



Roj: **STS 6622/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:6622**

Id Cendoj: **28079130052013100404**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **17/12/2013**

Nº de Recurso: **1662/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ VALVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 1272/2011,**  
**STS 6622/2013**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Diciembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo el Recurso de Casación **1662/2011** interpuesto por la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** representada por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco y asistida de Letrada, promovido contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco**, en fecha 10 de febrero de 2011, en el Recurso Contencioso-administrativo 378/2009, sobre Aprobación Definitiva de la Modificación Puntual del PGOU del municipio de Getxo, respecto al Área nº 49, "Punta Begoña".

Ha sido parte recurrida el **AYUNTAMIENTO DE GETXO**, representado por el Procurador D. Noel de Dorremochea Guiot y asistido de Letrado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior del País **Vasco**, se ha seguido el Recurso Contencioso-administrativo 378/2009 promovido por la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** contra el Acuerdo de 31 de octubre de 2008 del Pleno del **AYUNTAMIENTO DE GETXO** que aprobó definitivamente la modificación puntual del PGOU del municipio, respecto al Área nº 49, "Punta Begoña".

**SEGUNDO** .- Dicho Tribunal dictó sentencia con fecha 10 de febrero de 2011 del tenor literal siguiente:

*"FALLAMOS.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios de DIRECCION000 número NUM000 de Getxo contra el acuerdo de 31-10- 2008 del Pleno del Ayuntamiento de Getxo que aprobó definitivamente la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana del municipio respecto al Área nº 49 "Punta Begoña", declarando la conformidad de la disposición recurrida con el ordenamiento jurídico; sin imposición de costas".*

**TERCERO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** se presentó escrito preparando el recurso de casación, que fue tenido por preparado mediante Diligencia de Ordenación de la Sala de instancia de fecha 10 de marzo de 2010, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**CUARTO** .- Emplazadas las partes, la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que, en fecha 28 de abril de 2011, formuló el escrito de interposición del recurso de casación, en el que, tras exponer los argumentos que



considera oportunos, solicitó a la Sala se dictara sentencia en virtud de la cual se acuerde estimar los motivos de casación alegados, casando y anulando la sentencia recurrida.

**QUINTO** .- Por Providencia de 10 de junio de 2011 se acordó la admisión a trámite del recurso de casación, así como su remisión a la Sección Quinta para su tramitación y mediante Diligencia de Ordenación de 29 de junio de 2011 se ordenó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que llevó a cabo el **AYUNTAMIENTO DE GETXO** en escrito presentado en fecha 8 de septiembre de 2011 en que solicitó se dictase sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación y confirmando en todos sus extremos la Sentencia de instancia e imponiendo al recurrente las costas del presente proceso.

**SEXTO** .- Por Providencia de fecha 11 de noviembre de 2013 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 10 de diciembre de 2013, fecha en la que, efectivamente, tuvo lugar.

**SEPTIMO** .- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Se impugna en el presente Recurso de Casación 1662/2011 la sentencia que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó en fecha de 10 de febrero de 2011, en su Recurso Contencioso-administrativo 378/2009, por medio de la cual se estimó el promovido por la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** contra el Acuerdo de 31 de octubre de 2008 del Pleno del **AYUNTAMIENTO DE GETXO** que aprobó definitivamente la modificación puntual del PGOU del municipio, respecto al Área nº 49, "Punta Begoña".

**SEGUNDO** .- Como decimos, la Sala de instancia estimó el recurso contencioso administrativo formulado por la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** el **AYUNTAMIENTO DE ALZIRA** y, se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, dadas en respuesta al escrito de demanda de la Comunidad recurrente.

Como sabemos, el objeto de las pretensiones deducidas en el recurso seguido en la instancia era el Acuerdo de 31 de octubre de 2008 del Pleno del **AYUNTAMIENTO DE GETXO** por el que se aprobó definitivamente la Modificación Puntual del PGOU del municipio, en el particular relativo al Área nº 49, "Punta Begoña". En concreto, la Modificación afectó al artículo 7.1.13 (apartado 3º) de las Normas Urbanísticas del PGOU y añadió la Ordenanza nº 49 para el Área de Punta Begoña.

Como precedente de tal Acuerdo debe dejarse constancia de que la citada Área nº 49, "Punta Begoña", fue creada mediante una anterior Modificación del mismo PGOU, relativa al Área 12, "Atxekolandeta", para la exclusión de la misma de las denominadas "Galerías de Punta Begoña"; tal anterior Modificación fue definitivamente aprobada mediante Orden Foral del Departamento de Relaciones Municipales y Urbanismo 606/2005, de 15 de abril (publicada en el BOB 232, de 5 de diciembre de 2006).

