



Roj: **STSJ AS 1119/2020 - ECLI:ES:TSJAS:2020:1119**

Id Cendoj: **33044330012020100271**

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

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2020**

Nº de Recurso: **290/2019**

Nº de Resolución: **270/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE RAMON CHAVES GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00270/2020

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O.: 290/2019

RECURRENTE: DOÑA Frida y D. Argimiro

PROCURADORA: Dña. Victoria Meana de Laroza

RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE GIJÓN

REPRESENTANTE: D. Luis Álvarez Fernández

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Antonio Robledo Peña

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. José Ramón Chaves García

En Oviedo, a veintinueve de mayo de dos mil veinte.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número **290/2019**, interpuesto por DOÑA Frida y D. Argimiro, representados por la Procuradora Dña. Victoria Meana de Laroza, actuando bajo la dirección Letrada de D. Rafael Felgueroso Villar, contra el AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, representado por el Procurador D. Luis Álvarez Fernández y defendido por el Letrado D. José Higinio Solar Miranda. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Ramón Chaves García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó



suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Por Auto de 23 de octubre de 2019, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 25 de mayo pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Actuación impugnada*

1.1 Es objeto de recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Frida y D. Argimiro el acuerdo dictado por el Ayuntamiento de Gijón el 30 de enero de 2019 que aprobó definitivamente la modificación y actualización del Catálogo Urbanístico de Gijón y se desestimaron las alegaciones formuladas por aquellos (núm. 2017077552). Se impugna la inclusión de la finca " DIRECCION000 ", vivienda y jardín, sitios en el nº NUM000 del CAMINO000 , Somió (Ficha ED-640-A) con el Nivel 3 de Protección Ambiental y núm. ED-640-A (BOPA 14/2/2019).

1.2 La demanda considera que el edificio sito en la finca " DIRECCION000 " no cumple con las condiciones señaladas en el Catálogo Urbanístico de Gijón (22517M/2017), para adquirir el nivel 3 de protección ambiental al carecer de interés histórico, artístico, cultural o arquitectónico que justifique su inclusión en dicho Catálogo. Se invocó la doctrina sobre el control de la discrecionalidad urbanística, así como jurisprudencia y se hizo hincapié en la finalidad protectora de los Catálogos, lo que deriva del art. 26.3 y 72.3 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, aprobatorio del TROTU. Se señaló que el Plan acoge la figura de "entorno vinculado a edificio protegido, concibiendo ambos elementos (edificio y jardín) como un conjunto unitario" pero que resultaría inadecuado para la finca litigiosa. Así pues, la finca " DIRECCION000 " ha sido catalogada con nivel de protección que afecta a toda la parcela en que se ubica el edificio, lo que a juicio del demandante adolece de falta de motivación, arbitrariedad y error. Tal imposición de protección, en los términos justificados por el Ayuntamiento, resultaría a todas luces insuficiente pues no desarrolla o explica la clave de la catalogación ni la "singularidad", pues no se encuentra en el expediente la respuesta o aclaración al porqué la tipología, volumetría y fachadas, primero, son de singular calidad, y segundo, porqué se considera necesaria su conservación.

Señala que no existe más justificación que aducir que "en la documentación aportada en la alegación, no se encuentran elementos de justificación suficientes como para proponer la modificación de la protección de los bienes indicados". La demanda se apoya en informe técnico emitido por el arquitecto D. Valentín sobre condiciones del edificio y su ausencia de valor histórico, artístico o cultural, y por el Ingeniero Técnico Agrícola D. Rosendo sobre el estado del arbolado y especies vegetales, con problemas fitosanitarios y sin pertenecer a especies amenazadas de la flora, sin valor estético, paisajístico ni botánico, cuya disposición y naturaleza impiden que se califique de Jardín protegible. En consecuencia se solicitó la declaración de nulidad de la actuación impugnada con el reconocimiento del derecho a exclusión de la finca litigiosa del Catálogo Urbanístico.

