



Roj: **STSJ PV 3132/2017 - ECLI:ES:TSJPV:2017:3132**

Id Cendoj: **48020330022017100320**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **560/2014**

Nº de Resolución: **418/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 560/2014

DE Pro.ordinario

SENTENCIA NUMERO 418/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En Bilbao, a veintidós de septiembre de dos mil diecisiete.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 560/2014 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna el acuerdo de 27 de marzo de 2014 del Ayuntamiento de Berango, de aprobación definitiva del plan especial de ordenación urbana de la UE 6 Otxandategi (BOB de 7 de julio de 2014), impugnándose indirectamente la Orden Foral de la Diputación Foral de Bizkaia de 2 de marzo de 2011 de aprobación definitiva del plan general de ordenación urbana de Berango (BOB de 29 de junio de 2011).

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : D^a. Elvira , representada por el Procurador D. Jesús Gorrochategui Erauzquin y dirigido por el letrado D. Sergio Tejedor Abad.

- **DEMANDADOS** :

- Ayuntamiento de Berango, representado por la Procuradora D^a. Ana Beristain Eguia y dirigido por el Letrado D. Joseba Beristain Eguia.

- D. Adrian , D^a. Pura , D. Donato , D^a. Begoña , D^a. Juliana , D. José , D^a. Visitacion y D^a. Elisa , representados por el Procurador D. José Arzua Azurmendi y dirigidos por el letrado D. Guillermo Ibarrodo Elizazu.

- Diputación Foral de Bizkaia, representada por la Procuradora D^a. Mónica Durango García y dirigida por el Letrado D. Juan Carlos González Olea.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de septiembre de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que el Procurador D. Jesús Gorrochategui Erauzquin, actuando en nombre y representación de D^a. Elvira , interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de 27 de marzo de 2014 del Ayuntamiento de Berango, de aprobación definitiva del plan especial de ordenación urbana de la UE 6 Otxandategi (BOB de 7 de julio de 2014), impugnándose indirectamente la Orden Foral de la Diputación Foral de Bizkaia de 2 de marzo de 2011 de aprobación definitiva del plan general de ordenación urbana de Berango (BOB de 29 de junio de 2011); quedando registrado dicho recurso con el número 560/2014.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que conforme al art. 71 LJCA :

- Declare la disconformidad a Derecho del Plan Especial de Ordenación Pormenorizada UE06 Otxandategi y del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de marzo de 2014 por el que se aprueba definitivamente y, consecuentemente, anule el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Berango de 27 de marzo de 2014 y el Plan Especial de Ordenación Pormenorizada UE06 Otxandategi.

- Declare disconforme a Derecho del PGOU de Berango de conformidad con los motivos establecidos y, en especial, declare disconformes a Derecho los arts. 1.2.8.1; 1.4.13.2 y 2.2.6 del PGOU de Berango aprobado por Orden Foral 273/2011, de 2 de marzo y, consecuentemente, lo anule, mandando introducir en el PGOU de Berango las modificaciones precisas para hacer efectivo el pronunciamiento.

- Declare contraria al ordenamiento jurídico la clasificación del suelo como urbano de las parcelas nº NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 , NUM006 , NUM007 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 , NUM012 , NUM013 , NUM014 , NUM015 y NUM016 y ordene su exclusión del UE Otxandategui.

-Declare disconforme a Derecho la inclusión y/o adscripción de la parcela SGL-1 en la UE6 Otxandategi y ordene su exclusión de la UE6 Otxandategi.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

TERCERO .- En los escritos de contestación presentados por la parte demandada y codemandados, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso interpuesto, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Por Decreto de 14 de octubre de 2016 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

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

SEXTO .- En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 13/09/17 se señaló el pasado día 19/09/17 para la votación y fallo del presente recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Acto impugnado, pretensiones ejercitadas, motivos de impugnación y de oposición.

Es objeto de impugnación directa en el presente recurso contencioso administrativo número 560/2014 el acuerdo de 27 de marzo de 2014 del Ayuntamiento de Berango, de aprobación definitiva del plan especial de ordenación urbana de la UE 6 Otxandategi (BOB de 7 de julio de 2014), impugnándose indirectamente la Orden Foral de la Diputación Foral de Bizkaia de 2 de marzo de 2011 de aprobación definitiva del plan general de ordenación urbana de Berango (BOB de 29 de junio de 2011).

La recurrente pretende la anulación del plan especial de ordenación urbana (en adelante, PEOU), así como de los artículos 1.2.8.1, 1.4.13.2, 2.2.6, 3 a 10 ambos incluidos, 15,16, y 19 a 25, ambos incluidos, del plan general de ordenación urbana (en adelante PGOU), así como la inclusión y/o adscripción de la parcela SGEL1 a la UE 6 Otxandategi.