Pues bien, como expone la sentencia de instancia, en el recurso por la misma resuelto, el recurrente pretendía, con base en los motivos que exponía, *"la declaración de nulidad del mencionado acuerdo y además, mediante impugnación indirecta, de la Orden Foral del Departamento de Relaciones Municipales y Urbanismo 606/2005 de 15 de abril que aprobó definitivamente la Modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Getxo relativa al Área de Reparto nº 12 "Atxekolandeta" para la exclusión de las Galerías de Punta Begoña en el apartado concerniente al cálculo del aprovechamiento tipo"*.

Para proceder a la desestimación del recurso la sentencia se expresó en los siguientes términos:

a) En relación con la falta de motivación suficiente, la sentencia de instancia señala que *"El ejercicio de la potestad de ordenación urbanística debe ser motivado con expresión de los intereses generales a que sirve (artículo 3-1 de la legislación estatal del suelo). Se trata, por lo tanto, de un requisito formal que responde a la finalidad de controlar el ius variandi en la ordenación del suelo de acuerdo con los fines públicos que justifican esa potestad o función."*

*El recurrente, en cambio, refiere lo que en su caso sería un defecto de motivación formal del planeamiento a una infracción sustantiva del ordenamiento; esto es, el ejercicio de la potestad de modificación de la ordenación del suelo de forma arbitraria, al servicio de intereses privados y no de los intereses generales.*

*La memoria de la modificación puntual recurrida (folios 7 y siguientes del expediente) explica las razones de interés general que han motivado, en particular, el incremento de la edificabilidad ("se pretende garantizar de esta forma tanto la operatividad del hotel como la viabilidad económica del proyecto, de alto riesgo en el caso*



de que no se lleven a cabo estas modificaciones") de forma que el recurrente ha podido discutir la conformidad de la nueva ordenación con las normas y su servicio a los fines de interés público a la vista de los propósitos manifestados en el texto de aquella. Pero esa disconformidad atañe a las cuestiones materiales o de fondo planteadas por el recurrente en los otros motivos de su recurso".

b) En relación con la vulneración del principio de subordinación de la potestad de ordenación urbanística al interés público, la sentencia señala:

*"De los propósitos formulados en la memoria de la Modificación Puntual recurrida y de sus elementos esenciales (incremento de la edificabilidad, dotación para equipamientos, etc) no se infiere la subordinación de los intereses públicos a los intereses privados beneficiados por esa nueva regulación.*

*La legislación urbanística reconoce la iniciativa de los particulares en los procedimientos de aprobación de los instrumentos de ordenación del suelo, entendiéndose para la satisfacción de los intereses privados de los promotores de forma compatible con los intereses generales a los que debe servir el planeamiento.*

*Desde esa perspectiva el mayor beneficio que la modificación recurrida pueda reportar a la empresa seleccionada para la construcción y explotación del establecimiento hotelero no es incompatible con el objetivo propuesto de recuperación o reconstrucción del conjunto monumental aun en el caso de que existiesen otras alternativas más adecuadas a dicha finalidad.*

*El Ayuntamiento ha estimado que la solución elegida es la más viable y tal opción no puede tacharse de arbitraria por el solo hecho de que beneficie al interés privado si la satisfacción de este también sirve a la satisfacción del interés general.*

*Ni la modificación puntual exige la incorporación de un estudio económico-financiero ni el Ayuntamiento ejercida la mencionada opción tenía que acreditar la inviabilidad económica de cualquier otra sino la viabilidad de la escogida para el logro de los fines públicos propuestos sin los costes asumibles por la iniciativa privada.*

*Las "mejoras del proyecto hotelero" estudiadas por el Arquitecto Municipal (folio 2 y siguientes del expediente) y el régimen de concesión de la explotación, sujeto a sus propias normas o el riesgo inicial de la operación no desvirtúan el objetivo de atracción de fondos privados para la recuperación de un bien municipal. En definitiva, el interés privado no se erige en el interés final o definitorio de las actuaciones previstas sino en un interés instrumental, compatible con el interés al que, en última instancia, debe atender la modificación impugnada".*

c) Sobre la cuestión relativa a la delimitación del Área de Reparto y al cálculo del aprovechamiento tipo --- aspectos respecto de los cuales se señalaba que vulneran la Disposición Adicional Única de la Ley 3/1997 de 25 de abril, de Participación de la Comunidad del País Vasco en las plusvalías del suelo, de aplicación al caso---, la sentencia señalaba, en relación con el cálculo del aprovechamiento tipo, que *"El apartado III 1 de la mencionada Disposición Adicional dice que "en suelo urbano el aprovechamiento tipo de cada área de reparto se obtendrá dividiendo el aprovechamiento lucrativo total, incluido el dotacional privado correspondiente a la misma, expresado siempre en metros cuadrados construibles del uso y tipología edificatoria característicos por su superficie total excluidos los terrenos afectos a dotaciones públicas ya existentes "*.

