

6.-Efectos de la aprobación parcial: sigue manteniéndose en gran parte el planeamiento anterior, lo que genera incoherencias, en lo relativo a la oferta residencial y su cuantificación, o p.e. en relación con la Rotonda de AOU-23, que parcialmente está diseñada en ámbito suspendido (AOU-22)

7.-Imputación del coste de ejecución de sistemas generales a los ámbitos de desarrollo. Se invoca la STC 94/2014, de 12 de junio, indicando que se exige una justificación suficiente para efectuar esta imputación que debe ser "funcional" y "necesaria" para el desarrollo del ámbito. Y se dice que Garauntza 2 y Garauntza 3 parece que se imputa a los particulares el coste; en Moxolotoki hay información contradictoria, y Arana Berri está gravada con el coste de los sistemas generales.

8.-Falta de equidad en la distribución de beneficios y cargas entre los distintos ámbitos de planeamiento y falta de motivación.

9.-Grave insuficiencia del estudio de viabilidad económica.

10.-Se indica que no se cumplieron las condiciones fijadas en la Orden Foral 3848/2015, pese a lo cual se acuerda la publicación.

11.-Se indica que existen omisiones graves en lo relativo a la capacidad de la Hacienda Local para afrontar las inversiones: así, no se incluye el coste de suelo urbanizado para la rotonda AOU-23 Arbizolea; no se incluyen sistemas generales que se imputan a particulares, aunque lo prudente es pensar que no vaya a ser así. No se ha actualizado el estudio de los ingresos esperados. Grave insuficiencia del informe relativo a la capacidad municipal para afrontar los costes de mantenimiento de las infraestructuras y de puesta en marcha y prestación de los servicios resultantes.

12. Clasificación de la parcela de Elexalde 13-A: inicialmente se consideró que debía ser clasificada como suelo urbano, y finalmente se ha clasificado como suelo no urbanizable. Y ello sin justificación alguna del cambio de criterio. Se desestimó la alegación porque se indicaba que no está inserta en la trama urbana. Pero según se sostiene por la parte recurrente, cumple todos los requisitos exigidos en el art. 11 de la LSUE.

SEGUNDO .- La Diputación Foral de Bizkaia expone su posición indicando:

1.- No está prevista la construcción de ninguna variante.

2.-La carretera BI-623, que atraviesa el municipio, es el principal foco de ruido. En el Estudio de Ruido se concluye en relación con los nuevos desarrollos previstos la ejecución de pantallas acústicas de 4 metros de altura, debiendo ser declaradas Zonas de Protección Acústica Especial.

3.-Se ha seguido el proceso de participación ciudadana, incluidas 4 consultas populares. El Consejo Asesor de Planeamiento trató los resultados de las consultas, y ha intervenido en el avance, la aprobación inicial y provisional.

4.-Se sostiene, por lo tanto, que se cumple con la normativa medioambiental y de participación ciudadana.

5.-Respecto de la aprobación parcial, se discrepa de las apreciaciones de la parte recurrente, y se señala que sólo se suspendió la aprobación definitiva de una parte del suelo urbano; y la incertidumbre es mínima, porque se trata de suelos con edificaciones existentes que apenas inciden en el incremento residencial.

6.-En cuanto a la inclusión de los sistemas generales, la DFB discrepa de la valoración que efectúa la parte recurrente, porque considera que sí son funcionales y necesarios para el desarrollo del ámbito afectado.

7.-Respecto de la equidistribución, se indica que la parte hace referencia a "unidades de ejecución", cuando son áreas, siendo el requisito del 5 % de obligado cumplimiento respecto de las UE dentro de una misma área.

8.-Se considera suficiente el estudio de viabilidad económica y memoria de sostenibilidad.

9.-En cuanto a la parcela Elexalde 13-A, propiedad de los recurrentes, existe motivación. Los recurrentes presentaron alegaciones y se resolvieron en contra. Cuestión distinta es que no se compartan. Y se indica que las anteriores NNSS recogían un ámbito de suelo urbano que ahora se desclasifica, porque no era un suelo transformado urbanísticamente. Y la concreta parcela de los recurrentes, se mantiene el criterio de considerar que no reúne los requisitos exigidos legalmente. Se señala que en una parte colinda con suelo urbano, pero el vial de acceso no es propiamente urbano, y el resto de la parcela no tiene ese carácter.