La recurrente, propietaria de la parcela número NUM017 del ámbito del PEOU, alega como antecedentes relevantes que las normas subsidiarias de Berango aprobadas por la Orden Foral 135/1997, de 15 de marzo (BOB de 14 de julio de 1997), clasificaron de urbanizable el suelo de la actual UE6 Otxandategi, contemplando el sistema general de espacios libres 19 Colina Berango de 13.090 m² y el 20 Colina Berango de 1475 m², respecto de los cuales la propiedad instó su expropiación por ministerio de la Ley obteniendo finalmente



sentencia favorable de esta Sala número 771/2003, de 22 de octubre, fijándose definitivamente el justiprecio por sentencia de esta Sala 574/2004, de 15 de julio, en 1.808.291,88 euros, alcanzando el 11 de julio de 2008 la propiedad y el Ayuntamiento un convenio urbanístico por el que se acordaba la inejecución de tales sentencias, la clasificación de suelo urbano consolidado del ámbito y su adquisición mediante su adscripción a la UE 6 Otxandategi, lo que llevó a cabo el PGOU aprobado por Orden Foral 273/2011, de 2 de marzo, al clasificar dicho suelo como urbano consolidado, calificarlo de sistema general de espacios libres 1 y a escribirlo a la UE 6. Finalmente fue aprobado el PEOU por acuerdo municipal de 27 de marzo de 2014, dotando a la UE 6 de la ordenación pormenorizada y previendo el desarrollo de 640 viviendas.

A partir de dichos antecedentes alega los siguientes motivos de impugnación:

1) Infracción del artículo 37 del Decreto 213/2012, de 16 de octubre, de contaminación acústica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por omisión del estudio de impacto acústico.

2) Infracción del artículo 15.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLS08), por omisión de un informe de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico o de la Agencia Vasca del Agua-URA. Alega que la UE 6 desarrolla más del 70% de la edificabilidad residencial del PGOU de Berango, por lo que resulta exigible un informe de la administración hidráulica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios, de conformidad con lo previsto por el artículo 10.1.c) TRLS08, y los artículos 3.3.a) de la Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU) y artículo 31 del Decreto del Gobierno Vasco 105/2008, de 3 de junio, de medidas urgentes en desarrollo de la LSU.

3) Infracción de los artículos 4 y 5 del Decreto 211/2012, de 16 de octubre, por el que se regula el procedimiento de evaluación ambiental estratégica de planes y programas, del anexo I de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, artículos 10.1.c) y 15.1 TRLS 08, artículos 95, 96 y 97 LSU y 31 del Decreto 105/2008, de 3 de junio, por omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica, pese a que el plan afecta a una superficie de 119.113 m² en la que se encuentran árboles centenarios, concurre vulnerabilidad de acuíferos y supone la eliminación de la cubierta vegetal.

4) Infracción del artículo 32 del Decreto del Gobierno Vasco 105/2008, de 23 de junio, por falta de exposición al público de un resumen ejecutivo expresivo de la alteración del ámbito y de su alcance.

5) Infracción del principio de jerarquía normativa, en la medida en que el artículo 2.2.6 PGOU no prevé la redacción de un PEOU, por lo que su alteración requiere del mismo procedimiento de modificación del PGOU, para cuya aprobación definitiva es competente la Diputación Foral de Bizkaia por tratarse de un municipio de población inferior a 7.000 habitantes. Además, el PEOU altera la calificación de las zonas NUM018, NUM019 y NUM022 e incide en la ordenación estructural, ya que afecta a una zona de uso público que pasa a uso privado afectando a un sistema local definido por el PGOU.

6) Indebida clasificación de suelo urbano de las parcelas NUM000 a NUM007, ambas inclusive, NUM008, NUM009, y NUM010 a NUM016, ambas inclusive, por carecer de los servicios urbanísticos exigidos por el artículo 11.1 LSU.

7) Infracción de los artículos 138 y 144 LSU por la indebida adscripción del sistema general de espacios libres EL1, ya que se trata de un suelo urbano consolidado, según ha declarado la propia Sala, que no requiere de urbanización alguna y que se encuentra a más de 600 m de la UE 6, teniendo en cuenta que la sentencia del Tribunal Constitucional 94/2014, de 12 de junio declaró inconstitucional el inciso "o adscripción" del apartado segundo del artículo 138 LSU.

8) Vulneración del principio de justa distribución de beneficios y cargas previsto por el artículo 25.1.b.1 LSU, con infracción del derecho a la propiedad reconocido por el artículo 33 de la Constitución, como consecuencia de la adscripción del sistema general de espacios libres EL1 que hace imposible la justa distribución de beneficios y cargas.