*El aprovechamiento tipo del Área de Reparto Nº 49 se ha calculado, según el recurrente, con vulneración de la disposición que se acaba de transcribir ya que no se han excluido del cómputo los terrenos dotacionales preexistentes. Pero ya en virtud de la modificación del planeamiento aprobada por Orden Foral 607/2005 las superficies destinadas a dotaciones públicas fueron calificadas de equipamiento privado-uso hotelero con lo cual no pueden tenerse por existentes a fin de establecer el aprovechamiento tipo del área de reparto (folios 18 y 20 del expediente).*

*El Ayuntamiento de Getxo en contestación a las preguntas cuarta y quinta del interrogatorio formulado por la recurrente ha admitido que el aprovechamiento tipo del Área nº 49 se ha calculado dividiendo la edificabilidad ponderada del Área de Reparto nº 49 así en la Modificación Puntual aprobada en 2008 como en la aprobada en 2005 y lo trascendente a los efectos es que ese cálculo resulta conforme a la disposición citada por la recurrente como vulnerada y que es de aplicación al caso y no al artículo 35-3 de la Ley 2/ 2006 que en aquellas contestaciones se alega como regulador del aprovechamiento tipo así determinado".*

Y, en relación con la delimitación del Área de Reparto nº 49 ---mediante la incorporación de terrenos que pertenecieron al Área de Reparto nº 12 y que fueron cedidos por los propietarios de los complejos residencias comprendidos en ese ámbito--- la sentencia de instancia señaló que la misma *"no ha sido aprobada por el acuerdo recurrido en este procedimiento sino por Orden Foral 606/2005 cuya impugnación -indirecta- a través de la modificación puntual objeto del presente recurso no puede ser admitida pues no existe entre ambos instrumentos de ordenación una relación de jerarquía o desarrollo sino la que determina la sucesión temporal de*



las normas y solo en el primer supuesto (instrumentos de ordenación del suelo jerárquicamente subordinados) tendría amparo el mecanismo de impugnación indirecta invocado por el recurrente ( artículo 26-1 LJCA )".

d) La sentencia también responde a la alegación de la Comunidad recurrente sobre la insuficiente protección de las Galerías de Punta Begoña, señalando al respecto que "a la vista de las previsiones del documento sobre excavación de las laderas, instalaciones en cubierta, garajes, rasantes y cotas de las Galerías y zonas verdes, sin el respaldo en la pertinente prueba pericial, no constatan ninguna vulneración del régimen de protección del mencionado bien; tampoco comprendida en las alegaciones genéricas de la parte a propósito de las condiciones edificatorias y de seguridad de aquellas actuaciones".

e) También se alegaba en la demanda la vulneración de los artículos 3 y 4 de la Ley 9/2006 de 28 de abril sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; alegación que es respondida por la Sala de instancia en los siguientes términos:

*El apartado 3-3 de ese precepto no solo dispone el sometimiento a evaluación ambiental de los planes y programas sino también de sus modificaciones menores pero no con carácter absoluto sino cuando "se prevea que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente". A su vez, el artículo 4 de la misma Ley titulado "determinación de la existencia de efectos significativos en el medio ambiente de determinados planes y programas" dispone que en los supuestos previstos en el artículo 3.3, esto es, cuando se prevea que el plan o programa o su modificación puede tener efectos significativos en el medio ambiente el órgano ambiental determinará si debe ser objeto de evaluación ambiental, previa consulta a las Administraciones Públicas afectadas..*

*Además, el sometimiento de la modificación del Plan a la evaluación prevista por la Ley 9/2006 requiere que su elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. ( artículo 3-1 b )".*

f) Igualmente se planteaba la vulneración del artículo 15-4 de la legislación estatal del suelo (Texto Refundido de la citada Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio) que dispone que "la documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización debe incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica.....".