10.-Finalmente, se indica que se publicó la normativa cuando se subsanaron los defectos observados.

TERCERO .- El Ayuntamiento de Izurtza se opone a la demanda efectuando una exposición de los hechos, y alegando que:

1.-No existe incoherencia en el planificador, que ha estimado fundamental el fortalecimiento de un ámbito central residencial Barrio de Elexalde. Y se indica que los ciudadanos de Izurtza se decantaron por el mantenimiento de los suelos residenciales aislados y de borde (consulta núm. 3).

2.-La calidad acústica tiene solución técnica y jurídica en el proceso de ejecución de las determinaciones de la ordenación. Es correcta la adopción de medidas de corrección mediante la declaración de Zonas de Protección Acústica Especial.

3.-Ha existido proceso de participación ciudadana. Se añade que el mantenimiento de la BI-623 no desnaturaliza el modelo del municipio, puesto que los crecimientos previstos son los mismos que en el anterior planeamiento.

4.-En cuanto al Consejo Asesor de Planeamiento, se recuerda que Izurtza no está obligado por el art. 109 de la LS 2/2006. Y la exigencia es únicamente la que resulta del Reglamento Municipal, indicando las sesiones que se celebraron.

5.-Respecto de la aprobación definitiva parcial, se alega que es de aplicación el art. 91.6 de la LS/2006, y que la suspensión afectó al 37,86 % del suelo urbano en concretos ámbitos urbanísticos. Y en cuanto a la oferta residencial, es conocida y se posicionó la COTPV. Respecto de la viaria, la alegación no condiciona su prosperabilidad urbanística.

6.-En cuanto a la ejecución de los sistemas generales de los ámbitos de desarrollo, se expone respecto de los distintas actuaciones integradas, sosteniendo que son funcionales y necesarias para el desarrollo de los distintos ámbitos.

7.-Equidistribución de beneficios y cargas: no existe lesión.

8.- Suficiencia del estudio de viabilidad económica, memoria de sostenibilidad. Se señala que consta el desglose de las cargas, y que se remitió la documentación solicitada por la Diputación Foral.

9.-Parcela 13-A de Elexalde. Existe suficiente justificación de la decisión, concluyendo que no reúne los requisitos para ser clasificada suelo urbano, concluyendo que se trata de un terreno rural.

CUARTO .- Prueba practicada. Hechos.

La parte demandante solicitó designación judicial de perito, Arquitecto Superior Colegiada, prueba a la que renunció mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2016.

Además de la prueba documental aportada, se ha practicado, a instancia de la parte demandada, prueba pericial-testifical por el Arquitecto Municipal. Consta un informe identificado con el núm. 16/15 de fecha 13 de abril de 2015, en relación con la parcela "objeto de expediente expropiatorio", en el que se indica que la parcela de 5.407 m², estaba clasificada como suelo urbano, sistema general de Espacios Libres y Sistema General de Cauces Fluviales (OF 785/1995 de 15 de diciembre-BOB de 13 de junio de 1996); y en el PGOU está clasificada como suelo no urbanizable, Agrario de Especial protección y Mejora ambiental (franja limítrofe con la antepara). El informe prosigue analizando la trama urbana de Izurtza, y concluye que la parcela controvertida se encuentra fuera de dicha trama.

Además, se presentaron certificados de la Sra. Secretaria (f.344 y ss), en los que se certifican "según informe 10-16 de fecha 17 de marzo de 2016", "según informe 13-16 de 17 de marzo de 2016", "según informe 12-16 de 17 de marzo de 2016" y "según informe 14-16 de 17 de marzo", informes del Arquitecto municipal. No se aportaron los informes del arquitecto municipal, sino cuatro certificados suscritos por la Secretaria, con el visto bueno de la Alcaldesa.

Según se expone por el Ayuntamiento de Izurtza en el escrito de contestación a la demanda:

-total suelo urbano: 157.505 m²

-total ámbitos suspendidos : 59.570 m².

