



Roj: **STS 2783/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2783**

Id Cendoj: **28079130052015100216**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **27/05/2015**

Nº de Recurso: **2678/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 2678 de 2013, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Beatriz Ruano Casanova, en nombre y representación de Don Manuel , Don Norberto , Doña Luz , Don Roman , Doña Ofelia , Don Urbano , Don Jose Pablo , Doña Socorro y Don Jesús Ángel , contra la sentencia pronunciada, con fecha 21 de junio de 2013, por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 215 de 2011 , sostenido por la representación procesal de Don Manuel , Don Norberto , Doña Luz , Don Roman , Doña Ofelia , Don Urbano , Don Jose Pablo , Doña Socorro y Don Jesús Ángel contra el acuerdo de 25 de junio de 2010 del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de aprobación definitiva del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana (BOG de 27 de enero de 2010).

En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrido, el Ayuntamiento de San Sebastián, representado por la Procuradora Doña Isabel Juliá Corujo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó, con fecha 21 de junio de 2013, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 215 de 2011 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el presente recurso nº 215/2011, interpuesto contra el acuerdo de 25/06/2010 del Ayuntamiento de Donostia San Sebastián de aprobación definitiva del texto refundido del Plan General de Ordenación Urbana (BOG de 27/01/2010), debemos : Primero: Declarar la disconformidad a derecho del acuerdo recurrido que consecuentemente anulamos, exclusivamente en relación con la previsión de realojo en vivienda libre del ámbito A.U.LO.05 "Txomin Enea". Segundo: Desestimar el recurso en lo demás.Tercero: Sin imposición de las costas».

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo: «Se alega en primer lugar que el acuerdo recurrido incurre en arbitrariedad, porque el PGOU aprobado dice que se convalida la ordenación de la Modificación del PGOU de 2007, y del Plan Especial de 2008, siendo así que no es cierto porque se producen ajustes.

»El Libro Decimotercero del PGOU relativo a las Normas Particulares del ámbito urbanístico (AU) LOIOLA (LO), en relación con el concreto ámbito LO.05 TXOMIN ENEA, dentro de los criterios y objetivos generales de ordenación contempla las siguientes previsiones:

»<<\* Convalidación de la «Modificación del Plan General referida al Área «LM.06 Txomin Enea» aprobada definitivamente el 27 de marzo de 2007, cuya finalidad viene a ser la reordenación general del Ámbito, con la



- implantación de nuevos usos de vivienda, terciarios y dotacionales en una nueva trama residencial, sobre la base de una serie de previsiones que pueden ser resumidas en las siguientes:
- »- Implantación de 111.494 m<sup>2</sup>(t) residencial para unas 1.314 nuevas viviendas de las que unas 829 se adscriben al régimen de protección pública, complementado con nuevo techo destinado a usos terciarios. A esa edificabilidad se ha de añadir la vinculada a las edificaciones preexistentes que, o bien se consolidan en sus actuales condiciones, o bien se prevé un ligero incremento.
  - »- Previsión de nuevos equipamientos, mejorando los niveles de dotación del barrio de Loiola, incluido un edificio de alojamientos dotacionales para unas 42 unidades.
  - »- Creación del parque fluvial del Urumea, constituido por una banda perimetral a la orilla del río, que responde a los criterios de intervención planteados por el «Estudio Hidráulico y de ordenación del cauce del Río Urumea», redactado por la Dirección de Aguas del Departamento de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno Vasco (actualmente Agencia Vasca del Agua - URA), tanto en lo que se refiere a la dimensión del cauce, como al tratamiento y configuración de sus bordes.
  - »- Aplicación de las condiciones de edificación, edificabilidad, dominio y uso del dominio público marítimo terrestre provenientes de la Ley de Costas, y en ese sentido:
    - »- La utilización del dominio público marítimo-terrestre, así como toda intervención -sea con el objeto de ejecutar obras o construcciones, o de implantar usos y actividades- en los ámbitos limítrofes al mismo, incluida la correspondiente zona de servidumbre de protección, se ajustará a lo dispuesto en la vigente Ley de Costas, de 28 de julio de 1988, y en su Reglamento.
    - »- A esos efectos, se tomarán en consideración el deslinde del citado dominio público, la ribera del mar y la zona de servidumbre de protección, grafiados en el plano «5. Aplicación de la Ley de Costas. Loiola» de estas Normas Particulares.
    - »- Dicha zona de servidumbre de protección incide en un fondo de 20 metros medidos a partir de la ribera del mar.
    - »Ahora bien, complementariamente a la ejecución de las obras de encauzamiento del río Urumea propuestas, se procederá, de conformidad con los criterios establecidos, entre otros, en los *artículos «12.6» de la Ley de Costas y « 27» de su Reglamento, a la redefinición de las citadas determinaciones, en el sentido señalado en el gráfico «1. Condiciones de aplicación de la Ley de Costas», incluido en esta misma «Norma Particular».*
    - »El régimen urbanístico de los terrenos y ámbitos ocupados y/o afectados por el cauce actual, pero no así por el nuevo propuesto, será, en todo caso, el establecido en este Plan.
  - »- Aplicación de las condiciones establecidas en el «Estudio Hidráulico y de ordenación del cauce del Río Urumea», redactado por la Dirección de Aguas del Departamento de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno Vasco.
  - »- Aplicación de las recomendaciones del Estudio de Evaluación Conjunta de Impacto Ambiental formulado.
  - »\* La expresada convalidación de la Modificación del Plan General de 1995 se efectúa sin perjuicio de diversos reajustes que se proponen en el presente Plan General y que no afectan al fondo general del proyecto. Vienen a ser los siguientes:
    - »- Uno de ellos es el referido a la delimitación del Ámbito en su extremo Oeste, que se amplía a costa del cauce del río, con objeto de obtener el espacio suficiente para la ubicación de las infraestructuras viarias y ferroviarias previstas, incluido el paseo de borde del río, al que debe dotarse de las debidas condiciones geométricas.
    - »Por otro lado, los cambios se producen también en la zonificación global, en donde las citadas infraestructuras obligan a la reducción de la zona residencial de tipología «A.30» en beneficio de las zonas globales de tipología «E.10» y «E.20» de uso viario y ferroviario respectivamente.
    - »En concreto, se desplaza hacia el Norte la zona viaria adyacente al ferrocarril, para poder incluir la banda inicialmente prevista para la red ferroviaria de alta velocidad, y se destina en exclusiva a usos de infraestructuras el extremo Oeste del Ámbito.
    - »Ambas cuestiones están también directamente relacionadas con la implantación de la plataforma reservada para el transporte colectivo en el eje Norte-Sur, en lo que se refiere al espacio físico necesario para ello. En cualquier caso, se estará a este respecto a lo que se concluya del Informe de Viabilidad que actualmente se elabora con esa finalidad.