9) Desviación de poder y arbitrariedad de la ordenación por falta de motivación de la adscripción del sistema general de espacios libres EL1.

10) Infracción del principio de cohesión social previsto por el artículo 10.1.b) TRLS 08 como consecuencia de una distribución de la edificabilidad residencial que se agrega en entornos diferenciados las edificaciones destinadas a usos protegidos y las destinadas a vivienda libre.

El **Ayuntamiento de Berango** se opuso al recurso alegando que el 26 de febrero de 1980 se formalizó un convenio urbanístico entre el Ayuntamiento y la propiedad de los 13.339,59 m² del sistema general de espacios libres EL1 del PGOU, que fue calificado como tal sistema general por las normas subsidiarias aprobadas el 27 de octubre de 1985 y posteriormente por las aprobadas el 15 de marzo de 1996, si bien tales instrumentos



no previeron el sistema o la fórmula que permitiese la obtención obligatoria y gratuita de dichos terrenos, resultando como consecuencia de ello la expropiación por ministerio de la Ley y la determinación del justiprecio de acuerdo con los aprovechamientos de los sectores colindantes, si bien, iniciada la tramitación del vigente plan general de ordenación urbana, se consideró conveniente al interés municipal la adscripción de tales terrenos a una unidad de ejecución de suelo urbano, computando a efectos de edificabilidad urbanística lucrativa privada, de forma que pueda obtenerse la cesión gratuita haciendo posible su compensación en términos asumibles para la propiedad del ámbito sin que resulte necesaria su obtención por expropiación. Así el PGOU aprobado el 2 de marzo de 2011 prevé en su artículo 2.2.6 las normas específicas para el desarrollo de la UE 6, incrementando notablemente el aprovechamiento, al permitir 482 viviendas nuevas respecto al recogido previamente por las normas subsidiarias, que contemplaban 97 nuevas viviendas. El PGOU ha sido desarrollado por el PEOU impugnado, que introduce pequeñas mudanzas de detalle al alinear las fachadas de dos edificios que se encontraban con unas alineaciones ligeramente distintas y siempre dentro de las propias parcelas y, por otro lado, se desplaza mínimamente un bloque de parcelas privadas (NUM018 y NUM019) para procurar un paso público al norte del mismo recuperando la superficie por el sur en aras de mejorar la accesibilidad peatonal entre las zonas.

Rechaza los motivos de impugnación por los que se denuncia la falta de evaluación ambiental de estudio acústico y de informes sobre los recursos hídricos, por no tener efectos significativos sobre el medio ambiente, ni impacto acústico ni afectar a los recursos hídricos. Alega que si ello se atribuye al gran número de viviendas que va a albergar el ámbito, la exigencia sería predicable del PGOU, pero no del PEOU, que ninguna novedad introduce al respecto. El PGOU fue aprobado con todos los informes precisos, y no puede ser impugnado indirectamente con motivo de la impugnación del PEOU.

Rechaza la infracción del principio de jerarquía normativa como consecuencia de la alteración de los sistemas locales, ya que forman parte de la ordenación pormenorizada y no de la ordenación estructural.

Considera conforme a derecho la clasificación del suelo, en la medida en que a la fecha de aprobación del PGOU contaba con los servicios urbanísticos exigidos al efecto, resultando irrelevante que el ámbito tuviera la clasificación de suelo urbanizable en las normas subsidiarias precedentes.

Rechaza la disconformidad a derecho de la adscripción del sistema general de espacios libres EL1, considerando irrelevante a tales efectos la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 94/2014, de 12 de junio, ya que venía referida al artículo 14.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de suelo y valoraciones, siendo así que el TRLS 08 prevé en su artículo 16.1.a) la adscripción para su obtención de los suelos necesarios para los espacios libres, lo que asimismo contemplan los artículos 53.1 .f) y 138 LSU. Razona que no obsta a su adscripción el hecho de que se trate de un suelo urbanizado, ya que resulta conforme a derecho convenir la cesión anticipada de un terreno con reserva de aprovechamiento urbanístico a materializar cuando se gestiona el ámbito y, de otro lado, se trata de un suelo no consolidado por incremento de la edificabilidad. Además, no cabe alegar que redunde en perjuicio de los intereses ya que la adscripción produce un incremento del aprovechamiento urbanístico respecto de la ordenación previa al pasar de 97 nuevas viviendas a 482, respetando el principio de equidistribución.

Rechaza finalmente la infracción del principio de cohesión social por la concentración de viviendas libres, razonando que el legislador exige unos estándares de viviendas protegidas pero no establece en modo alguno cómo han de emplazarse dentro del ámbito, amén de que el PEOU no introduce alteraciones en la ordenación del PGOU al respecto, siendo así que la Comisión de Ordenación del Territorio no opuso reparo a la ordenación.