Suelos aprobados previsión desarrollo residencial:

AOU 12.2. Moxolotoki..14 viviendas-suelo de propiedad municipal

AOU 14.2 Arana Berri: 14 viviendas

AOU 8.1 Txakoli: 1 vivienda

Desarrollos residenciales previstos en la modificación de las NNSS/2013: Garauntza 2 (5 viviendas) y Garauntza 3 (15 viviendas).

Suspendido el desarrollo previsto de 11 viviendas.

Según resulta de las fichas urbanísticas del PGOU aprobado:



Según las determinaciones del PGOU se contempla la aplicación del art. 45 del D. 213/2012 en relación con **Garauntza 2** (AOU 11.2), que mantiene las características generales contempladas en la Modificación Puntual de las NNSS aprobadas mediante OF 1137/2013, de 14 de febrero.

Garauntza 3 (AOU 11.3), según se indica en el PGOU cumple con los Objetivos de Calidad Acústica.

Moxolotoki (AOU 12.2) cumple con los OCA en el 92 %, e incumple en un 8% del espacio (parte trasera del frontón), donde no se ubicarán usos residenciales.

El AOU 14.2-Arana Berri es de ordenación diferida a un PEOU; en éste ámbito se contempla una pantalla acústica de 4 metros de altura sobre la rasante actual ubicada en la parte interior del ámbito. Además se indica que el PE deberá contener un estudio acústico que estudiará alternativas.

La **OF 3848/2015, de 15 de mayo** (BOB de 22.5.2015) relativa al PGOU de Izurtza dice en su apartado 2:

2. *Suspender la aprobación definitiva del Plan General de Izurtza en una serie de ámbitos de suelo urbano en base a las consideraciones que se recogen a continuación:*

2.1. *El documento definitivo deberá reconsiderar la clasificación de suelo urbano otorgada a los terrenos lineales a lo largo de la carretera BI-623, que incumplen los condicionantes exigidos por el artículo 11 de la Ley 2/2006, esto es las Areas de ordenación urbanística AOU10, AOU17, AOU18, AOU19, AOU20, AOU21, AOU22 y AOU27. Los crecimientos se concentrarán en las zonas más próximas al núcleo equipamental de Elexalde, ya que los crecimientos lineales a lo largo de la carretera BI-623, sin existencia de trama alguna, ni criterios de sostenibilidad (tipologías uni y bifamiliares, con consumo excesivo de suelo y grandes superficies edificables) y a los elevados niveles de ruido existentes, no se consideran adecuados para el desarrollo.*

2.2. *Se reconsiderará la clasificación de suelo urbano de las actuaciones AOU.6 y AOU.7, en la que se integran como suelos urbanos consolidados edificaciones surgidas en el suelo no urbanizable. En esta reconsideración quedan afectados los ámbitos que conforman junto a la AOU6, la Actuación Integrada 3 (AOU4, AOU5).*

En el BOB núm. 115 de 18 de junio de 2015, se publica el texto normativo de la parte parcialmente aprobada, con condicionantes:

Texto Normativo del Plan General de Ordenación Urbana de Izurtza.

"Mediante Orden Foral del Departamento Foral de Presidencia 3848/2015, de 15 de mayo, se procedió a la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Izurtza, expediente BHI-134/2014-P03-EIA, imponiéndose unas correcciones para proceder a la diligenciación del documento, archivo y publicación de la normativa urbanística aprobada, a los efectos del artículo 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y del artículo 65 de la Norma Foral 3/1987, de 13 de febrero. Como quiera que dichas correcciones han sido debidamente subsanadas, se procede a publicar la normativa."

El PGOU se aprobó inicialmente el 20.5.2011; y provisionalmente, según se indica por la parte recurrente, el 3.10.12. El informe de la COT se adopta en la Sesión 1/2013 de 18 de marzo. En este informe se indica que es preciso tener en cuenta las determinaciones de carácter vinculante incluidas en el informe emitido el 28 de enero de 2013 por la Dirección de Infraestructuras Viarias de la DFB; y que no se computan en la capacidad residencial las 14 viviendas del AOU 11.3. Garauntza 3, dado el avanzado estado del proceso de transformación (entre otros aspectos). Según se indica en el documento núm. 7 acompañado junto con el escrito de contestación a la demanda del Ayuntamiento (en relación con informe 14/16 de 17 de marzo de 2016 del Arquitecto municipal), el texto urbanístico corregido fue elevado a consideración del Ayuntamiento, y con fecha de 22 de abril de 2014, el pleno municipal acordó someter a nueva aprobación inicial el expediente urbanístico.