- »Es destacable también la previsible afección de la nueva red ferroviaria de alta velocidad al apeadero de cercanías de Loiola, que deberá ser sustituido en el contexto del proyecto ferroviario correspondiente.
- »- Por otro lado, se excluye del sistema general de Equipamientos el centro de Arteleku, que pasa a formar parte de la red de sistemas locales.>>
- »\* Convalidación del Plan Especial de Ordenación Urbana formulado en desarrollo de la anterior Modificación del Plan General de 1995 con el fin de determinar la ordenación pormenorizada del ámbito, y aprobado definitivamente mediante resolución de 26 de setiembre de 2008). Dicha convalidación se realiza con las siguientes salvedades:
- »- Atendiendo a las modificaciones territoriales que produce el desvío del río Urumea previsto en el extremo Norte del Ámbito, la citada convalidación se efectúa para lo que lo que en este Plan se identifica como Subámbito «LM.05.1 Plan Especial Txomin Enea», que contiene la mayor parte del área de intervención del citado planeamiento especial.
- »- Reajuste del régimen jurídico de la nueva edificabilidad residencial proyectada en la Actuación Integrada 1 sustituyendo las previsiones establecidas en el citado Plan Especial por las expuestas en estas Normas Particulares. Ese reajuste afecta, en concreto, a la edificabilidad vinculada en aquel Plan al régimen de la vivienda tasada de régimen general, y que ahora se destina a vivienda tasada de régimen especial y a vivienda de promoción libre.
- »- La ordenación pormenorizada para el resto del Ambito Urbanístico, se determina en el presente Plan General.
- »Ese resto está integrado por los terrenos situados al Norte del ámbito, resultantes tanto del desvío del río como de reajustes de límites entre los ámbitos de «Txomin Enea» e «Igeltegi».
- »Aun cuando se emplee la expresión convalidación, ha de entenderse que lo que el planificador hace es incorporar al PGOU que se aprueba la ordenación resultante de los antedichos instrumentos de planeamiento, con las modificaciones y salvedades a que expresamente se hace referencia.
- »Ello no significa que lo que se pretenda sea la convalidación jurídica de tales instrumentos en relación con las posibles infracciones jurídicas de las que pudieran adolecer, de manera análoga a la forma en que la convalidación de los actos administrativos se halla prevista por el artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , lo que no es posible en relación con los planes urbanísticos de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de que es exponente la STS 1 de marzo de 2013 -Rec. 2878/2010 -, del siguiente tenor:
- »«En este sentido, venimos declarando, respecto de la convalidación de disposiciones generales y con motivo de la aplicación del artículo 67 de la Ley 30/1992 (LA LEY 3279/1992), que no procede respecto de los planes de urbanismo porque " En primer lugar, por tanto, porque está previsto para los actos administrativos y estamos ante una disposición general. En segundo lugar, porque los vicios de los que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación invocada. Y, finalmente, y ligado al anterior, se hace preciso recordar que los vicios de invalidez en que pueden incurrir estas disposiciones generales son únicamente supuestos de nulidad plena, como revela el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (...) " ( STS 21 de mayo de 2010 dictada en el recurso de casación nº 2463/2006 ).>>
- »Lo que el PGOU impugnado hace es asumir como propia la ordenación resultante, tanto de la Modificación del PGOU de 27 de marzo de 2007 referida al Área LM.06 Txomin Enea como del Plan Especial de Ordenación Urbana del AIU LM 06 Txomin Enea, formulado en desarrollo de la anterior y aprobado el 26 de septiembre de 2008, y ello con las salvedades y modificaciones que expresamente contempla y para las que se halla plenamente legitimado en virtud del *ius variandi* que le asiste para adecuar la ordenación preexistente a las necesidades del momento en que se elabora y aprueba la nueva ordenación.
- »Al hacerlo el planificador obra en virtud de la potestad de ordenación que le confieren los artículos 50, 91 y concordantes de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio de Suelo y Urbanismo, y aun cuando pueda ser discutible dicha opción desde un punto de vista de la técnica legislativa, en lugar de operar una refundición de la normativa de los instrumentos que convalida e incorporarla al propio texto del PGOU, no se atisba sin embargo en ello elemento alguno de arbitrariedad, ni de inseguridad jurídica, en la medida en que no se acredita que el resultado normativo resulte incongruente o genere incertidumbre sobre la ordenación aplicable, lo que no resulta obvio teniendo en cuenta que se trata de instrumentos de planeamiento debidamente publicados en el diario oficial del territorio histórico de Gipuzkoa, y que las modificaciones o ajustes que se introducen quedan claramente especificados en el PGOU impugnado».

**TERCERO** .- También se declara, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, lo siguiente: «Se denuncia en segundo lugar la infracción del artículo 16.1.c) TRLS08 como consecuencia de la adscripción



de los sistemas generales del parque fluvial del Urumea y del puente llamado "Espartxo", según el informe pericial emitido por el arquitecto Sr. Conrado , no sólo a efectos de la obtención del suelo sino a efectos de su costeamiento.

»El Ayuntamiento alega que se trata de sistemas locales, porque el parque es una zona verde de barrio, y el nuevo puente es la ampliación y mejora del existente, que resulta necesaria por la elevación de la cota de la nueva urbanización del ámbito.

»Lo cierto es que la Modificación del PGOU de 2007, en su plano II.3 "Zonificación Global", califica el parque fluvial como parque F.100 dentro del sistema general de espacios libres (18.589 m<sup>2</sup>), calificación a la que se atiene el PEOU 2008.

»La sustitución del puente no aparece contemplada en la Modificación del PGOU de 2007, siendo contemplada por primera vez en el PEOU de 2008, tal y como informa el perito judicial Don. Conrado , y lógicamente en dicho instrumento tiene una consideración de dotación local, puesto que un plan especial no puede realizar la ordenación estructural, a la que corresponde la definición de los sistemas generales según el artículo 53 LSU.

»Pues bien, con independencia de si el parque fluvial de la ría Urumea y el nuevo puente, tal y como postula la recurrente, merecen ser calificados como sistemas generales por abarcar su funcionalidad más de un ámbito de planeamiento, de conformidad con lo previsto por el artículo 54.1 LSU, o tal y como postula el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, como sistemas locales (contradiendo el tenor del propio PGOU en cuanto al parque), por circunscribirse su funcionalidad al uso y servicio predominante de los residentes del ámbito urbanístico LO.05 TXOMIN ENEA (artículo 57.1 LSU), a la fecha de aprobación del PGOU impugnado, el artículo 16.1.c) TRLS08 amparaba la imposición del costeamiento de los sistemas generales adscritos, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, de la que da cuenta la STS 5 de diciembre de 2012 (Rec.1314/2011):

» <<QUINTO .- Aunque lo expuesto en el fundamento anterior es suficiente para desestimar el primero de los motivos de impugnación, no está de más señalar que tampoco se vulneraría el artículo 16.1.c) del TRLS 2008, incluso aunque se considerase que la mencionada rotonda es un sistema general.

» Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado, a partir de su STS de 5 de marzo de 2007 (Recurso de casación 5813/2004 ), interpretando el artículo 18 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV ), que pesa sobre los propietarios de suelo urbanizable el deber de ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general incluya o adscriba al ámbito correspondiente, pero que "no impone como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad la de que tales propietarios hayan de costear o ejecutar la urbanización de los sistemas generales más allá de aquello a lo que expresamente se refiere el número 3 de su artículo 18, esto es: más allá de "costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta genere", como se dice en su fundamento jurídico decimosexto. Por ello se concluye en ese fundamento jurídico que "los costos de urbanización de los sistemas generales adscritos al Sector no han de ser a cargo de los propietarios del mismo".

» También ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo en la STS de 2 de julio de 2012 (Recurso de casación 104/2009 ), respecto los propietarios de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada , que el artículo 14.2.b) de la Ley 6/1998, de 13 de abril (LRSV ), les impone el deber de ceder obligatoria y gratuitamente el suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general, en su caso, haya incluido en el ámbito correspondiente, pero ese deber no comporta el de "costear su urbanización".

» Se dice así en esa STS de 2 de julio de 2012 en su Fundamento Jurídico Tercero: " Este deber de cesión de suelo para los denominados sistemas generales, adscritos a la Unidad de Ejecución, pesa igualmente sobre los propietarios de suelo urbanizable, conforme a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la misma Ley .

» Esta Sala y Sección, a partir de su Sentencia de fecha 5 de marzo de 2007 (recurso de casación 5813 de 2004 ), ha considerado que dicho deber de cesión, obligatoria y gratuita, de suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales, que el planeamiento general incluye o adscribe al ámbito correspondiente, no comporta el deber de costear su urbanización, interpretación que, a partir de la literalidad de lo establecido para el suelo urbanizable en el apartado 6 del artículo 18 de la Ley 6/1998, de 13 de abril , debe extenderse, lógicamente, a los propietarios del suelo urbano no consolidado por la urbanización, aun cuando el apartado e) del artículo 14.2, a diferencia del referido apartado 6 del indicado artículo 18 de la misma Ley , no aluda expresamente a la urbanización del sector o ámbito correspondiente sino sólo al deber de costear y, en su caso, ejecutar la urbanización.