Respecto de tal cuestión la sentencia señalaba que "El recurrente delimita el ámbito de aplicación de ese precepto de acuerdo con el concepto de actuación urbanística, en realidad con el concepto de transformación urbanística del precepto anterior. Pero el artículo 15-4 de la legislación estatal del suelo se refiere a los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización y no, sin más, a las actuaciones de transformación urbanística. Así no puede asociarse el concepto de ordenación de actuaciones de esa naturaleza al de actuación urbanística o de transformación urbanística realizada con el mismo objeto de la prevista por la modificación puntual recurrida en este procedimiento, esto es, reformar o renovar la urbanización.

*El informe o memoria de sostenibilidad económica viene a sustituir sino a reforzar el trámite de estudio económico-financiero que la legislación autonómica venía exigiendo en la tramitación de los expedientes de aprobación o revisión de los planes generales. Por lo tanto, no es extensible ese informe a las modificaciones puntuales del planeamiento en los términos establecidos por la legislación estatal con el carácter de condiciones básicas del régimen del suelo ( Disposición Final 1ª de la Ley 8/2007 ).*

*La exposición de motivos de esa Ley dice en su apartado IV que "... la Ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente. La efectividad de estos estándares exige que las actuaciones urbanizadoras de mayor envergadura e impacto que producen una mutación radical del modelo territorial se sometan a un nuevo ejercicio pleno de potestad de ordenación. Además, la Ley hace un tratamiento innovador de este proceso de evaluación y seguimiento con el objeto de integrar en él la consideración de los recursos e infraestructuras más importantes.....".*

*En el caso de la modificación puntual no hay un ejercicio pleno sino limitado de la potestad de ordenación con lo cual no puede entenderse preceptivo o inexcusable el informe de sostenibilidad ambiental como condición básica del régimen del suelo establecido por la legislación estatal sin perjuicio de lo que establezca la ley autonómica de urbanismo en el ámbito de sus competencias".*

g) En relación con la también alegada vulneración de la legislación estatal del ruido, la sentencia señaló que "El recurrente alega el incumplimiento del Real Decreto 1367/ 2007 de desarrollo de la Ley 37/2003 del ruido en dos puntos: la zonificación acústica del territorio afectado por la actuación ( artículo 5-1 ) y el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica.





*El artículo 5-1 de la precitada norma reglamentaria regula la zonificación acústica con referencia a la planificación territorial y a los instrumentos de ordenación urbanística tanto a nivel general o de desarrollo, o sea de alcance superior a la modificación puntual objeto de este contencioso, sin perjuicio de lo que establezca la legislación autonómica de protección medio-ambiental en desarrollo de la normativa básica de la Ley estatal" .*

h) Por último, en relación con la alegada vulneración del artículo 146 de la Ley 2/2006 de Urbanismo del País Vasco , la sentencia de instancia expuso:

*"El recurrente entiende que la aplicación de ese precepto comporta que el suelo cedido por los propietarios para su uso dotacional no puede generar un aprovechamiento lucrativo.*

*Pero el precepto citado no prohíbe la desafectación del suelo destinado a dotaciones públicas para su aprovechamiento lucrativo por otros sujetos sino que regula la compensación del suelo obtenido por cesión gratuita con el suelo de dominio y uso público preexistente.*

*El Ayuntamiento, en efecto, ha atribuido aprovechamiento lucrativo a terrenos cedidos gratuitamente por los propietarios comprendidos en el Área de Reparto 12 mediante la delimitación del Área de Reparto 49 por virtud de Orden Foral 206/2006 a la que según dijimos no puede extenderse este contencioso. Además, no hay norma que prohíba al autor del planeamiento o de su modificación la recalificación del suelo discutida por el recurrente reasignando el de equipamiento privado a un suelo antes destinado a usos dotacionales o de otra clase. Y así es que la desafectación de los bienes públicos se entiende implícita en los instrumentos de ordenación cuando estos alteran el uso público de dichos bienes asignándoles otro diferente".*

**TERCERO** .- Contra esa sentencia ha interpuesto la parte recurrente recurso de casación, en el cual esgrime cinco motivos de impugnación, articulando los dos primeros al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) —por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, sin que, en este último caso, se haya producido indefensión—, y, los tres restantes, al amparo del apartado d) del mismo artículo por infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate—:

**1º.**- En el primer motivo se denuncia la infracción de los artículos 33 y 67 de la LRJCA , así como el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y 11.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial , ya que, según se expresa, el recurrente planteó en su escrito de demanda un conjunto de motivos que el Tribunal de instancia ha dejado sin respuesta, incidiendo en el defecto procesal de incongruencia omisiva. Entre ellos concreta los expuestos en el apartado B.VIII del escrito de demanda en relación con la vulneración de la normativa aplicable sobre los objetivos de calidad acústica.