La **Diputación Foral de Bizkaia** se opuso al recurso alegando que el suelo objeto de litigio es urbano no consolidado ya que disponía de los servicios exigibles para dicha clasificación, resultando lícita la adscripción del sistema general de espacios libres EL1, que no resulta contraria a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 2014. Además el PGOU incorporó todos los informes preceptivos, incluido el informe de la Comisión de Ordenación del Territorio, el de evaluación de impacto ambiental, de la Agencia Vasca del Agua-URA, de la Confederación Hidrográfica, del Departamento de Carreteras etc., resultando que el PEOU no supone ninguna alteración sensible ni relevante respecto del mismo.

Los **codemandados** se opusieron igualmente al recurso en términos sustancialmente coincidentes con los expuestos por el Ayuntamiento de Berango, añadiendo que la actora incurre en abuso de derecho al pretender impedir el desarrollo edificatorio previsto por el PGOU y negar el carácter de suelo urbano de todas las parcelas menos de las suyas propias.

SEGUNDO: Alcance de la ordenación establecida por el plan especial de ordenación urbana impugnado.



A la hora de examinar las cuestiones planteadas en el presente recurso resulta necesario identificar con claridad el alcance de la ordenación establecida por el PEOU impugnado, del que da cuenta el apartado 8 en los siguientes términos:

"1) se ha movido ligeramente los bloques NUM018 y NUM019 para favorecer la creación de un paso peatonal por el fondo de la edificación que evite que el parque SLEL 3 sea en fondo de saco. Dicho desplazamiento se ha realizado sin afectar a la superficie de ambas zonas por lo que cumple las especificaciones del artículo 1.2.8 del PGOU.

2) se ha ajustado la manzana NUM022 para que la fachada sea paralela a la manzana NUM023 ampliándose así la anchura del paseo peatonal entre las manzanas NUM022 y NUM028 .

3) se han corregido en las manzanas, los retranqueos de las terrazas de los áticos para cumplir con el aprovechamiento indicado en la ficha urbanística del Plan General.

4) se ha ajustado la anchura del patio de las manzanas NUM023 y NUM029 de 25 m a 24 m para permitir el aprovechamiento indicado en la ficha urbanística del Plan General.

5) se ha introducido una parada de autobús en el vial transversal junto al equipamiento cultural.

6) se ha reducido la rampa de garaje prevista entre las manzanas NUM024 y NUM025 de 8 m a 6 m de anchura, permitiendo así un paso peatonal que conecte el paseo peatonal trasero con el vial nuevo.

7 se ha creado en el nuevo vial paralelo a la autovía un aparcamiento en batería doble, para dar servicio a los bloques residenciales preexistentes colindantes a la unidad de ejecución UE 6 los cuales carecen de aparcamiento."

Por lo demás, la ordenación pormenorizada de la UE 6 Otxandategi procede del propio PGOU, cuyo artículo 2.2.6 clasifica el suelo de urbano de edificación abierta o residencial en manzana, con una superficie de 81.701 m², y una edificabilidad máxima de 50.131, 71 m² de techo (coeficiente 0,61), con una altura máxima de cinco plantas sobre rasante, siendo la quinta retranqueada, distribuyendo las edificabilidades siguiendo las fichas adjuntas en las que se ordena pormenorizadamente el ámbito, respetando las parcelas edificadas existentes en el interior, realizando un ajuste en la parcela privada vinculada a cada una de las edificaciones residenciales aisladas existentes, tal y como se grafía en la ficha, disponiendo, en lo que ahora importa, la adscripción a la unidad del sistema general de espacios libres EL1 de 13.339,52 m² que no generan edificabilidad, estableciendo su gestión por el sistema de concertación.

TERCERO: Impugnación indirecta del PGOU. Límites.

Respecto de las disposiciones de carácter general el artículo 26.1 LJ CA admite, además de su impugnación directa, la impugnación de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho, lo que se conoce como impugnación indirecta.

Ahora bien, la impugnación indirecta de las disposiciones generales queda limitada a los vicios materiales o sustantivos de que pudiera adolecer, ya que es constante la doctrina jurisprudencial "que advierte de la imposibilidad de denunciar simples vicios formales en el procedimiento de elaboración, cuando se trata de la impugnación indirecta de disposiciones generales ya que solo el contenido sustantivo de las normas puede producir efectos invalidantes del acto de aplicación individual" en palabras de la STS de 9 de octubre de 2000 , con cita de las de 20 de enero de 1993 , 12 de diciembre de 1989 o 21 de febrero del mismo año , a las que cabe añadir las de 31 de enero de 1995 ; 17 de noviembre , 20 de julio y 4 de mayo de 1993 ; 2 de junio y 23 de enero de 1992).