» Así lo ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo en las Sentencias de fechas 22 de noviembre de 2007 (recurso de casación 10196/2003 ) y 18 de septiembre de 2009 (recurso de casación



3024/2005), que recogen la doctrina declarada en aquella primera de 5 de marzo de 2007, interpretación que debe ser mantenida para las actuaciones llevadas a cabo durante la vigencia de dicha Ley 6/1998, aun cuando la vigente Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo, y su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, hayan establecido en sus respectivos artículos 16.1 a) y c), que las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance, el deber legal de entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención, así como el deber de costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización".

» La regulación establecida respecto de los sistemas generales, por lo que ahora importa, en cuanto a la cesión de los terrenos correspondientes y, en su caso, a su ejecución o costeamiento de su urbanización, en la Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo, y en el actual TRLS 2008 es diferente a la que se contemplaba en la anterior Ley 6/1998, de 13 de abril. Así, en el actual artículo 16.1 del TRLS08 se ha establecido -como antes se ha puesto de manifiesto, pero no está de más reiterar- que en las actuaciones de transformación urbanística -que son las que se mencionan en el artículo 14.1.a) de ese TRLS08-, los deberes que corresponde a la promoción de las mismas comportan, según su naturaleza y alcance, por lo que ahora interesa: "a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención".

» La cesión a la Administración de los terrenos previstos en el planeamiento para dotaciones públicas comprende tanto a las que tienen "carácter local" como a las que tienen carácter de "sistema general", incluidos estos últimos en la propia actuación o adscritos a ella para su obtención.

» En el apartado c) de ese artículo 16.1 se establece, como deber legal de la promoción, el de costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente. No se excluye, por tanto, en ese precepto el coste correspondiente a las obras de urbanización de los sistemas generales previstas en la actuación correspondiente, como ya se había apuntado por esta Sala en la antes citada STS de 2 de julio de 2012.

» Por ello, aunque la rotonda litigiosa -que es lo que aquí se examina- fuera considerada como "sistema general" (recordando que la Sala de instancia no recoge tal consideración) no se vulneraría por la sentencia de instancia el citado artículo 16.1.c) del TRLS08 por mantener el acuerdo municipal impugnado que contempla, en los términos que en el mismo se establecen, el costeamiento de esa rotonda por los propietarios del sector 9.2.>>.

»En consecuencia, debemos desestimar el motivo de impugnación, puesto que la adscripción del sistema general del parque F.100 de 18.689 m<sup>2</sup>, no sólo a efectos de obtener el suelo necesario sino además a los efectos de su ejecución, es una decisión que corresponde al planificador y que resulta perfectamente posible desde la perspectiva del estatuto básico de la propiedad urbana establecido por el TRLS 2008, y que contempla expresamente la LSU.

»Por lo que se refiere al puente Espartxo, hemos de decir que su consideración de dotación local es ajustada a Derecho a tenor del informe pericial emitido por el arquitecto Don. Conrado, ya que su necesidad deriva de la propia ordenación del ámbito en cuanto eleva la cota de la urbanización haciendo impracticable el puente actual. Además, aunque su sustitución venga igualmente exigida por razones hidráulicas, como así ocurre, esas razones no son ajenas a los usos residenciales previstos en el ámbito, puesto que lo que persiguen es evitar inundaciones que causen daños a bienes y personas, de forma que lo decisivo es la existencia en la proximidad del puente de un ámbito urbanizado al que afecta el peligro de inundación, puesto que de no existir sería indiferente que el río anegara sus riberas en dicho lugar, puesto que es lo natural en el curso de todos los ríos que en las crecidas aneguen sus riberas, sin que por ello se plantee la necesidad de realizar obras para evitar inundaciones, obras que únicamente resultan necesarias cuando se ha producido una urbanización de las proximidades del río sin atender a los riesgos de inundación.

»Ello no obstante, aun cuando se concluyera que se trata de un sistema general, nada impediría que su ejecución se adscribiera al ámbito como carga de urbanización, según ha quedado razonado».

**CUARTO**.- En cuanto al principio de equidistribución de beneficios y cargas, el Tribunal de instancia declara, en el fundamento jurídico quinto, que: «Se alega la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas a causa del porcentaje de vivienda protegida (67%), con infracción del artículo 80 LSU.

»A la hora de analizar dicho motivo de impugnación es preciso tener presente que, como razona la exposición de motivos del TRLS08, la Constitución vincula en su art. 47 el derecho a una vivienda digna y adecuada con la regulación de los usos del suelo, lo que se traduce en su artículo 10 en el criterio básico de utilización del suelo que exige destinar el suelo adecuado y suficiente al uso residencial, con reserva en todo caso de una parte



proporcionada, y como mínimo el 30% a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

»En el ordenamiento autonómico de la CAPV, el art. 2 de la Ley 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y de tramitación de los instrumentos de planeamiento, previó en su artículo 2 la obligación de reservar en los instrumentos de planeamiento general de los municipios de población superior a siete mil habitantes, un 20% del suelo residencial en operaciones integradas en suelo urbano, y un 65% en suelo urbanizable. Con posterioridad, la Ley 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, previó en su disposición adicional única nº 2.V.3 que la calificación efectuada por el planeamiento para vivienda protegida debía considerarse un uso específico a los efectos de la técnica del aprovechamiento tipo. Finalmente, la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana, reiteró en su artículo 2 que el planeamiento urbanístico podía calificar terrenos para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

»En la actualidad, la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, prevé en su artículo 80 lo siguiente:

»«Artículo 80. Estándares y cuantías mínimas de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública.

»1.- El planeamiento urbanístico municipal determinará la reserva de terrenos calificados con destino a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, que, como mínimo, atenderá a los estándares y cuantías que se señalan en los apartados siguientes.

»2.- En aquellas áreas de suelo urbano no consolidado cuya ejecución se prevea mediante actuaciones integradas de uso predominantemente residencial, la ordenación urbanística de los planes generales y, en su caso, de los planes especiales deberá calificar con destino a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública los terrenos precisos para materializar como mínimo el 40% del incremento de la edificabilidad urbanística de uso residencial, respecto de la previamente materializada, que se establezca en cada área. Este porcentaje se desglosa en un mínimo del 20% de la edificabilidad urbanística de uso residencial para la construcción de viviendas de protección oficial de régimen general y especial, y el restante porcentaje hasta alcanzar el 40% con destino a viviendas de protección oficial de régimen tasado. La edificabilidad urbanística admitida para las viviendas de protección oficial de régimen tasado podrá ser sustituida por viviendas tasadas municipales en los términos establecidos en la disposición adicional octava.

»3.- En cada sector de suelo urbanizable de uso preferentemente residencial, la ordenación urbanística de los planes generales, de los planes de sectorización y, en su caso, de los planes parciales deberá calificar con destino a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública los terrenos precisos para materializar como mínimo el 75% del incremento de la edificabilidad urbanística de uso residencial, respecto de la previamente materializada, que se establezca en cada sector. Este porcentaje se desglosa en un mínimo del 55% de la edificabilidad urbanística de uso residencial para la construcción de viviendas de protección oficial de régimen general y especial, y el restante porcentaje hasta el 75%, con destino a viviendas de protección oficial de régimen tasado. La edificabilidad urbanística admitida para las viviendas de protección oficial de régimen tasado podrá ser sustituida por viviendas tasadas municipales en los términos establecidos en la disposición adicional octava.