1.3 Por el Ayuntamiento de Gijón se formuló contestación a la demanda, y tras citar jurisprudencia sobre la materia y el art.205 del Decreto 278/2007, de 4 de diciembre (ROTU), en armonía con la Ley 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural del Principado de Asturias, se opuso: a) Ya se incluían tales elementos en el Catálogo Urbanístico de 2010, sobre dos fichas, la ficha SOMI- CORRO-A-004 destinada al edificio como vivienda unifamiliar con protección ambiental y la ficha SOMI-CORO-JARS-03 de jardines catalogados que incluía el jardín. Sobre el jardín, el Ayuntamiento se apoya en la consideración unitaria de los jardines catalogados en el CU-2010, de manera que pasan a regularse en el llamado Entorno de Protección; b) Como motivación explícita de la inclusión se indicó que en la Ficha ED-640-A se precisa que estamos ante un caso de "vivienda unifamiliar cuya tipología, volumetría y fachadas presenta una singular calidad y cuya conservación se considera necesaria".

SEGUNDO.- Régimen aplicable

2.1 El art. 205 del R.D. 278/2007, de 4 de diciembre (ROTU) establece: «Como desarrollo de las determinaciones generales establecidas por el planeamiento territorial y urbanístico en los Catálogos Urbanísticos se formalizarán, diferenciada y separadamente, las políticas públicas de conservación o protección de los bienes inmuebles o de los espacios naturales de interés público relevante, así como de los elementos que por su relación con el dominio público deban ser conservados o recuperados, a fin de evitar su destrucción o modificación sustancial, con información suficiente de su situación física y jurídica, expresión de los tipos de intervención posible, y grado de protección a que estén sujetos.

A tales efectos, los elementos que se incluyan en los Catálogos se clasificarán en tres niveles de protección: integral, parcial y ambiental. Salvo disposición en contrario del planeamiento, se entenderá afectada a la protección que dispense el Catálogo toda la parcela en que se ubique el elemento catalogado (art. 72.1 TROTU).

2.- Se considerará que tienen interés público relevante:

a) Los bienes inmuebles de interés histórico, artístico, arqueológico, etnográfico, industrial, o de cualquier otra naturaleza cultural, aun cuando no tengan relevancia suficiente para incluirse en el Inventario del Patrimonio Cultural de Asturias o ser declarados Bienes de Interés Cultural, de conformidad con lo establecido en su legislación específica. Si concurriera esta circunstancia, se señalará expresamente.

b) Los espacios o áreas que contengan elementos y sistemas naturales de interés público reconocido, aun cuando no gocen de protección especial con arreglo a la legislación sectorial específica».

2.2 Hemos de tener presente que la inclusión de una edificación en el Catálogo, así como del jardín próximo por estar en situación de Entorno de Protección, comporta según el apartado 2.2.11 de la Memoria importantes limitaciones pues «no contempla la posibilidad de construir nuevas edificaciones, salvo los casos en que el planeamiento urbanístico asigne edificabilidad adicional a la previamente materializada en la parcela donde se ubica el entorno. En estos supuestos, de forma excepcional, los entornos delimitados por el Catálogo urbanístico puede ser ajustados por vía de la redacción de un Plan Especial».

De ahí que si bien el ejercicio de la potestad planificadora goza de la natural discrecionalidad, o eso no exonera de la necesaria motivación objetiva, asentada sobre valoraciones técnicas, y excluyendo consideraciones de oportunidad.

TERCERO.- Sobre la edificación

3.1 La motivación de tal Catalogación del conjunto litigioso para el Ayuntamiento radica en varios planos o apoyos:

A) En la precedente catalogación en el Catálogo Urbanístico de 2010. Así lo afirma el informe de la técnico municipal, Justa adjuntado con la contestación a la demanda y que añade el dato de su construcción allá por 1994, y tras ampararse en los datos de su catalogación previa en 2010, considera "que la edificación mantiene el nivel de protección por cuanto que conforme al artículo 210 del ROTU, posee un valor intrínseco que contribuye a definir un ambiente de interés por su belleza, tipismo o carácter tradicional, el cual no se ha visto modificado desde su catalogación por CU-2010", y en consecuencia considera «obras permitidas, entre las que se encuentran, reestructuración, apertura de puerta en garaje, rasgado de hueco en planta baja». En relación al jardín, expone que desaparece la ficha correspondiente a la Protección Jardín Somió- Coro-Jars-03 y que pasa a regularse como Entorno de Protección.