Debemos señalar que por **OF 799/2016 de 28 de junio (BOB 128/2016)** se ha levantado la suspensión y se ha aprobado definitivamente la parte suspendida, eliminando de la delimitación de suelo urbano las actuaciones AOU10, AOU17 y AOU18.1, que se clasifican como suelo no urbanizable. Esta Orden no es objeto de éste recurso.

QUINTO .- En el suplico de la demanda la parte recurrente interesa, en primer lugar, la nulidad de la OF 3848/2015, aprobación parcial definitiva del PGOU de Izurtza; y subsidiariamente, la nulidad del PGOU en cuanto a la clasificación de la parcela Elexalde-13, solicitando que se mantenga la clasificación anterior como suelo urbano.

Como puede observarse, se ejercita una primera acción pública, dirigida contra el PGOU; y una acción particular dirigida a defender sus intereses como propietarios de la parcela Elexalde-13. La acción pública se reconoce en el art. 8.2.c) LS 2/2006 :



2.- El principio de participación comportará el derecho a:

c) *Ejercer en vía administrativa y judicial, sin necesidad de legitimación especial, las acciones pertinentes para exigir de las administraciones públicas y de los sujetos privados el cumplimiento de la legislación y la ordenación urbanística.*

Procedemos, por ello, a examinar en primer lugar los motivos dirigidos a un pronunciamiento de nulidad de la OF impugnada, y, posteriormente, examinaremos la pretensión subsidiaria, referida a la parcela de su propiedad.

SEXTO .- Como resulta del breve resumen que en relación con los motivos impugnatorios hemos efectuado en el fundamento jurídico primero, la parte recurrente se dirige contra el PGOU parcialmente aprobado por motivos formales y de fondo. Varios de estos motivos se asientan en un elemento central de reflexión: la inadecuación del desarrollo residencial en torno a la carretera BI-623, y el hecho- que se sostiene por la parte recurrente- de que el planificador municipal ha optado por este desarrollo sobre una premisa que no se ha dado, y se desconoce si se va a producir en un futuro, como es la construcción de una variante, que convirtiera la carretera BI-623 en una calle urbana. La parte recurrente afirma que el Ayuntamiento no evaluó las posibilidades de construcción de la variante, ni consultó al Departamento de Obras Públicas, ni atendió a las advertencias de la Diputación foral, manteniendo "una ocurrencia que entonces ya era una quimera" (en el año 2011-fecha del requerimiento de la Diputación Foral para elaborar el Estudio Acústico de la carretera BI-623). La parte recurrente sostiene que se trata del ejercicio arbitrario de potestades discrecionales.

Esta cuestión enlaza directamente con tres de los motivos impugnatorios alegados por la parte recurrente: la nulidad de aprobación parcial, la nulidad de los desarrollos previstos por superar los Objetivos de Contaminación Ambiental (OCA), y la insuficiencia del proceso de participación ciudadana. En relación con esta última cuestión el motivo impugnatorio se sostiene en la afirmación de que los talleres y consultas (incluido referéndum popular) se efectuaron sobre documentos urbanísticos que presentaban la variante como un hecho. Según el documento núm. 7 acompañado con el escrito de contestación a la demanda, el 26.2.2010 se efectuó un referéndum del que se desprende en modelo territorial. En estas fechas se mantenía por el Ayuntamiento la posibilidad de la variante que iba a rodear el casco urbano. El Ayuntamiento sostiene que en todo momento se contempla el fortalecimiento de un ámbito central residencial-Barrio de Elizalde-, en el que además de ubicarse las nuevas propuestas de viviendas se complementan los equipamientos existentes, generando un núcleo estable y con vida propia. La posición municipal es sostener que los desarrollos aprobados se justifican en esta finalidad del planificador, y, entendemos, las 11 viviendas de los ámbitos suspendidos son las que se verían directamente afectadas por la supresión de la variante. Y el recurrente cuestiona que sea viable la aprobación parcial porque se quiebra el modelo territorial que pretendía ser en torno a una vía urbana (la carretera BI-623 transformada en calle urbana), cuando no es así, al no estar prevista la variante.