»4.- El cumplimiento de la edificabilidad urbanística mínima de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública se realizará individualmente por cada sector, área o unidad de ejecución, salvo que el planeamiento general establezca en su revisión las determinaciones para cumplir de forma diferente los estándares fijados en esta ley, bien en el conjunto del suelo urbano no consolidado y urbanizable o bien entre ambas clases de suelo, o entre distintos sectores, áreas o unidades de ejecución. En este último supuesto será necesario que el departamento de la Administración autónoma competente en materia de vivienda autorice la opción elegida en el planeamiento para garantizar una calificación equilibrada de las reservas que evite los riesgos de la segregación socio espacial.

»5.- Reglamentariamente se determinará, en municipios obligados por esta ley a reservar suelo para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, la exención de dicha obligación de reserva para determinadas unidades de ejecución por razón del número de viviendas posibilitadas. Las viviendas resultantes de dicha unidad de ejecución se deberán destinar a viviendas de régimen tasado municipal.

»6.- Además, y a instancia del ayuntamiento afectado, el departamento de la Administración autónoma del País Vasco competente en materia de vivienda, previo informe favorable de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco, podrá aprobar en expedientes de modificación el cumplimiento global de los estándares mínimos de viviendas de protección pública mediante transferencias de viviendas. En todo caso, será requisito



imprescindible para autorizar dicha transferencia que se garantice, en el momento de la realización de dicha solicitud, la ejecución previa o simultánea de un número de viviendas de protección pública proporcional a la diferencia de valores entre las viviendas libres de los ámbitos objeto de la transferencia»>>.

»El estándar del 40% de reserva de terrenos calificados con destino a vivienda protegida establecido por el artículo 80.2 LSU tiene carácter mínimo, por lo que corresponde al planificador, de acuerdo con las necesidades de vivienda que existan en el municipio, determinar el porcentaje necesario para satisfacerlas respetando dicho límite mínimo, lo que en el supuesto de autos se ha concretado en un 67%, sin que la parte recurrente alegue que no exista una necesidad de vivienda protegida que lo justifique, por lo que debemos rechazar la infracción de dicho precepto.

»Lo que la recurrente alega es que dicho porcentaje de vivienda protegida vulnera el principio de equidistribución de beneficios y cargas, dando a entender que con ello se discrimina a los propietarios del ámbito por asignación del uso específico de vivienda protegida en dicha proporción, sin llegar a mencionar el término de comparación que considera aplicable a dicho juicio de igualdad, aunque en el hecho cuarto de la demanda se alude a que, según la orden de 9 de junio de 2010 del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes del Gobierno Vasco (folio 10.431 del expediente), la media de vivienda protegida en el suelo urbano de Donostia San Sebastián es del 28% de vivienda de protección oficial, y del 18% de vivienda tasada, siendo el 54% la vivienda libre. Alude además a que en el ámbito MZ 10 Basozabal, de suelo urbanizable al que corresponde un estándar de vivienda protegida del 75%, se da un déficit de 5.500 m<sup>2</sup> de techo de vivienda de protección oficial y de 2.200 m<sup>2</sup> de techo de vivienda tasada.

»Procede examinar el alcance del principio de equidistribución de beneficios y cargas y la incidencia que el mismo deba tener en la asignación de usos por el planificador, lo que haremos siguiendo su evolución a lo largo de las sucesivas leyes urbanísticas.

»Durante la vigencia del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación urbana aprobado por el *decreto 1356/1976, de 9 de abril, el principio de justa distribución de beneficios y cargas (artículos 3.2.b), 87.1 in fine y 124)*, operaba en la fase de gestión imponiendo en los procedimientos de reparcelación y de compensación la participación proporcional a la superficie aportada en los aprovechamientos del ámbito y en el levantamiento de las cargas de urbanización, y además como límite en la delimitación de polígonos y unidades de ejecución mediante la institución del aprovechamiento medio y la tolerancia de desviaciones en el aprovechamiento de 15% (*artículos 36.2 y 46.3 del Reglamento de Gestión Urbanística*).

»Ley 8/90, de 25 de julio, y el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por el RDLg 1/1992, de 26 de junio, supusieron una innovación importante al introducir las técnicas de las áreas de reparto y de aprovechamiento tipo, haciendo operar el principio de justa distribución de beneficios y cargas tanto en el suelo urbano como en el urbanizable. Así lo expresa la Exposición de Motivos de la primera, a tenor de la cual "no existe en nuestro derecho urbanístico vigente (ni en el histórico) un auténtico y pleno derecho a la equidistribución, pues los mecanismos redistributivos ni juegan entre las diversas clases de suelo ni en el seno de cada una de ellas en su totalidad, a excepción del suelo urbanizable programado mediante el instituto del aprovechamiento medio. No reconoce tampoco el sistema que se propone un derecho pleno a la equidistribución, pero extiende su efectividad a los suelos clasificados como urbanos y lo generaliza en las zonas de nueva urbanización (excluidas las de eventual urbanización o no programadas)".

»Tras la declaración de inconstitucionalidad efectuada por la *STC 61/1997, de 20 de marzo*, la *Ley 6/1998, de 13 de abril de régimen del suelo y valoraciones (artículos 5, 14.2.d) y 18.5)* el juego de dicho principio se volvió a ceñir a los límites en que operaba bajo la vigencia del *TRLS76*.

»En el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al igual que ocurriera en otras comunidades, tras la *STC 61/1997*, se dictó la *Ley 3/1997, de 25 de abril, de determinación de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, con el fin de dar cierta estabilidad al ordenamiento urbanístico, dando acogida en su disposición adicional única a la técnica de las áreas de reparto y del aprovechamiento único, a las que se ajustaban importantes planes generales aprobados tras la entrada en vigor del *TRLS92*.*

»Finalmente, la *Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, deroga la anterior y pone fin a las áreas de reparto y aprovechamiento tipo. Aun cuando se hacen en ella constantes apelaciones al principio de justa distribución de beneficios y cargas (artículos 25.1.b.1; 26.1.a; 42.2.b; 48.1; 131.1.b; 144.1.b y 2; 160.2.b; 163.3.a; 168.2.c)*, ciñe su operatividad al ámbito de la ejecución del planeamiento, y más concretamente a la delimitación de unidades de ejecución dentro de cada área de suelo urbano y de cada sector de suelo urbanizable, imponiendo el límite de que la edificabilidad urbanística media de la unidad no exceda del 5% de la correspondiente al área o sector.



»El RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Suelo no altera la cuestión, ya que establece con básico en su artículo 8.1.c) que la facultad "de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación. "Integra el contenido del derecho de propiedad del suelo, y en su art. 9.3, establece que dicha facultad conlleva "asumir como carga real la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas y en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, así como permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras al responsable de ejecutar la actuación. " En suma, ciñe el juego del principio de justa distribución de beneficios y cargas al ámbito de la ejecución.*

»Siendo ello así, no cabe apreciar la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas por la razón alegada de que se contemple en el ámbito LO.06 Txomin Enea una reserva del 67% de la edificabilidad residencial a viviendas protegidas, siendo la media del suelo urbano de Donostia San Sebastián del 46%, y de que en el ámbito de suelo urbanizable MZ 10 Basozabal haya un déficit de vivienda protegida respecto del estándar, ya que el planificador parte de los condicionantes existentes, y entre ellos la vivienda protegida con la que cuenta el municipio y las necesidades de la misma, y a partir de ellos debe establecer las determinaciones que satisfagan dichas necesidades, sin que pueda invocarse al efecto el principio de igualdad, si no se acredita la igualdad del término de comparación, igualdad que no concurre en la comparación entre el ámbito LO 06 Txomin Enea y el resto del suelo urbano puesto que se trata de realidades muy diferentes, y que tampoco se acredita en relación con el ámbito MZ 10 Basozabal, puesto que de él nada sabemos.