Ello no obstante, dicha jurisprudencia es matizada más recientemente SSTS, 14 de diciembre de 2012, Rec. 5741/2006 , 19 de abril del 2012, recurso: 3018/2009 , 6 de julio 2010, rec. 4039/2006 , admitiendo la impugnación por defectos formales cuando se hubiese incurrido en una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación en perjuicio del recurrente, y cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente.

Por lo que se refiere a la impugnación de las distintas figuras de planeamiento, la jurisprudencia (SSTS 16 de junio de 2011, Rec.6207/2007 , y 4 de febrero de 2011, recurso 194/2007) admite la impugnación indirecta del planeamiento general con ocasión de la impugnación de las figuras de planeamiento de desarrollo, exigiendo que entre ambos planes concurra la vinculación de ser el directamente impugnado de ejecución o desarrollo del que se pretenda impugnar indirectamente. Consecuentemente, niega la jurisprudencia la posibilidad de impugnar indirectamente el plan general con ocasión de una modificación del mismo, dado el idéntico rango, al no tratarse de un instrumento de ejecución o desarrollo (SSTS16 de Noviembre del 2009, Recurso: 3748/2005 ,



17 de diciembre de 2013, recurso 1662/2011 , 4 de diciembre de 2014, recurso 3442/2012 , 1 de junio de 2016, recurso 1186/2015).

Pues bien, en el supuesto de autos, se impugna directamente un plan especial de ordenación urbana que, de conformidad con lo previsto por el artículo 70 LSU, es una figura de planeamiento que tiene por objeto (1) desarrollar la ordenación estructural del plan general mediante el establecimiento de la ordenación pormenorizada de aquellas áreas de suelo urbano para las que el plan general permite diferir dicha ordenación, lo que no es el caso, o bien, (2) modificar la ordenación pormenorizada del suelo urbano contenida en la documentación del plan general, como en el caso ocurre.

En la sistemática de la LSU, y de conformidad con lo previsto por el artículo 61, el plan general tiene como contenido necesario, en lo que aquí importa, la ordenación pormenorizada del suelo urbano consolidado, teniendo carácter potestativo la ordenación pormenorizada del suelo urbano no consolidado, que puede ser remitida a la ordenación por un plan especial de ordenación urbana.

En todo caso, la ordenación pormenorizada del suelo urbano contenida en el PGOU, ya se refiera al consolidado o al no consolidado, puede ser modificada por un plan especial de ordenación urbana, ya que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 58.2 LSU, las determinaciones urbanísticas de ordenación pormenorizada tienen el rango jerárquico propio del planeamiento de desarrollo.

En el supuesto de autos, el PGOU aprobado el 2 de marzo de 2011 contiene la ordenación pormenorizada de la UE 6 Otxandategi, que clasifica como suelo urbano no consolidado, teniendo por objeto el PEOU aprobado por el Ayuntamiento el 27 de marzo de 2014, no ya colmar la ordenación del ámbito remitida por el PGOU, que ya está incluida en el propio plan general, sino su modificación en los puntuales aspectos que hemos consignado en el fundamento jurídico precedente.

Por tanto, la impugnación indirecta del PGOU ha de ceñirse a las determinaciones de ordenación estructural relativas a la clasificación del suelo de la UE6 Otxandategi y a la adscripción del sistema general de espacios libres SGEL1, quedando excluidas las cuestiones de tipo formal referidas al procedimiento de aprobación del PGOU.

CUARTO : Omisión del estudio acústico previsto por el artículo 37 del Decreto 213/2012, de 16 de octubre , de contaminación acústica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. No concurre.

Alega en primer lugar la recurrente que el PEOU impugnado debió incorporar un estudio acústico de conformidad con lo previsto por el artículo 37 del Decreto 213/2012, de 16 de octubre , de contaminación acústica de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Ciertamente, el artículo 10 del Decreto 213/2012 exige la elaboración del mapa de ruido a todos los municipios de más de 10.000 habitantes, lo que no es el caso, y además exige a todos los municipios la elaboración de un mapa que incluya las zonas de transición acústica que existan dentro del ámbito territorial de su competencia, esto es, según dispone el artículo 3, las franjas de territorio delimitadas para la gestión de la zonificación de las zonas de unión entre dos áreas acústicas colindantes en las que el objetivo de calidad difiera en más de 5 dBA y que ocupa el espacio delimitado por los 100 metros a cada lado del límite de unión de ambas áreas.

Ahora bien, la disposición adicional 2ª contempla un plazo de 4 años para la elaboración del mapa de ruido de las zonas de transición a que vienen obligados los municipios de población inferior a 10.000 habitantes.