B) En la respuesta a la alegación de parte, la Administración aduce que se trata de "vivienda unifamiliar cuya tipología, volumetría y fachadas presenta una singular calidad y cuya conservación se considera necesaria. El interior del edificio presenta una calidad y diseño de menor relevancia, por lo que se permite su reestructuración. La totalidad de la parcela en que se ubica el edificio se encuentra asimismo protegida por el Catálogo, en su categoría de Jardines". En la revisión del Plan se sienta como criterio general que "no se puede rebajar el nivel de protección de ningún elemento catalogado sin la justificación individual de cada elementos, aportando un estudio acreditativo del estado actual del mismo y los motivos que acreditan el cambio del nivel de protección".

En esta línea, insiste el Ayuntamiento de Gijón, se comprende el criterio de la Dirección General de Patrimonio Cultural en su dictamen de fecha 16/10/2017 al Catálogo Urbanístico- Coordinación administrativa, N/REF: 00965, según el cual no se puede rebajar el nivel de protección de ningún elemento catalogado sin la justificación individual de cada elemento, aportando un estudio acreditativo del estado actual del mismo y los motivos que acreditan el cambio de nivel de protección.



3.2 Con lo expuesto se detiene la justificación de la catalogación de la edificación. Se imponen varias precisiones:

- a) Que la inclusión previa en el Catálogo no congela la consideración de las fincas o edificaciones porque la realidad es dinámica, como lo son los valores que pueden aflorar o eliminarse según el estado de la ciencia y valores imperantes.
- b) Que no obstante, es legítimo y ajustado a derecho, una vez que existe una precedente Catalogación, que el Ayuntamiento imponga la carga al interesado de acreditar los motivos que justifican el cambio.
- c) Y en este punto es donde nos encontramos con que el demandante justifica cumplidamente esta carga mediante sendos informes técnicos, cuyos peritos además han comparecido para aclaraciones en la vista.

3.3 Recordaremos que el art. 210 del ROTU dispone: «En el nivel de protección ambiental se integran los bienes que, aun sin presentar en sí mismos un valor intrínseco, contribuyen a definir un ambiente de interés por su belleza, tipismo o carácter tradicional». En el presente caso, brilla por ausencia en la motivación incorporada a la desestimación de la alegación, toda indicación de belleza, tipismo o carácter tradicional.

Así el lacónico valor de "volumetría" usado como singularidad por el Ayuntamiento, no va acompañado de mayores precisiones, siendo evidente que es un término polivalente que en sí mismo no implica mayor ni menor nivel de protección. Cosa diferente sería que se hubiese explicado que su disposición de volúmenes o entidad poseía una singularidad digna de especial valor estético o arquitectónico.

Lo mismo sucede cuando la Administración alude a su "tipología" sin ir acompañada de una caracterización del estilo arquitectónico, que permita etiquetar la edificación dentro una categoría de estructuras homogéneas reconocidas como tales intelectual o sensorialmente.

Lo de la "singularidad... de la fachada" es algo que debe demostrar el Ayuntamiento y no presumirse. Es más, en este punto, el informe del perito de parte, Sr. Valentín, presenta claridad e interés.

Por una parte, indica que "la edificación es de estilo ecléctico, sin especial significación arquitectónica", añadiendo "... la desvirtuación que la fachada ha sufrido a lo largo del tiempo con la incorporación de cerramientos de aluminio y que la reforma acometida en tiempos de posguerra adolece de muy mala calidad».

Por otra parte, descarta de forma analítica y razonada el potencial valor de la fachada: presencia de elementos postizos o imitaciones (aparejos realizados con material de relleno, los almohadillados de las esquinas son de mortero de cemento), elementos modernos (cierre del porche con carpintería de aluminio lacado); además, la propia Administración admite cambios sustanciales que afectan a lo que supone merece protección, como sería la apertura de puerta de garaje, con natural reflejo en la fachada, o el rasgado de huecos en planta baja lo que afecta a la configuración de las ventanas; a ello se añade que el propio Ayuntamiento acepta la plena reestructuración del interior del edificio.