»Hemos de concluir que no se infringe el principio de igualdad en la ley, de igualdad en la ordenación urbanística del PGOU a causa del porcentaje de vivienda protegida que se asigna al ámbito Txomin Enea, porque no concurre un término válido de comparación que lo evidencie».

**QUINTO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de los demandantes presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante diligencia de ordenación, de fecha 17 de julio de 2013, en la que se mandó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**SEXTO** .- Dentro del plazo al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrido, el Ayuntamiento de San Sebastián, representado por la Procuradora Doña Isabel Juliá Corujo, y, como recurrentes, Don Manuel , Don Norberto , Doña Luz , Don Roman , Doña Ofelia , Don Urbano , Don Jose Pablo , Doña Socorro y Don Jesús Ángel , representados por la Procuradora Doña Beatriz Ruano Casanova, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación con fecha 25 de septiembre de 2013.

**SEPTIMO** .- La representación procesal de los demandantes en la instancia basa su recurso de casación en cuatro motivos, invocados todos al amparo de lo establecido en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción ; el primero por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en el artículo 16.1, apartados a ) y c) del Texto Refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, así como el principio de proporcionalidad consagrado por la sentencia del Tribunal Constitucional 49, de 5 de abril de 1999 , y por las que en ella se citan, que prohíbe el sacrificio excesivo e innecesario de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y, por tanto, del derecho de propiedad, ya que el acuerdo municipal impugnado hace recaer sobre el ámbito Txomin Enea la ejecución de dos sistemas generales, el Parque Fluvial del Urumea y el nuevo puente "Espartxo", infraestructuras a las que el Ayuntamiento de San Sebastián no otorga dicha consideración, a pesar de que el citado artículo 16.1 se refiere genéricamente a dotaciones públicas, mientras que el indicado precepto no imputa a los propietarios de una concreta unidad de actuación el coste de los sistemas generales que se quieran adscribir a ella, mientras que la Ley de Suelo , Texto Refundido de 2008, ni es una ley urbanística ni ha tratado de borrar la distinción entre dotaciones locales y sistemas generales, porque cada uno tiene su propia lógica, ya que las dotaciones locales son las que están al servicio preferente del ámbito o unidad de actuación, por lo que resulta lógico que su implantación corra a cargo de los propietarios de aquél o de ésta, mientras que los sistemas generales son equipamientos o infraestructuras de mayor porte, configurados para el servicio de la ciudad entera, por lo que su financiación debe correr a cargo de todos los vecinos y no de un pequeño grupo de ellos y si bien es cierto que existe alguna excepción a dicha regla sólo son fruto del principio de proporcionalidad que prohíbe categóricamente la imposición de sacrificios excesivos o innecesarios, de manera que el artículo 16.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 no puede ser interpretado en su literalidad como lo ha hecho la sentencia recurrida, de manera que cabe admitir que cuando se trata de una rotonda, como es el supuesto de la sentencia citada por la recurrida, cabe aceptarse razonablemente, pero ello no puede ser así cuando se trata del nuevo Parque





Fluvial de 18.689 m<sup>2</sup>, resultado de las obras de encauzamiento de un río, ni tampoco cuando se realiza un nuevo puente para elevar la rasante 6,5 metros y todo ello en un ámbito de poco más de 100.000 m<sup>2</sup>, en el que hay que dejar espacio para infraestructuras viarias y ferroviarias, así como para el tren de alta velocidad, y, por tanto, una interpretación sistemática del artículo 16.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 pone de manifiesto que la tesis de la sentencia impugnada es insostenible, pues, de lo contrario, sería superfluo el precepto contenido en el apartado c) del mismo precepto, que se refiere expresamente al deber de costear las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y la ampliación o reforzamiento de las existentes; el segundo porque la sentencia recurrida, al no exigir al planeamiento, objeto del recurso, una justificación suficiente de la imposición al ámbito AU.LO.05 "Txomin Enea" de la carga correspondiente a la ejecución del Parque Fluvial y del puente "Espartxo", ha infringido lo establecido en el artículo 54.f), de la Ley 30/1992, y la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo que obliga a motivar, esto es, a justificar las determinaciones del planeamiento urbanístico, pues los sistemas generales, por serlo, deben ser financiados por todos, ya que a todos beneficia y, si bien cabe establecer excepciones, éstas, como tales, deben estar debidamente justificadas en la Memoria, como ha declarado la doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en las sentencias que se citan y transcriben, y en este caso enjuiciado la evidente repercusión en la esfera patrimonial de los propietarios de la A.U.LO.05 "Txomin Enea" de esa imputación de la carga de ceder los terrenos y de costear la ejecución del nuevo Parque Fluvial de Urumea requería una justificación bien precisa, ya que tal imputación excepciona la regla general según la cual la financiación de los sistemas generales debe correr a cargo de todos los vecinos en la medida en que beneficia a todos ellos, mientras que no exigir esa justificación equivale a dar vía libre a la arbitrariedad del planificador, y, en consecuencia, al no exigir la sentencia recurrida esa justificación, ha incurrido en la vulneración del artículo 54.f) de la Ley 30/1992 y de la doctrina jurisprudencial acerca de la necesidad de justificación de las determinaciones del planeamiento, y otro tanto cabe decir respecto del nuevo puente "Espartxo", cuya previsión es consecuencia pura y simple de las obras de encauzamiento del río y de la elevación de la rasante del terreno, ya que si el Parque Fluvial es un sistema general, como la propia Sala de instancia reconoce en el fundamento jurídico tercero, tiene que serlo también el puente que da acceso a él, diga lo que diga el Plan Especial convalidado por el Plan General objeto del recurso; el tercero porque la sentencia recurrida ha infringido el artículo 10.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, al dar por supuesto que las necesidades de vivienda protegida justifican la imposición al ámbito A.U. 10.5 "Txomin Enea" de un porcentaje de reserva con ese fin de un 67%, superior en veintidós puntos a la media del suelo urbano de la ciudad, ya que el citado precepto establece que las Administraciones Públicas deben destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial con reserva de *una parte proporcionada* a vivienda sujeta a un régimen de protección pública, reserva que debe determinarse por la legislación de ordenación territorial y urbanística, o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización, sin fijar un límite cuantitativo máximo sino con referencia exclusivamente a una parte proporcionada de la edificabilidad residencial correspondiente al suelo que vaya a ser objeto de una actuación urbanística, siendo las Administraciones Públicas las que han de justificar que la reserva de suelo para vivienda de protección pública resulta proporcionada, como la ley exige, en relación a la edificabilidad residencial del ámbito, a las necesidades de vivienda en el municipio y a la disponibilidad dentro de él de vivienda protegida, pues, si no se exige tal justificación, carece de cualquier virtualidad el mandato legal y la doctrina jurisprudencial acerca de la motivación de las determinaciones del planeamiento, mientras que se propician los abusos, y la sentencia recurrida no ha exigido justificación alguna y no ha intentado siquiera valorar si la reserva del 67% de la edificación residencial que el nuevo Plan General de San Sebastián impone al ámbito A.U.LO.05 "Txomin Enea" merece o no la calificación de *proporcionada*, con que el artículo 10.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 pone un límite máximo a la obligación que establece, teniendo en cuenta los usos productivos y residenciales que el propio planeamiento asigna al ámbito y, por supuesto, el hecho de que la media del suelo urbano de San Sebastián esté tan sólo en un 46%, muy lejos, por tanto, de ese 67% establecido para el ámbito en cuestión, tratando la Sala de instancia de imponer a los demandantes la carga de probar que no existe necesidad de vivienda protegida que justifique el porcentaje establecido, cuando lo cierto es que esa carga pesa sobre el planificador; y, finalmente, en el cuarto motivo se achaca a la Sala de instancia la conculcación del principio de equidistribución de beneficios y cargas, que, conforme a la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan y transcriben, forma parte de las condiciones básicas que han de garantizar la igualdad de todos en el ejercicio del derecho de propiedad y, por tanto, debe ser respetado no sólo en la fase de ejecución del planeamiento urbanístico sino también en la elaboración del mismo, a pesar de lo cual, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, se circunscribe, indebidamente, la aplicación del principio de equidistribución de beneficios y cargas al ámbito de la ejecución, razón por la que considera que el planeamiento impugnado no vulnera dicho principio al fijar una reserva del 67% de edificabilidad residencial para vivienda protegida, a pesar de que la media del suelo urbano de Donostia-San Sebastián es del 46%, con lo que la Sala sentenciadora se aparta claramente de la doctrina