SÉPTIMO .- Debemos recordar la doctrina jurisprudencial en torno al control de la discrecionalidad del ejercicio de las potestades urbanísticas del planificador.

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 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 9 de junio de 2016 (rec. 1124/2015), entre muchas otras, que resume:

"Consecuentemente, el reconocimiento del " ius variandi " y de un margen de discrecionalidad administrativa no puede excluir el control jurisdiccional de las potestades de planeamiento, esencialmente en lo referente al cumplimiento del interés público, con sometimiento a principios de racionalidad y adecuación a la realidad que se trata de ordenar."



OCTAVO .- La lectura de la demanda, en sus motivos impugnatorios primero, segundo, tercero y cuarto principalmente, revela como motivo impugnatorio central dirigido contra la OF 3848/2015 aquí impugnada, de aprobación parcial del PGOU de Izurtza, que el mismo se ha aprobado teniendo en consideración un hecho (la conversión de la BI-623 en calle urbana), que no se ha producido. Debemos añadir que no está prevista en el PTS de Carreteras ni en el PG de Carreteras. Es decir, hasta donde consta acreditado el PGOU, en lo relativo al suelo urbano y a los desarrollos residenciales, se planifica en torno a un hecho que pudiera ser "deseable" o "deseado" por el planificador, pero que no existían elementos objetivos que lo sustentaran. Ningún dato permitía afirmar que la variante de Izurtza, que posibilitaría la transformación de la BI-623 en una vía urbana, fuera a materializarse en la realidad. Como resulta del propio informe pericial elaborado por el Arquitecto Municipal, la carretera es estructurante, y se trata de un elemento central en la planificación urbanística del municipio. Aun matizando que no todos los ámbitos aprobados incumplen los Objetivos de contaminación Acústica (así parece que Garauntza 3 los cumple, según se afirma en el PGOU), sí se incumplen por tres de los cuatro ámbitos que se indican por la parte recurrente, que son los aprobados. Debemos señalar que el D. 213/2012, de 16 de octubre, de contaminación acústica de la CAPV, establece en su art. 36 que "no podrán ejecutarse futuros desarrollos urbanísticos en áreas donde se incumplan los objetivos de calidad acústica en el ambiente exterior, sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 43 y 45". El art.45 se refiere a la declaración de Zona de Protección Acústica (ZPAE) de futuros desarrollos urbanísticos, si se establecen correcciones, cuando estuviera aprobada inicialmente la ordenación pormenorizada a la entrada en vigor del Decreto (BOPV 16.11.2012). Según el documento núm. 7 acompañado con el escrito de contestación a la demanda del Ayuntamiento "con fecha 22 de abril de 2014, el pleno municipal acordó someter a nueva aprobación inicial el expediente urbanístico". Y, en todo caso, no estaría aprobada inicialmente la ordenación pormenorizada de Arana Berri, ni se prevé una declaración de ZPAE respecto de Moxolotoki. Y la incidencia de la contaminación acústica se produce en todos los ámbitos previstos para el desarrollo urbano (al parecer excepto Garauntza 3-según el PGOU). En todo caso, y en opinión de la Sala, la cuestión central es que la elección del modelo territorial de desarrollo se sustentó en una hipotética variante que eliminaba estos impactos, pero que no se va a ejecutar, cuando la decisión discrecional del planificador municipal (que es muy amplia), no puede desconocer la realidad, y debe adoptarse de acuerdo con la misma, estudiando las distintas alternativas que permitan el desarrollo urbano de Izurtza, de acuerdo con sus características.