**2º.**- En el segundo motivo —también al amparo del artículo 88.1.c) de la LRJCA — se denunciaba la vulneración del artículo 218.2 de la LEC , pues a juicio del recurrente el Tribunal de Instancia no expresa los razonamientos fácticos y jurídicos que le conducen a desestimar el recurso en relación con la infracción denunciada de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas, limitándose simplemente a reproducir el contenido de los artículos que habían sido citados por la parte demandante, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no una la vulneración de los artículos 3 y 4 de la citada Ley 9/2006 .

**3º.**- En el tercer motivo, ya al amparo del artículo 88.1.d) de la LRJCA , se denuncia la infracción, por la sentencia de instancia, del artículo 26.1 de la misma LRJCA que establece la posibilidad de la denominada impugnación indirecta, señalando que *"además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho"*.

**4º.**- En el cuarto motivo —también por el 88.1.d)— se denuncia la vulneración de los artículos 47.1 y 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RGU), aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto. Con cita de las SSTS de 16 de julio de 2008 , 3 de junio de 2009 y 29 de enero de 2010 , la Comunidad recurrente señala que la Administración está obligada a afectar el suelo que adquiera como consecuencia de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios a los fines previstos en el Plan. En síntesis, se señala que el aprovechamiento urbanístico de un polígono o unidad corresponderá a la Administración titular de aquellos si los hubiera obtenido a título oneroso, pero si la adquisición hubiera sido a título lucrativo o gratuito se entenderán sustituidos por los resultantes de la ejecución del Plan, no entrando en el reparto del aprovechamiento urbanístico.

**5º.**- Por último se alega la vulneración del artículo 15.4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy, artículo 15.4 del Texto Refundido de la citada Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de



junio, modificado por Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), sobre documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización; en concreto, en relación con la ausencia del denominado informe de sostenibilidad económica.

**CUARTO** .- Debemos, en primer lugar, rechazar la concurrencia, en el supuesto de autos, del vicio procesal de incongruencia omisiva (*motivo primero*), en relación con las argumentaciones realizadas sobre la vulneración del la normativa estatal sobre el ruido.

Situándonos en el ámbito que nos compete, el artículo 33 de la LRJCA establece que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos o alegaciones deducidos para fundamentar el recurso y la oposición, imponiendo, para comprobar la concurrencia del requisito de congruencia, la comparación de la decisión judicial con las pretensiones y con las alegaciones, aunque éstas deben entenderse como motivos del recurso y no como argumentos jurídicos.

En este sentido, la STS de esta Sala de fecha 5 de noviembre de 1992, ya señaló los criterios para apreciar la congruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y, que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. En consecuencia, se decía: *"argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre la pretensiones, sino que requiere que lo haga sobre la base de los motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso"*.

Por otra parte el artículo 67 de la misma LRJCA establece que la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso; precepto que tiene un claro paralelismo con el precepto citado como infringido ( artículo 218 LEC ), aunque los artículos 33.2 y 65.2 de la LRJCA —que tienden a conceder una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión— siempre exigen que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, desde su clásica STC 20/1982, de 5 de mayo , viene considerando que el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más, menos, o cosa distinta de lo pedido, y que puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal.

En síntesis, pues, la congruencia de la sentencia presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo (partes) y objetivo (*petitum* y causa de pedir). La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado (*"petitum"*) como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento (*"causa pretendi"*). Por tanto, ambas conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial, debiendo, no obstante, añadirse para precisar el alcance del requisito de la congruencia que examinamos, dos consideraciones:

- a) Que la congruencia procesal es compatible con el principio *"iura novit curia"* en la formulación por los Tribunales de sus razonamientos jurídicos; y,
- b) Que la incongruencia es relevante, incluso, desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y del derecho de defensa constitucionalmente reconocidos ( artículo 24.1 y 2 Constitución Española ), cuando como consecuencia de ella se produce una modificación de los términos del debate procesal, con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa. Por ello ( STC 8/2004 de 9 de febrero ) se ha insistido en que es *"preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar ... si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva"*.

En síntesis, lo que se exige es que la sentencia tenga coherencia interna, esto es, que observe la necesaria correlación entre la *ratio decidendi* y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, que refleje una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla, pues, de supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios.



Pues bien, de conformidad con lo anterior, y como hemos anticipado, no podemos apreciar el citado vicio de incongruencia omisiva, pues, si bien es cierto que la sentencia de instancia sólo responde de forma expresa a una de las dos alegaciones formuladas en relación con la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (en concreto, a la relativa a la zonificación acústica del territorio afectado), sin embargo, no puede aceptarse que la otra alegación (relativa al cumplimiento de los objetivos de calidad acústica) no haya tenido respuesta jurisdiccional.