recogida en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2012 , en la que se declara que el principio de equidistribución de beneficios y cargas, como principio rector del urbanismo, es de aplicación tanto a la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase de posterior ejecución, a pesar de lo que el Plan impugnado fija para el ámbito en cuestión una reserva para vivienda de protección pública del 67%, mientras que la media del suelo urbano es del 46%, con lo que se conculca de modo flagrante el principio de equidistribución como norma mínima y principio rector del urbanismo, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se declare la nulidad del acuerdo plenario del Ayuntamiento de San Sebastián, de 21 de junio de 2011 (sic), por el que se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de dicha ciudad, o, subsidiariamente, se declare la nulidad e ineficacia del libro decimotercero del mencionado Plan relativo a la A.U.LO.05 "Txomin Enea", con imposición de costas a la Administración demandada.

**OCTAVO** .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Sala por venirle atribuido su conocimiento conforme a las normas de reparto, las que, una vez recibidas, se convalidaron mediante diligencia de ordenación de fecha 12 de diciembre de 2013, en la que se mandó dar traslado a la representación procesal del Ayuntamiento comparecido como recurrido para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición a dicho recurso, lo que llevó a cabo con fecha 25 de febrero de 2014.

**NOVENO** .- La representación procesal del Ayuntamiento comparecido como recurrido se opone al recurso de casación porque el artículo 16.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real decreto Legislativo 2/2008, impone a los propietarios el deber legal de costear, y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente sin excluir, por tanto, las obras de urbanización de los sistemas generales adscritos, según ha declarado por la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de esta Sala y Sección de 5 de diciembre de 2012 (recurso de casación 1314/2011 ) y de 2 de julio de 2012 (recurso de casación 104/2009 ), y, en consecuencia, aun cuando el parque resulte ser un sistema general, es una decisión que incumbe al planificador por permitirlo la ley que configura el estatuto básico de la propiedad, mientras que el puente es un sistema local, como se deduce de la prueba pericial, dadas las características de aquél, mientras que la alegación, relativa a la exigencia de motivar ese deber impuesto por ser una excepción del principio general, ha sido efectuada en casación por primera vez y constituye, por tanto, una cuestión nueva inadmisibles para sostener un motivo de casación, conforme a la doctrina jurisprudencial que se cita y transcribe, y, además, el motivo primero de casación realiza una interpretación que carece de base jurídica al tratar de basarse en hechos no alegados ni acreditados en el proceso; en cuanto al segundo motivo de casación relativo a la justificación suficiente para atribuir al ámbito el coste de ejecución del puente y del parque fluvial es también una cuestión nueva y, como tal, inadmisibles en casación, estando referida la exigencia de motivación del artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992 a los actos y no a las disposiciones de carácter general, cual es el planeamiento impugnado, sin que las sentencias que se citan por los recurrentes contemplen el supuesto que ahora se enjuicia , pero, en cualquier caso, las determinaciones combatidas están suficientemente justificadas y son coherentes con el modelo territorial previsto por el Plan General, sin que sea exigible una motivación concreta y puntual relativa a cada uno de los concretos extremos, aunque lo cierto es que la única cuestión que subyace en el motivo no es la relativa a la justificación sino a la carga económica que implica costear las obras repetidas; respecto al tercer motivo de casación, relativo a la justificación del porcentaje destinado a vivienda protegida, no cabe reprochar a la sentencia la omisión de una cuestión jurídica que no fue debidamente alegada en la instancia, por lo que constituye una cuestión nueva, si bien, en contra de lo alegado en este motivo, la sentencia contiene una declaración sobre la suficiente justificación de la reserva del 67% de la edificabilidad residencial para vivienda protegida, cual es la vivienda protegida con la que cuenta el municipio, pero, en cualquier caso, la alegación de lo dispuesto en el artículo 10.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 resulta instrumental, porque la razón de decidir en la instancia estuvo en la interpretación y aplicación del derecho autonómico, concretamente el artículo 80 de la Ley autonómica 2/2008, y el principio de proporcionalidad, a lo que se limitaron las alegaciones de la demanda y constituyen la razón de decidir, sin que aquel precepto estatal invocado en el motivo de casación se relacione con la ley autonómica, cuando lo cierto es que tal precepto estatal se remite a la legislación urbanística o a los instrumentos de ordenación para la determinación de la reserva de vivienda protegida, y, finalmente, en el cuarto motivo se aduce la conculcación del principio de equidistribución de beneficios y cargas, aunque este principio, como ha señalado la sentencia recurrida, se debe concretar al momento de la ejecución urbanística y, además, la Sala de instancia ha declarado en dicha sentencia que no se ha acreditado un término válido de comparación en el momento de la elaboración o aprobación de la ordenación urbanística, singularmente cuando el sistema previsto es el de la expropiación y de lo que se trata es de evitar la reducción del justiprecio expropiatorio, mientras que esta Sala del Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 17 de enero de 2013 (recurso de casación 4526/2009 ), ha declarado que no se vulnera el principio de equidistribución cuando se



actúa mediante el sistema de expropiación, y así terminó con la súplica de que se declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto con imposición de costas a los recurrentes.

**DECIMO** .-Formalizada la oposición al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 13 de mayo de 2015, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- En los dos primeros motivos de casación la representación procesal de los recurrentes sostiene que la Sala sentenciadora, al declarar ajustadas a derecho las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana impugnado que imponen a un ámbito concreto (A.U.LO.05 "Txomin Enea") la carga de ceder suelo y soportar el coste de ejecución de dos sistemas generales, cual son el Parque Fluvial de Urumea y el Puente "Espartxo", sin justificación o explicación razonable alguna, ha conculcado lo establecido en los apartados a ) y c) del artículo 16.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, el principio de proporcionalidad consagrado en la sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 5 de abril de 1999 , y lo dispuesto en el apartado f) del artículo 54.1 de la Ley 30/1992 , así como la doctrina jurisprudencial, recogida en las sentencias de esta Sala, citadas y transcritas, que declara la exigencia o necesidad de una justificación suficiente de las determinaciones urbanísticas.

El Ayuntamiento comparecido como recurrido se opone a ambos motivos de casación porque los propietarios tienen, conforme a lo establecido en el artículo 16.1.c) del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 , el deber de costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, sin excluir, por tanto, las obras de urbanización de los sistemas generales adscritos al ámbito, y sin que el precepto contenido en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992 sea aplicable a las disposiciones de carácter general, si bien las determinaciones combatidas aparecen suficientemente justificadas y son coherentes con el modelo territorial previsto por el Plan General, resultando, en cualquier caso, una cuestión nueva la que se plantea ahora por los recurrentes acerca de la exigencia de motivación, que, además, presenta un mero carácter instrumental.

En cuando a esta última alegación, no cabe considerar que se trate de una cuestión nueva ni de la invocación instrumental de preceptos, inadmisibles ambas en casación, cuando en la instancia se cuestionó expresamente la procedencia de la carga impuesta como consecuencia de la incorrecta interpretación de un precepto de carácter básico, cual es el contenido en el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 .