3.4 Por tanto, mientras el Ayuntamiento solo ha acreditado una voluntad protectora de conservación de la edificación por razones inaccesibles al público y a la Sala, más allá de una impresión estética agradable a quienes somos profanos, al examen de las fotografías ofrecidas por el informe técnico municipal, en cambio el recurrente ha aportado pericia técnica idónea, clara y convincente que revela la ausencia de razones objetivas y serias que comporten el nivel de protección pretendido. Hemos de insistir en que el informe técnico municipal está elaborado pero descansa y acoge la fundamentación de la Catalogación de 2010 despachando las actuales alegaciones afirmando que la casuística ahora planteada ya fue tenida en cuenta en aquél momento, lo que es una cómoda dejación de la carga de contraprueba que asiste al Ayuntamiento, pues se trata de una nueva Catalogación que ante una alegación y recurso merece una nueva explicación, y aunque nada impide remitirse a consideraciones anteriores, deberá darse respuesta expresa y convincente a los planteamientos actuales de los particulares, que están expuestos a la potestad urbanística de intervención.

En consecuencia, procede la exclusión del edificio del Catálogo.

CUARTO.- Sobre el Jardín

Sobre la protección del jardín, el Ayuntamiento se apoya en la consideración unitaria de los jardines catalogados en el CU-2010, de manera que pasan a regularse en el llamado Entorno de Protección. Con ello, no estamos ante un examen del valor autónomo del jardín sino a un criterio de accesoriedad respecto de la edificación, de manera que al margen de los supuestos de específica y autónoma catalogación de jardines, en los casos de aplicación del Entorno de Protección, la existencia de una edificación catalogada comporta la del jardín circundante y al contrario, la descatalogación de aquélla comporta la del jardín.

A este respecto, si hemos zanjado que la edificación no merece estar catalogada, tampoco cobra sentido que el jardín esté en el entorno de protección. Es más, tampoco cabría una especie de accesión invertida sui generis



en cuanto el jardín pudiese tener tales valores que comportasen la inclusión del edificio, pues a mayores, la pericia de parte emitida por el perito de parte, ingeniero Técnico Agrícola, Sr. Rosendo , pone de relieve la ausencia de valores en la flora y arbolado existente que demanden tan singular protección; los tilos con riesgo fitosanitario, un negrillo, un abeto y algún plátanus corrientes y sin valor objetivo, que además no pertenecen al Catálogo Regional de Especies Amenazadas de la Flora del Principado de Asturias (R.D. 65/95), sin revelar orden o planificación alguna, ni una especial vitalidad o fisiología, o que se ajuste a unos estándares de la arboricultura moderna de calidad.

Por todo lo expuesto no procede la inclusión del edificio y jardín litigiosos, sitos en el número NUM000 del CAMINO000 , Somió, correspondiente a la ficha ED-640-A, en el Catálogo Urbanístico de Gijón.

QUINTO.- Costas

No procede imponer las costas por las posibles dudas de hecho que abrigaba la administración ante la precedente catalogación y el criterio de la Administración autonómica.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Frida y D. Argimiro frente al acuerdo dictado por el Ayuntamiento de Gijón el 30 de enero de 2019 que aprobó definitivamente la modificación y actualización del Catálogo Urbanístico de Gijón y se desestimaron las alegaciones formuladas por aquellos (num.2017077552) en relación con la inclusión de la finca " DIRECCION000 " , vivienda y jardín, sitos en el nº NUM000 del CAMINO000 , Somió (Ficha ED-640-A) con el Nivel 3 de Protección Ambiental y núm. ED-640-A (BOPA 14/2/2019).

Se declara la invalidez de la actuación impugnada y el derecho a la exclusión del edificio y parcela litigiosa del referido Catálogo.

Sin costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3^a del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máximo y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de julio de 2016).

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