En tal sentido debemos dejar constancia, como hemos expresado, que se está en presencia de dos alegaciones, que no pretensiones, y, por otra parte, que, en ningún momento, se acredita la concurrencia de indefensión. La sentencia rechaza el incumplimiento del artículo 5.1 del Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, ya que, según expresa la sentencia, el mismo cuenta con un alcance superior al ámbito de la Modificación Puntual objeto de las pretensiones del recurso. Por ello, resuelta dicha alegación, de forma expresa, queda también resuelta la segunda, a la que se refiere la que expresamente se refiere la recurrente, al no resultar de aplicación, igualmente, la normativa reglamentaria mencionada, en lo relativo al cumplimiento de la calidad acústica, al tratarse, ésta, de una cuestión vinculada a la primera y principal, debiendo, pues, considerarse que la misma ha tenido una respuesta desestimatoria tácita por parte de la sentencia de instancia.

**QUINTO** .- También hemos de rechazar, de conformidad con los razonamientos que hemos expuesto en el Fundamento Jurídico anterior, el *segundo* de los motivos formulados por la Comunidad recurrente, en relación con la ausencia de respuesta respecto de la vulneración de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas.

Es cierto que la sentencia podía haber sido mas expresiva en sus razonamientos desestimatorios, pero obvio es que, de la lectura del apartado 6.a) del Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia, y del contenido de los preceptos de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas, que expresamente se citan (3.1.b, 3.3 y 4) y reproducen en el Fundamento, la sentencia deja clara constancia del incumplimiento de los mismos, sin necesidad de proceder a ningún tipo de interpretación jurídica compleja.

**SEXTO** .- En el *tercer motivo* se denunciaba la infracción del artículo 26 de la LRJCA en relación con la denominada impugnación indirecta; pero no podemos aceptar la misma.

Como se ha expuesto, en el supuesto de autos, la impugnación directa fue formulada respecto del Acuerdo de 31 de octubre de 2008 del Pleno del **Ayuntamiento** de Getxo por el que se aprobó definitivamente la Modificación Puntual del PGOU del municipio, en el particular relativo al Área nº 49, "Punta Begoña" (en concreto, la Modificación afectó al artículo 7.1.13, apartado 3º, de las Normas Urbanísticas del PGOU y añadió la Ordenanza nº 49 para el Área de Punta Begoña). Y, de forma indirecta se impugnó una anterior Modificación del mismo PGOU, relativa al Área 12, "Atxekolandeta", para la exclusión de la misma de las denominadas "Galerías de Punta Begoña"; tal anterior Modificación fue definitivamente aprobada mediante Orden Foral del Departamento de Relaciones Municipales y Urbanismo 606/2005, de 15 de abril (publicada en el BOB 232, de 5 de diciembre de 2006).

De forma concreta, lo que se discutía de la Orden Foral indirectamente impugnada era la cuestión relativa al cálculo del aprovechamiento tipo (que se realizaba sin excluir los terrenos dotacionales, y exclusivamente con base en ellos); mientras que la primera Modificación de 2005 el mismo era de 1,89 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, en la Modificación directamente impugnada de 2008, era de 1,602 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, pero ambos cálculos adolecían del mismo defecto señalado.

Como sabemos, la sentencia no ha aceptado la impugnación indirecta ya que *"no existe entre ambos instrumentos de ordenación una relación de jerarquía o desarrollo sino la que determina la sucesión temporal de las normas y solo en el primer supuesto (instrumentos de ordenación del suelo jerárquicamente subordinados) tendría amparo el mecanismo de impugnación indirecta invocado por el recurrente ( artículo 26-1 LJCA )"*.

Dicha doctrina, pese a la cita que se realiza por la recurrente de las SSTS de 9 de febrero y 22 de abril de 2009, y 22 de septiembre de 2010, ha de ser ratificada. Y ello es así —pese a la corrección de la doctrina que en las SSTS se contiene— porque, en el supuesto de autos (dos Modificaciones Puntuales sucesivas respecto de un mismo ámbito espacial), tal relación de jerarquía o dependencia normativa no concurre; esto es, la Modificación Puntual directamente impugnada no constituye una disposición de carácter general que desarrolle la anterior Modificación Puntual, que se sitúa en su mismo nivel normativo, sin vinculación o relación jerárquica o de dependencia. No se está ante un supuesto de Plan Parcial —que sí cuenta con la citada dependencia respecto del PGOU—, sino de dos modificaciones sucesivas del mismo PGOU, de idéntica naturaleza y categoría jerárquica.