Otro tanto cabe decir acerca de la cita del precepto contenido en el apartado f) del artículo 54.1 de la Ley 30/1992 , pues, si bien es cierto que en él se contempla la necesidad de motivar los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales, el segundo motivo de casación se basa también en la vulneración de jurisprudencia, recogida en las sentencias que se citan y transcriben, relativa a la exigencia de justificación de las determinaciones urbanísticas que obedecen a disposiciones administrativas de carácter discrecional.

Rechazadas las objeciones opuestas por la Corporación municipal recurrida a la admisión de los dos primeros motivos de casación, procederemos a su examen para decidir acerca de si deben o no prosperar.

**SEGUNDO** .- La Sala de instancia, al haber considerado ajustada a derecho la determinación relativa a que los propietarios del ámbito "Txomin Enea" deben soportar el coste del Parque Fluvial del Urumea y del Puente "Espartxo", se basa, entre otras razones, en que este último no es un sistema general sino local, y así declara categóricamente probado en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, antes transcrito en el antecedente tercero de esta nuestra, que *« por lo que se refiere al puente "Espartxo", hemos de decir que su consideración de dotación local es ajustada a Derecho a tenor del informe pericial emitido por el arquitecto Don. Conrado , ya que su necesidad deriva de la propia ordenación del ámbito en cuanto eleva la cota de la urbanización haciendo impracticable el puente actual. Además, aunque su sustitución venga igualmente exigida por razones hidráulicas, como así ocurre, esas razones no son ajenas a los usos residenciales previstos en el ámbito..... »*.

En consecuencia, tal declaración de hechos probados, no combatida en esta casación, excluye de la cuestión a examinar en ambos motivos de casación la relativa al referido puente por tratarse de una dotación local.

Queda reducida, pues, la cuestión al Parque Fluvial del Urumea, que la propia Sala de instancia admite y declara que constituye un sistema general, si bien, conforme a lo establecido en el apartado c) del artículo 16.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 , considera que su ejecución o coste debe ser soportado por



los propietarios del ámbito "Txomin Enea", de acuerdo también con la doctrina jurisprudencia recogida en la Sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012 (recurso de casación 1314/2011), que transcribe, y así concluye que la adscripción del sistema general del parque F.100, de 18.689 m<sup>2</sup>, es una decisión que corresponde al planificador y que resulta perfectamente posible desde la perspectiva del estatuto básico de la propiedad urbana establecido por el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008.

**TERCERO** .- Efectivamente, en esa nuestra Sentencia, transcrita en la recurrida, y en las posteriores de 18 de junio de 2013 (recurso de casación 7028/2009), 28 de abril de 2014 (recurso de casación 330/2013), 7 de noviembre de 2014 (recurso de casación 2689/2012) y 4 de diciembre de 2014 (recurso de casación 3439/2012), hemos declarado que el precepto contenido en el apartado c) del artículo 16.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, impone a los propietarios de suelo, a diferencia de lo que establecía el artículo 18.6 de la Ley de Suelo 6/1998, de 13 de abril, el deber de costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, lo que, como hemos indicado en esas nuestras sentencias, representa una ampliación de los deberes legalmente impuestos a los propietarios de suelo.

La cuestión que ahora se suscita por los recurrentes no es tanto la existencia legal del indicado deber cuanto el hecho de si tal deber, que, en principio, resulta desproporcionado al imponer a los propietarios de un concreto ámbito de actuación la obligación de costear las obras de urbanización de un sistema general o dotación pública que beneficia a toda la población y no sólo al ámbito en el que se ejecuta, no ha estado justificado y debidamente motivado en la ordenación que lo establece.

La Sala de instancia, a pesar de que los demandantes discutieron la procedencia de tal deber como viene configurado en la ordenación urbanística combatida, no se plantea esta cuestión por entender que *resulta perfectamente posible desde la perspectiva del estatuto básico de la propiedad urbana establecido por el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008*, y la Corporación municipal, al oponerse a los motivos de casación que analizamos, aduce que las determinaciones combatidas están suficientemente justificadas y son coherentes con el modelo territorial previsto por el Plan General, sin que sea exigible una motivación concreta y puntual relativa a cada uno de los concretos extremos.

Si partimos, como resulta inexcusable dados los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de que el citado Parque Fluvial, de 18.689 m<sup>2</sup>, es un sistema general o dotación pública que beneficia a toda la población, el principio general, que subyace en cualquier ordenamiento jurídico justo y como tal rige también en el urbanístico, de equidistribución o reparto equitativo de beneficios y cargas, hemos de llegar a la conclusión de que, si bien en nuestro vigente ordenamiento jurídico básico (artículo 16.1 a y c del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008) se establece que los propietarios de un concreto ámbito de actuación urbanística deben ceder el suelo y costear la ejecución de las dotaciones públicas o sistemas generales adscritos a ella, resulta imprescindible una justificación de la adscripción de tal sistema general o dotación pública a ese ámbito singular para evitar cualquier arbitrariedad.

En definitiva, aun cuando forma parte del estatuto básico de la propiedad el que un sistema general pueda ser adscrito a un ámbito concreto de actuación, es incuestionable que la Administración urbanística, que así lo establece, tenga que explicar y justificar la razón de tal proceder, pues, de lo contrario, no sería posible valorar si el referido principio de equidistribución se ha respetado, a pesar de ser el objetivo de la citada Ley de Suelo (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) al disponer, en su artículo 1, que fija las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal y que, después, al regular el contenido del derecho de propiedad del suelo, en su artículo 8.1.c), establece la facultad de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14 en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación.

Cuando la Sala de instancia da respuesta a la alegación de los demandantes relativa a la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas, considera que éste opera en la fase de la gestión urbanística y así lo defiende el Ayuntamiento ahora comparecido como recurrido, quien, además, añade que esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha declarado que tal principio no rige cuando se actúa por el sistema de expropiación, cual es el supuesto enjuiciado.

Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, por el contrario, ha expresado abiertamente, entre otras, en su Sentencia, de fecha 23 de febrero de 2012 (recurso de casación 26/2008), que « *el principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento entre los afectados -como manifestación del derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución-, ha sido configurado como principio general del urbanismo, de*



*aplicación tanto en la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase posterior de la ejecución » .*

En la propia Sentencia de esta Sala y Sección, de fecha 17 de enero de 2013 (recurso de casación 4526/2009 ), invocada por el Ayuntamiento recurrido en su escrito de oposición al recurso de casación, no se sostiene lo contrario ni se acepta la tesis que ahora mantiene dicha Corporación municipal, sino que se declaró, siguiendo lo expresado en la previa Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2012 (recurso de casación 2174/2009 ), que la « *la equidistribución presupone que el planeamiento no afecta de igual manera a unos propietarios y a otros y lo que la garantía de la equidistribución significa es que esas diferencias que origina el planeamiento se distribuyan equitativamente entre los propietarios afectados por la actuación* », si bien admitimos que, « **por lo general** , la equidistribución ha de conseguirse en un momento posterior al planeamiento, en la fase de gestión».

Es cierto también que en estas dos sentencias hemos señalado que el reparto de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados no se produce cuando se actúa por expropiación y que « *las eventuales consecuencias que el destino previsto para el sector, reservado para construir viviendas de protección oficial, pudiera comportar en orden a la valoración, es ajeno a la controversia que corresponde examinar en este proceso, dirigido contra las determinaciones de la ordenación cuestionadas, sin que podamos ahora adentrarnos en consideraciones que, en su caso, habrá de abordar cuando corresponda determinar el justiprecio* ».