Debemos añadir que la OF 799/2016 elimina de la delimitación y ordenación del suelo urbano las actuaciones AOU10- AOU17 y AOU-18. Por el Ayuntamiento de Izurtza se sostiene que el elemento central de su decisión es el fortalecimiento del ámbito residencial en el Barrio Elixalde, que es donde se localizan los equipamientos públicos y se contemplan los nuevos crecimientos residenciales de vivienda colectiva. No cuestionamos que ésta fuera una finalidad esencial del planificador en Izurtza; pero en la persecución de este objetivo no puede desconocerse la realidad. Y la realidad es que el municipio de Izurtza está atravesado por la carretera BI-623, que es una carretera con un importante tráfico rodado. Y, por lo tanto, cualquier decisión del planificador en relación con los futuros desarrollos residenciales no puede operar sobre hipótesis de futuro que, al menos en este momento, no se apoyan en certezas. En suma, no existe ningún dato que permita afirmar que la variante vaya a ser una realidad. Prácticamente todos los ámbitos y actuaciones que se contemplan para el desarrollo residencial se sitúan fuera de los límites de los Objetivos de Contaminación Acústica, como se indica por la parte recurrente. El programa de participación ciudadana, que existió y que incluyó consultas populares, en un municipio con menos de 280 habitantes, se produjo cuando se seguía sosteniendo en los documentos urbanísticos que se iba a ejecutar una variante que rodeara el casco urbano de Izurtza. Estima en conclusión la Sala que la decisión del planificador no ha respetado los límites de las potestades discrecionales, al adoptarse sin valorar suficientemente para decidir su propio ámbito de desarrollo urbano, un elemento estructurante central existente que debe valorarse suficientemente cualquiera que sea la decisión del planificador sobre el modelo territorial. Lo que, en opinión de la Sala, vulnera el margen del "ius variandi" es decidir considerando como "hecho" lo que no se apoya en la realidad.

NOVENO .-Existen otros motivos impugnatorios dirigidos contra el PGOU, en ejercicio de la acción pública, a los que nos vamos a referir brevemente:

a) Consejo Asesor de Planeamiento: su existencia sólo es obligatoria para los municipios que tienen la competencia propia o delegada de aprobación de los planes generales (art. 109.1 LS 2/2006), lo que no es el caso por razón de su población (menos de 7.000 habitantes). Izurtza, pese a no venir obligado, acordó constituir dicho Consejo Asesor, aunque el municipio cuenta con menos de 280 habitantes. Según este reglamento, las propuestas o alternativas del consejo tienen la consideración de recomendaciones, y el hecho es que participó en las fases iniciales, e incluso, según se indica, analizando las consultas populares (4). Por ello entendemos que no prospera este motivo impugnatorio.

b) Coste de ejecución de sistemas generales a ámbitos de desarrollo. La STC 94/2014 de 12 de junio declaró inconstitucional y nulo el inciso "o adscripción" del art. 138.2 de la LS 2/2006, y mantuvo la constitucionalidad



del resto del precepto siempre que se interprete que "incluye la obligación de costear la urbanización de los sistemas generales incluidos necesarios para la funcionalidad del ámbito, pero sólo estos". El Ayuntamiento expone qué cargas se han previsto en cada actuación integrada, y reprocha a la parte que cuestione lo que ni el Ayuntamiento ni los propietarios de los suelos incluidos en dichas actuaciones, plantean. Este argumento no sería óbice para que prosperara la alegación en ejercicio de la acción pública. Examinada la demanda, se observa que el aspecto concreto que se menciona es el relativo al coste de ejecución de una antena de conexión viaria, cuya ejecución no corresponde ejecutar al ámbito Arana Berri. Prosperaría el motivo impugnatorio en relación con este único argumento, puesto que los demás se consideran insuficientemente desarrollados en la demanda, lo que era una carga alegatoria de la parte demandante.

c) Respecto de la inequidad en la distribución de beneficios y cargas y falta de motivación, carecemos de prueba que permita concluir que es así; y tampoco puede prosperar el argumento relativo a la insuficiencia del estudio de viabilidad económica, porque carecemos de elementos probatorios suficientes. Aunque podamos compartir la alegación de que al indicarse entre los condicionantes de la Orden Foral impugnada, que se desglosen las cargas de todas las actuaciones integradas, y esto refleja un déficit de los documentos, no compartimos que no fuera posible completar la documentación en términos suficientes para cumplir con la condición.

Respecto de las omisiones graves del estudio relativo a la capacidad de la Hacienda Local para afrontar las inversiones previstas y los costes de mantenimiento de las infraestructuras, carecemos de prueba suficiente al efecto. El Ayuntamiento expone los datos que han tenido en consideración, y los argumentos sostenidos por la parte recurrente no permiten considerar que no se justifican la suficiencia de los recursos municipales para afrontar estos costes.