**SEPTIMO** .- En el motivo cuarto la infracción denunciada era de los artículos 47.1 y 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RGU), señalando, en síntesis que la Administración está obligada a afectar el suelo que adquiriera como consecuencia de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios a los fines previstos en el Plan, señalándose, por ello, que el aprovechamiento urbanístico de un polígono o unidad corresponderá a la Administración titular de aquellos si los hubiera obtenido a título oneroso, pero si la adquisición hubiera sido a título lucrativo o gratuito se entenderán sustituidos por los resultantes de la ejecución del Plan, no entrando en el reparto del aprovechamiento urbanístico.

El mandato que en los preceptos invocados se expresa es idéntico al del artículo 146 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País **Vasco**, pero el carácter básico del mandato excluye de su consideración como exclusivo derecho autonómico.

En nuestra STS de 29 de enero de 2010 —en relación con una cuestión relativa al País **Vasco** y con cita del artículo 146 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País **Vasco**— se expuso:

*"Esta Sala del Tribunal Supremo ha interpretado en su más reciente jurisprudencia lo dispuesto en el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3188/1978, de 25 de agosto -RGU- (reproducido, con matices, en el apartado IV de la disposición adicional primera de la Ley vasca 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana), en el sentido de que cuando los bienes de dominio público preexistentes en un polígono o unidad de ejecución objeto de equidistribución hubiesen sido obtenidos a título oneroso (ad. ex. expropiación) "el aprovechamiento urbanístico atribuido a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquéllos", mientras que si se hubieren adquirido gratuitamente, se entenderán sustituidos por los resultantes de la ejecución del plan, no entrando en el reparto del aprovechamiento urbanístico. Y ello [rectificándose en este sentido lo señalado al respecto en la anterior sentencia de 28 de noviembre de 2006 de esta Sala del Tribunal Supremo -RC 4203/2003-] al margen de que la Administración titular del bien de dominio público sea o no municipal, de que su adquisición por aquélla no obedeciese a causas urbanísticas y de que se mantuviese su anterior destino y afección demanial por exigirlo así un instrumento de ordenación del territorio o una determinación supramunicipal vinculante sobre el plan urbanístico.*

*Dicho criterio se halla actualmente positivizado en el artículo 190 bis de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -introducido por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo-, que citamos a efectos meramente ilustrativos al no ser aplicable por razones cronológicas, y en el que se dispone que:*

*"Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística".*

*También en el artículo 146.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del suelo y urbanismo del País **Vasco**, en el que se preceptúa que:*

*"Cuando en una unidad de ejecución existan bienes de dominio y uso o servicio público que no hubieran sido obtenidos por cesión gratuita, la edificabilidad urbanística correspondiente a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquéllas".*

*Podemos mencionar en tal sentido las recientes sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2009 (RC 293/2006), 3 de junio de 2009 (RC 393/2005) y 16 de julio de 2008 (RC 5186/2004), en dos de las cuales se estimaron sendos recursos de casación interpuestos por la ahora recurrente (ADIF) en supuestos muy similares al presente. En la última de las citadas afirmamos lo siguiente:*

*"(...)En el segundo motivo de casación se aduce por la representación procesal de la recurrente que la Sala de instancia ha infringido lo establecido en los artículos 154.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta, recogida, entre otras, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 1993, según la cual es necesario atender a la forma de obtención de los bienes de dominio y uso público que se aportan al polígono o unidad de actuación de que se trate, y así cuando los mismos no han sido obtenidos por cesión gratuita, el aprovechamiento urbanístico atribuido a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquéllos, mientras que si dichos bienes se obtuvieran en cumplimiento de la referida obligación operará el mandato del artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística con sustitución de unas superficies por otras.*

*Aunque el artículo 154.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 fue declarado inconstitucional y nulo por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, lo cierto es que en el mismo se sintetizaba perfectamente*





la doctrina jurisprudencial que, desde antiguo ( Sentencia de 30 de junio de 1982 y 7 de marzo de 1987 ) había venido a interpretar el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística , y que se ha mantenido inalterada en nuestras más recientes Sentencias de fechas 23 de noviembre de 1993 (recurso núm. 1385/1990 , fundamento jurídico sexto), 20 de julio de 2005 (recurso de casación 1758/2002 , fundamento jurídico tercero), ..., 4 de julio de 2007 (recurso de casación 8567/2003 , fundamento jurídico cuarto ) y 5 de diciembre de 2007 (recurso de casación 9975/2003 , fundamento jurídico quinto).