De otro lado, el artículo 37 establece que las áreas acústicas para las que se prevea un futuro desarrollo urbanístico, incluidos los cambios de calificación urbanística, deberán incorporar, para la tramitación urbanística y ambiental correspondiente, un estudio de impacto acústico que incluya la elaboración de mapas de ruido y evaluaciones acústicas que permitan prever el impacto acústico global de la zona.

Lo cierto es que la propia delimitación de la unidad de ejecución, y su ordenación urbanística, incluyendo la ordenación pormenorizada, la llevó a efecto el propio PGOU aprobado el 2 de marzo de 2011, fecha en la que aún no había entrado en vigor el Decreto 213/2012 que, de acuerdo con su disposición final segunda , lo hizo el 1 de enero de 2013, y siendo ello así, y teniendo en cuenta que el PEOU impugnado se limita a operar pequeñas modificaciones en la ordenación pormenorizada en los términos que han quedado reflejados precedentemente, no cabe concluir que resultara exigible el informe acústico previsto por el artículo 37, toda vez que no es una disposición que prevea un futuro desarrollo urbanístico.

QUINTO: Infracción del artículo 15.3.a) TRLS 08 por omisión de un informe de la Agencia Vasca del Agua/ URA sobre los recursos hídricos disponibles.

Por idénticas razones a las expresadas en el fundamento jurídico anterior hemos de concluir que, puesto que la ordenación urbanística de la UE 6 se halla contenida en el PGOU aprobado el 2 de marzo de 2011, y puesto



que el objeto del PEOU impugnado se limita a operar en dicha ordenación modificaciones de muy escasa relevancia, no cabe concluir que en su tramitación resultara exigible acreditar la disponibilidad de recursos hídricos para el uso previsto, sin perjuicio de que ello fuera así en relación con el PGOU. Sin embargo, ni se alega la concurrencia de dicho vicio formal en el PGOU, ni puede ser tomada en consideración en el seno de una impugnación indirecta.

SEXTO: Infracción del artículo 5 del decreto 211/2012, de 16 de octubre , por omisión del procedimiento de evaluación ambiental estratégica. No concurre.

Alega la recurrente que resultaba exigible la evaluación ambiental estratégica del PEOU impugnado en la medida en que afecta a una superficie de 119.113 m², en la que se hallan árboles centenarios, concurriendo vulnerabilidad de acuíferos y suponiendo su ejecución la eliminación de la cubierta vegetal.

El PEOU impugnado fue aprobado inicialmente por el ayuntamiento el 11 de julio de 2013 y definitivamente el 27 de marzo de 2014, por lo que resultaba de aplicación el Decreto del Gobierno Vasco 211/2012, de 16 de octubre, por el que se regula el procedimiento de evaluación ambiental estratégica de planes y programas, no así la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, toda vez que en su Disposición Final undécima da un plazo de un año a las Comunidades autónomas competentes en materia de evaluación ambiental para la adaptación de su legislación a los preceptos básicos contenidos en dicha Ley .

El Decreto 211/2012, en su disposición final primera , como consecuencia de la habilitación legal conferida por la Ley 7/2012, de 23 de abril, modifica el apartado A del anexo I de la Ley vasca 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco, estableciendo el listado de planes y programas sometidos al procedimiento de evaluación ambiental estratégica, listado en el que no se encuentran los planes especiales de ordenación urbana, si bien en su apartado 8 se exige la evaluación ambiental estratégica para los planes que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente y tengan relación con las materias que se enumeran en el apartado d).

Siendo ello así, claramente hemos de concluir que no precisaba de evaluación ambiental estratégica el PEOU impugnado, habida cuenta de su limitado objeto y alcance, que en modo alguno autoriza a concluir que pueda tener efectos significativos sobre el medio ambiente y toda vez que no afecta al listado de materias enumerado por el apartado 8-d) del anexo I del apartado A de la Ley 3/1998.

Nuevamente hemos de reiterar que las circunstancias que a juicio de la recurrente exigirían una evaluación ambiental estratégica podrán justificar dicha exigencia respecto del PGOU, pero no del PEOU impugnado, dado que por su limitado objeto y alcance difícilmente cabe concluir que tenga efectos significativos sobre el medio ambiente.

SÉPTIMO: Infracción del artículo 32 del Decreto 105/2008, de 23 de junio , por falta de exposición al público de un resumen ejecutivo de las alteraciones de la ordenación. No concurre.