DÉCIMO. - Debemos referirnos brevemente a la pretensión subsidiaria alegada por la parte recurrente. Se trata de la cuestión que atañe directamente a sus propios intereses, puesto que la parcela de su propiedad estaba clasificada inicialmente como suelo urbano y posteriormente se clasifica como suelo no urbanizable. Según se indica por los recurrentes, y no se cuestiona, se clasificó como suelo urbano-sistema general de espacios libres y sistema general de cauces fluviales en las NNSS de Izurtza (BOB de 23.9.96)-. El PGOU la clasifica como suelo no urbanizable, agrario de especial protección y mejora ambiental (franja limítrofe con la antepara). Todas las partes coinciden en que los suelos se encuentran en la misma situación física. Es decir, ante una misma realidad las NNSS clasificaron el suelo como urbano, y el PGOU como suelo no urbanizable.

La parcela colinda con un vial municipal de acceso a un caserío, con una antepara o presa y el río Mañaria.

La decisión municipal se sustenta principalmente en la alegación de que no está incluida en la trama urbana. Se alega que el vial (que conduce a un caserío) se transforma en sus características más allá del "edificio verde", y que el final de la trama urbana debe considerarse dicho edificio.

La jurisprudencia en relación con esta cuestión es conocida. Por todas citamos la STS 22.6.2012 (rec. 4809/2010 -Pte. Sr. Fernández Valverde), STS 30.11.11 (rec. 6268/2008)-mismo ponente), STS25.7.2013 (rec. 2918/2010), STS 11.10.13 (rec. 5161/2010 -Pte. Sr. Suay Rincón). Así la STS 30.11.11 (re.c 62568/2008) dice:

Así, en la STS de 1 de febrero de 2011 (casación 5526/2006) se señala: " En la reciente STS de 20 de julio de 2010 (recurso de casación 2215/2006) hemos reiterado que "Desde tiempo atrás la legislación urbanística y la jurisprudencia han considerado el de suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional de planeamiento --- STS de 27 de noviembre de 2003 (casación 984/1999)---, que parte de la concurrencia de ciertas condiciones físicas tasadas (acceso rodado, energía eléctrica y suministro y evacuación de aguas, o áreas ya edificadas en determinada proporción). Así se reguló en el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el artículo 21 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, aprobatorio del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y en el artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), este último de carácter básico y aplicable al caso. Se basa por tanto en la "fuerza normativa de lo fáctico", de tal manera que el planificador no puede clasificar como urbano el suelo que carezca de esos servicios urbanísticos, debiendo clasificarlo como tal en el caso de que los tenga. Pero siempre y cuando dichos servicios resulten de dimensiones adecuadas para los usos previstos en el planeamiento y la parcela en cuestión se integre dentro de la "malla urbana" de la ciudad".

En esta misma línea hemos expuesto (SSTS de 3 de febrero y 15 de noviembre de 2003) que "la mera existencia en una parcela de los servicios urbanísticos exigidos en el artículo 78 LS no es suficiente para su clasificación como suelo urbano si aquélla no se encuentra enclavada en la malla urbana. Se trata así de evitar el crecimiento del suelo urbano por la sola circunstancia de su proximidad al que ya lo es, pero con exoneración a los propietarios de las cargas que impone el proceso de transformación de los suelos urbanizables. Y la propia sentencia recurrida reconoce claramente que la parcela en cuestión no se halla enclavada en la trama urbana".



En nuestra Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (casación 5823/2000), por su parte, hemos insistido en que este requisito de inserción en la malla o trama urbana de la ciudad exige "que exista una urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento de que puedan servirse los terrenos y que éstos, por su situación, no estén completamente desligados del entramado urbanístico ya existente".