En el caso ahora enjuiciado, en el que se ha adscrito a un concreto ámbito un sistema general que beneficia por igual a toda la ciudad, aun cuando se vaya a actuar por el sistema de expropiación, lo cierto es que tal adscripción, con el consiguiente deber que comporta para sus propietarios de ceder y costear su ejecución, supone que el justiprecio se verá reducido por esa carga que ha sido impuesta a los propietarios del mismo, sin explicación ni justificación alguna, o, al menos, ni la Sala de instancia ni la Administración urbanística demandada, ahora recurrida, aciertan a ofrecer otra que la de ser tales determinaciones coherentes con el modelo territorial del Plan General, sin más explicación, y cuyo significado genérico no resulta suficiente para admitir que se haya respetado la exigencia de motivación, como hemos declarado, entre otras, en nuestra Sentencia de fecha 28 de mayo de 2013 (recurso de casación 473/2010 ), al exigir una cumplida y precisa motivación que haga posible su control jurisdiccional, razones todas por las que los motivos primero y segundo de casación alegados deben ser estimados.

**CUARTO** .- En el tercer y cuarto motivos de casación se reprocha a la Sala de instancia haber infringido lo establecido en el artículo 10.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, al dar por supuesto que las necesidades de vivienda protegida justifican la imposición al ámbito "Txomin Enea" de un porcentaje de reserva con ese fin de un sesenta y siete por ciento, superior en veintidós puntos a la media del suelo urbano de la ciudad, sin tratar de explicar que tal reserva es proporcionada, lo que, a su vez, viene a conculcar el principio de equidistribución de beneficios y cargas, que, conforme a la doctrina jurisprudencial, debe ser respetado tanto en la fase de elaboración como de ejecución del planeamiento urbanístico, sin que pueda imponerse a los demandantes la carga de probar que no existe necesidad de vivienda protegida que justifique el porcentaje establecido.

Vuelve a insistir el Ayuntamiento recurrido en la inadmisibilidad de ambos motivos por tratarse de cuestiones nuevas y de la citación de preceptos estatales con carácter instrumental, lo que, a la vista de lo expresado por la propia Sala de instancia en el apartado 4) del fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, resulta manifiestamente improcedente por cuanto dicha Sala declara que los demandantes alegan como motivo de impugnación la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana en relación con el ámbito "Txomin Enea" « *por vulneración del principio general de equidistribución de beneficios y cargas como consecuencia del destino a vivienda protegida de un 67% de la edificabilidad residencial, que alcanza prácticamente el límite legal y excede la media de edificabilidad residencial destinada a viviendas protegidas de Donostia-San Sebastián que es del 46,36%* ».

Apela la Corporación municipal, comparecida como recurrida, a lo declarado en nuestras ya citadas sentencias en relación con la inoperancia del principio de justa distribución de beneficios y cargas al momento de la ordenación urbanística y cuando se actúa por el sistema de expropiación, a lo que hemos dado respuesta al examinar los dos motivos de casación anteriores, pues es evidente que un aumento desproporcionado de la edificabilidad residencial destinada a vivienda de protección pública repercutirá, como afirma la representación procesal de los recurrentes, en una reducción del justiprecio expropiatorio debido al cálculo del valor del suelo.

No desmiente la Sala de instancia ni el Ayuntamiento recurrente la afirmación de los recurrentes acerca de que, en el ámbito en cuestión, se destina un 67% de la edificabilidad residencial a vivienda sujeta a un régimen de protección pública, a pesar de que la media de edificabilidad residencial destinada a vivienda protegida en la ciudad es del 46,36%, y, ante la protesta de desproporción con vulneración, por tanto, de lo establecido en



el artículo 10.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo invocado como infringido, el citado Ayuntamiento se limita a oponer que el Tribunal *a quo* ha declarado que el juego del principio de justa distribución de beneficios y cargas se ciñe al ámbito de la ejecución, lo que, como hemos declarado anteriormente, no es así, y que no concurre un término válido de comparación que lo evidencie, a pesar de que se admite que en el ámbito de "Txomin Enea" se ha impuesto una reserva del 67% de la edificabilidad residencial a viviendas protegidas mientras que la media del suelo urbano de la ciudad es del 46%, sin que tal desproporción cuente con justificación ni explicación alguna por parte de la Administración urbanística, que es quien debe motivar la determinación impugnada, en lugar de achacar, como hace la Sala sentenciadora, a los demandantes que no hayan justificado que no existe necesidad de vivienda protegida que lo justifique, para exonerar al *planificador* de hacerlo con el argumento que éste parte de los condicionantes existentes, entre ellos la vivienda protegida con la que cuenta el municipio y las necesidades de la misma, lo que, sin duda, puede ser cierto y por ello se le debe exigir que lo explique y justifique al tiempo de aprobar el planeamiento urbanístico, razones que igualmente son determinantes de la estimación de los motivos de casación tercero y cuarto.

**QUINTO** .- La estimación de los cuatro motivos de casación alegados por los recurrentes conlleva la declaración de haber lugar al recurso interpuesto y que, conforme a lo establecido en el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- administrativa , debemos resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que se ciñen a decidir si la adscripción al ámbito A.U. LO 05, "Txomin Enea", de los sistemas o dotaciones públicas del Parque Fluvial del Urumea y del puente "Espartxo", el deber de ceder y costear ambas, así como la imposición de una reserva para vivienda de protección pública del 67% de la edificabilidad residencial, establecidas por el Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián, aprobado definitivamente por acuerdo municipal plenario, de fecha 25 de junio 2010, del Ayuntamiento de San Sebastián, son o no ajustados a Derecho.

Por las mismas razones expuestas al examinar los cuatro motivos de casación, invocados por la representación procesal de las recurrentes, debemos declarar que son contrarias a Derecho y, por consiguiente, radicalmente nulas las determinaciones del referido Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián, aprobado definitivamente por acuerdo municipal plenario del Ayuntamiento de San Sebastián de fecha 25 de junio de 2010, que adscriben al indicado ámbito A.U. LO 05, "Txomin Enea" la dotación pública Parque Fluvial del Urumea e imponen a los propietarios el deber de ceder suelo y costear ese sistema general o dotación pública, y establecen en dicho ámbito una reserva para vivienda de protección pública del 67 % de la edificabilidad residencial, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , 68.1.b ), 70.2 , 71.1 a ) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

**SEXTO** .- La declaración de haber lugar al recurso de casación comporta que no formulemos expresa condena al pago de las costas procesales causadas con el mismo, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de las partes al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, conforme a lo dispuesto en los artículos 68.2 , 95.3 y 139.1 de la misma Ley .

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa .

## FALLAMOS

Que, rechazando las causas de inadmisión aducidas por la Corporación recurrida y con estimación de los cuatro motivos de casación invocados, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por la Procuradora Doña Beatriz Ruano Casanova, en nombre y representación de Don Manuel , Don Norberto , Doña Luz , Don Roman , Doña Ofelia , Don Urbano , Don Jose Pablo , Doña Socorro y Don Jesús Ángel , contra la sentencia pronunciada, con fecha 21 de junio de 2013, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 215 de 2011 , cuyo segundo pronunciamiento desestimatorio anulamos, al mismo tiempo que, con estimación parcial de las pretensiones formuladas por la representación procesal de los referidos recurrentes en el escrito de interposición de este recurso de casación, declaramos radicalmente nulas, por ser contrarias a Derecho, las determinaciones del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián, aprobado definitivamente por acuerdo plenario del Ayuntamiento de San Sebastián de fecha 25 de junio de 2010, que adscriben al ámbito A.U. LO 05, "Txomin Enea" el sistema general o dotación pública Parque Fluvial del Urumea e imponen a los propietarios de dicho ámbito el deber de ceder suelo y costear ese sistema general o dotación pública y establecen una reserva para vivienda de protección pública



del sesenta y siete por ciento (67%) de la edificabilidad residencial, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, **cuya parte dispositiva y determinaciones declaradas nulas se publicarán en el mismo Diario Oficial en el que, en su día, fueron publicadas éstas**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