En las aludidas sentencias hemos considerado que del propio contexto del artículo 47 del Reglamento de Gestión Urbanística y del enunciado del capítulo, en que dicho precepto está incluido: «cesiones obligatorias y aprovechamiento medio», la sustitución a que se refiere dicho precepto se refiere exclusivamente a aquellos bienes de dominio y uso público que hubiesen sido obtenidos como consecuencia del cumplimiento de deberes urbanísticos de cesión gratuita, pues no en vano el apartado 1 del mismo precepto establece que «la Administración actuante está obligada a afectar, a los fines previstos en el Plan, el suelo que adquiera como consecuencia del cumplimiento de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios», para, después, al contemplar las modificaciones del planeamiento, disponer que «en todo caso deberá tenerse en cuenta que cuando las superficies de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, fuesen igual o inferior a la que resulte como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras».

En la mentada sentencia de fecha 20 de julio de 2005 (recurso de casación 1758/2002 ) declaramos que, en definitiva, para que opere la sustitución contemplada en el referido artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística , los bienes de dominio y uso público aportados por la Administración deben proceder de cesiones obligatorias y gratuitas como consecuencia de los deberes de cesión obligatoria que, por razones urbanísticas, recaen sobre los propietarios del suelo.

Esta interpretación jurisprudencial fue la que claramente dispuso el artículo 154 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 , aunque este precepto por otras razones fue declarado inconstitucional en Sentencia 61/97 del Tribunal Constitucional , pero en el apartado 2, párrafo primero, de dicho artículo, se establecía que «cuando en la unidad de ejecución existan bienes de dominio y uso público no obtenidos por cesión gratuita, el aprovechamiento urbanístico correspondiente a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquellos», para en el párrafo segundo ordenar que «en el supuesto de obtención por cesión gratuita, cuando la superficie de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, fueran iguales o inferiores a las que resultan como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras. Si tales superficies fueran superiores, la Administración percibirá el exceso, en la proporción que corresponda, en terrenos edificables».

No cabe duda que el legislador estatal en este precepto vino a aclarar lo que ya dispusiera el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística , aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que de éste se había hecho desde la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 1982 , razones todas por las que el segundo motivo de casación también debe prosperar".

No podemos, pues, aceptar el criterio de la Sala de instancia, debiendo, en consecuencia, acogerse el presente motivo.

**OCTAVO** .- Por último, hemos de rechazar el motivo quinto en el que se alegaba la vulneración del artículo 15.4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy, artículo 15.4 del Texto Refundido de la citada Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, y que ha sido modificado por Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), exponiendo la ausencia del informe o memoria de sostenibilidad económica.

Motivo que ha de ser rechazado por cuanto el precepto invocado —hasta su modificación en 2013— se refiere exclusivamente a los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización, mas no a las actuaciones de transformación urbanística.

**NOVENO** .- Consecuentemente, hemos de estimar el recurso de casación, revocando la sentencia impugnada y resolviendo lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate ( artículo 95.2.d de la Ley Jurisdiccional ).

Así, atendiendo a las razones expuestas en el Fundamento Séptimo, se concluye que se han vulnerado los artículos 47.1 y 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RGU), por lo que deberá por ello estimarse el recurso contencioso-administrativo en el sentido de anular el Acuerdo impugnado.

**DECIMO** .- Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas de casación, ni existen razones de temeridad o mala fe para hacerla respecto de las de instancia ( artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional ).



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

#### FALLAMOS

1º.- Declaramos haber lugar al Recurso de Casación **1662/2011** interpuesto por la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País **Vasco**, en fecha 10 de febrero de 2011, en el Recurso Contencioso- administrativo 378/2009 , sobre Aprobación Definitiva de la Modificación Puntual del PGOU del municipio de Getxo, respecto al Área nº 49, "Punta Begoña".

2º.- Revocamos dicha sentencia.

3º.- Estimamos el Recurso Contencioso-administrativo 378/2009 promovido por la **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE DIRECCION000 NÚMERO NUM000 de GETXO** contra el Acuerdo de 31 de octubre de 2008 del Pleno del **AYUNTAMIENTO DE GETXO** que aprobó definitivamente la modificación puntual del PGOU del municipio, respecto al Área nº 49, "Punta Begoña", que declaramos disconforme a Derecho y en consecuencia anulamos.

4º.- No hacemos condena ni en las costas de casación ni en las de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.