Y en la de 17 de julio de 2007 (casación 7985/2003) añadimos la trascendencia de "... las circunstancias que puedan ser indicativas de cual sea el límite real al que ha llegado de modo ordenado el proceso urbanizador que transforma el suelo dándole el aspecto, la imagen, que es propia de los asentamientos urbanos. La jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha insistido en la idea de que el suelo urbano sólo llega hasta donde lo hagan los servicios urbanísticos que se han realizado para la atención de una zona urbanizada, y ni un metro más allá (así, en sentencias de 1 de junio de 2000 o 14 de diciembre de 2001); también, en la de que el suelo urbano no puede expandirse necesariamente como si fuera una mancha de aceite mediante el simple juego de la colindancia de los terrenos con zonas urbanizadas (así, en la última de las citadas o en la de 12 de noviembre de 1999); o, en fin, en la de que la mera existencia en una parcela de los servicios urbanísticos exigidos no es suficiente para su clasificación como suelo urbano si la misma no se halla enclavada en la malla urbana (sentencias, entre otras muchas, de 3 de febrero y 15 de noviembre de 2003); se trata así --añaden estas sentencias-- de evitar el crecimiento del suelo urbano por la sola circunstancia de su proximidad al que ya lo es, pero con exoneración a los propietarios de las cargas que impone el proceso de transformación de los suelos urbanizables".

Ha de destacarse también --como se señala en la sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2002 (casación 2517/1999)-- que "la pretensión de que unos terrenos tengan la consideración de urbanos exige que quien reclame esa aptitud de los predios acredite de modo acabado la concurrencia de los presupuestos fácticos a que el ordenamiento condiciona dicha declaración".

La parte recurrente invoca en apoyo de su posición la STS de 19.10.06 (Pte. Sr. Menéndez) en relación con el concepto "integración en la malla urbana". Como se indica en dicha sentencia, se trata de un concepto jurídico indeterminado, "de ahí que su aplicación tropiece con "supuestos de hecho", con "realidades", cuya inclusión o cuya exclusión del ámbito del concepto exija prestar una especial atención al exacto significado de éste y a las concretas singularidades o particularidades del "supuesto" o "realidad".

Como hemos indicado, la realidad física, según se manifiesta por todas las partes, no se ha modificado, por lo que sobre la misma realidad han operado dos clasificaciones del suelo abiertamente contrarias: suelo urbano/suelo no urbanizable. Como resulta de la jurisprudencia expuesta al tratarse de una cuestión reglada, es la fuerza de la realidad la que debe dar la respuesta al conflicto planteado. El art. 11.1 de la LS 2/2006 establece que "procederá la clasificación como suelo urbano de los terrenos ya transformados, que estén integrados o sean integrables en la trama urbana existente y asumida por el propio plan general que realice la clasificación ¿" Y el hecho es que la parcela controvertida (Elexalde 13-A) no es un suelo transformado urbanísticamente, ni está integrado en la trama urbana, presentando unas características físicas propias de un suelo rústico, siendo el vial en el que se apoya, un vial pavimentado propio de ámbitos rurales. En dicha parcela existe un edificio habitado, y el mismo cuenta con los servicios básicos, pero la parcela se presenta desligada de la trama urbana, aunque se encuentre en su límite, por lo que la Sala concluye que la clasificación correcta es la de suelo no urbanizable, sin que pueda conocer las razones que llevaron a la clasificación como suelo urbano en la anterior normativa de planeamiento, cuando las características físicas de la parcela no se han modificado.

UNDÉCIMO .- Como hemos expuesto, la pretensión principal de la parte recurrente es la declaración de nulidad del PGOU, pretensión que la Sala estima por considerar que el modelo propuesto en el PGOU se ha planteado sobre una hipótesis (que se iba a construir una variante que circunvalara el casco de Izurtza), que no se corresponde con la realidad, hecho que la Sala considera determinante, lo que lleva a concluir que se han extralimitado los límites de la potestad discrecional del planificador. Se estima, por lo tanto, la pretensión principal por los motivos que hemos expuesto, señalando que la pretensión subsidiaria sería desestimada por la Sala.

DUODÉCIMO .- Sin que proceda expresa imposición de las costas procesales causadas (ART. 139.1 LJCA).

Por lo expuesto,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE D^a. Macarena , D. Ricardo , D^a. Patricia Y D. Teodosio CONTRA LA ORDEN FORAL 3848/2015, DE 15 DE MAYO DE 2015, DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA (BOB NÚM. 96 DE 22.5.15),



RELATIVA AL PGOU DEL MUNICIPIO DE IZURTZA; Y CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO DE 15 DE JUNIO DE 2015 QUE DISPONE LA PUBLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE DICHO PGOU, QUE DECLARAMOS NULOS.

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 15, 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.

ORD 420/15. SENTENCIA Nº 530/16. 30/11/2016