El artículo 32 del Decreto 105/2008, de 23 de junio , de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, exige como documentación mínima para el trámite de información pública de los planes un resumen ejecutivo expresivo de los siguientes extremos:

< < a) Delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración. Se incluirán planos o instrumentos de información gráfica que permitan comparar el estado actual y la imagen futura prevista por dicha ordenación.

b) En su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación urbanística o los procedimientos de su ejecución y la duración de dicha suspensión.> >

El sentido y finalidad de dicho precepto es facilitar a la ciudadanía la identificación de la naturaleza y alcance de las modificaciones introducidas en la ordenación, de forma que no puedan pasar desapercibidas en el marco de la voluminosa y compleja documentación que caracteriza los planes urbanísticos. Exige así que se ofrezca al público la identificación de los ámbitos afectados por la nueva ordenación incluyendo los planos que permitan comparar el estado actual y la imagen futura prevista por la nueva ordenación.

El planteamiento impugnatorio resulta a juicio de la Sala eminentemente formalista habida cuenta del limitado alcance del PEOU impugnado, en la medida en que viene referido a un único ámbito de ordenación y las modificaciones que introduce, por su escaso número y escasa trascendencia o relevancia, son perfectamente constatables a partir de la mera lectura de la documentación del plan presentado para su aprobación inicial, en la medida en que se enumeran con todo detalle en el apartado 8 (folio 7 del expediente) y aparecen grafiadas con claridad en el plano que consta al folio 24 del expediente de "ordenación pormenorizada, estado modificado", por comparación con la situación que revela el plano que obra al folio 22 del expediente de "ordenación pormenorizada vigente.



OCTAVO: Infracción del principio de jerarquía normativa al no prever el artículo 2.2.6 del PGOU la redacción de un PEOU. No concurre.

Cuanto ha quedado razonado en el fundamento jurídico tercero aboca el presente motivo a su desestimación, toda vez que, tal y como ha quedado razonado, el plan general tiene como contenido necesario la ordenación pormenorizada del suelo urbano consolidado, y como contenido potestativo la ordenación del suelo urbano no consolidado que, sin embargo, el planificador puede diferir a un plan especial de ordenación urbana.

Ello no obstante, el hecho de que el plan general contemple la ordenación pormenorizada del suelo urbano no consolidado de la UE 6 Otxandategi, no congela el rango de la ordenación, ya que su rango es el correspondiente al planeamiento de ordenación pormenorizada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 58.2 LSU, autorizando expresamente el artículo 70 LSU su modificación a través de un plan especial de ordenación urbana.

NOVENO: Indebida clasificación de urbano de las parcelas NUM000 a NUM007 , NUM008 , NUM009 y NUM010 a NUM016 por carecer de los servicios urbanísticos exigidos por el artículo 11.1 LSU.

A) Planteamiento impugnatorio y examen de la prueba practicada.

Alega la recurrente la disconformidad a derecho del plan especial de ordenación urbana impugnado, como consecuencia de la disconformidad a derecho de la clasificación de suelo urbano no consolidado efectuada por el PGOU, en la medida en que las parcelas números NUM000 a NUM007 , ambas inclusive, NUM008 , NUM009 , y NUM010 a NUM016 , ambas inclusive, carecen de los servicios urbanísticos exigidos por el artículo 11.1 LSU, además de que no se hallan insertos en la trama urbana, ya que su colindancia con el suelo urbano de Kurtzes no es suficiente, al precisar una amplia obra urbanizadora, razón por la cual las normas subsidiarias de 1997 los clasificaban de urbanizables. Añade que la falta de inserción en la trama urbana se evidencia si se tiene en cuenta que linda al Noreste con suelo no urbanizable y al Este con el sistema general viario del corredor de Uribe Kosta, que no puede calificarse de acceso rodado, y en el norte el vial existente sólo puede calificarse de camino carente de encintado de aceras, alumbrado público y recogida de aguas pluviales. A su juicio, se trata de terrenos puramente rurales. Niega además que el carácter urbano resulte de la consolidación de las dos terceras partes de la edificación prevista.

Acompaña al efecto un informe pericial emitido por arquitecto a tenor del cual las vías de acceso a los terrenos incluidos en el ámbito del PEOU son dos, el vial de Gorrondatze y el vial CALLE001 , el primero adecuadamente pavimentado y de uso público y dotado de la dimensión suficiente para la edificación existente y prevista en la ordenación urbanística, que solamente proporciona acceso a los terrenos y parcelas de la zona Sur, concretamente a las parcelas donde se sitúan los edificios NUM026 , NUM027 , NUM028 y NUM029 . El segundo no proporciona acceso a ningún terreno o parcela del ámbito, de forma que para proporcionar acceso rodado al resto de las parcelas edificables NUM018 , NUM019 , NUM020 , NUM021 , NUM022 , NUM023 , NUM024 y NUM025 es necesario abrir y urbanizar un vial que discurra por la zona norte del ámbito, tal y como está previsto en la ordenación pormenorizada. Respecto del abastecimiento de agua, dice que las parcelas de la zona Sur NUM026 , NUM027 , NUM028 y NUM029 cuentan con abastecimiento de agua con caudal suficiente, en tanto que las parcelas de la zona norte, NUM018 , NUM019 , NUM020 , NUM021 , NUM022 , NUM023 , NUM024 y NUM025 , no cuentan con abastecimiento de agua para los edificios previstos, razón por la cual el anteproyecto de la urbanización del ámbito propone una nueva red de 100 mm y 150 mm de diámetro cerrando tres anillos para poder dotar de un servicio de abastecimiento adecuado las parcelas. Respecto de la evacuación de aguas pluviales y fecales, informa que la red existente está situada bajo los viales de CALLE000 y CALLE001 y proporciona servicios adecuados a las edificaciones de la zona Sur NUM026 , NUM027 , NUM028 y NUM029 , pero no es suficiente para dar servicio a las edificaciones previstas en la zona Norte y por ello el anteproyecto de urbanización incluido en el programa de actuación urbanizadora prevé una nueva red de alcantarillado público de aguas fecales y otra de aguas pluviales de 315 mm de diámetro. Respecto al servicio de suministro de energía eléctrica en baja tensión y capacidad suficiente, informa que la red con que cuenta el ámbito discurre por el vial CALLE000 y es suficiente para dar únicamente servicio a las edificaciones existentes en la zona Sur NUM026 y NUM027 , pero el resto de edificaciones, tanto de la zona Sur como Norte, precisan una red energía eléctrica de nueva factura y dos centros de transformación de 630 KVA, según se deduce del proyecto de urbanización del programa de actuación urbanizadora. Finalmente, el informe pericial rechaza el carácter urbano del suelo por el criterio de consolidación de la edificación en dos terceras partes de la edificación, ya que la superficie ocupada por la edificación existente es de 1.452 m², en tanto que las dos terceras partes de los espacios aptos para la edificación suponen 9.259 m² y, de otro lado, la superficie de espacios aptos para la edificación de las parcelas ocupadas es de 26.563 m², en tanto que las dos terceras partes de los espacios aptos para la edificación es de 32.867 m².



La parte codemandada practicó prueba pericial del arquitecto a tenor del cual el ámbito cuenta con acceso rodado por tres de sus cuatro lados a través de los viales CALLE000 y CALLE001 y del paseo urbanizado existente paralelo a la variante, que dispone tanto de una amplia acera con alumbrado público como de un bidegorri, siendo preciso cerrar el 4º lado mediante un vial paralelo a CALLE000, si bien no resultaba imprescindible para dar servicio a los bloques nuevos sino fundamentalmente para permitir el mantenimiento en situación de dentro de ordenación de las 2 viviendas unifamiliares de las parcelas NUM026 y NUM027. Por lo que se refiere al abastecimiento de agua, informa de que tanto el vial CALLE000 como el vial CALLE001 disponen de abastecimiento de agua mediante una tubería de 100 mm enterrada en la acera con caudal y presión suficiente para dar servicio a la totalidad de las viviendas del ámbito. En relación con la evacuación de aguas pluviales y fecales alega que se trata de una red separativa situada bajo el vial principal de Gorrondatxe y bajo el vial de CALLE001, que cuenta con dimensiones y capacidad suficiente para proporcionar los servicios adecuados a todas las edificaciones del ámbito. El ámbito cuenta con red de energía eléctrica en baja tensión enterrada que discurre por CALLE000 y CALLE001, así como por la acera paralela a la variante, disponiendo de cuatro centros de transformación colindantes al vial Gorrondatxe. Informa además de que el ámbito cuenta con suministro de gas a lo largo de Gorrondatxe, suficiente para las necesidades de las viviendas proyectadas y con servicio de telecomunicaciones asimismo suficiente. Finalmente informa al perito que el ámbito cumple asimismo el criterio de los dos tercios de ocupación del suelo consolidado por la edificación, como resulta del plano de la ordenación urbanística recogido por el propio general de Berango.

A instancias de la parte actora se practicó prueba pericial judicial de arquitecto, quien informa que asume sin dificultad la explicación del equipo redactor del plan general de Berango cuando atribuye la categoría de suelo urbano no consolidado al ámbito de la UE6 Otxandategi, porque el razonamiento formulado desde el ayuntamiento en relación con el grado de urbanización previamente existente y la capacidad de integración en la trama urbana planteada por el plan es suficiente para despejar toda sombra de arbitrariedad.

B) Caracterización legal del suelo urbano no consolidado.

Bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por el Decreto 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76), no se distinguían distintas categorías dentro del suelo urbano. De conformidad con su art. 78, la clasificación de suelo urbano requería la disposición de los servicios de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica, habiendo interpretado la doctrina jurisprudencial que dichos servicios debían ser proporcionados por la malla urbana de servicios, y ser de características suficientes para la edificación proyectada por el plan.

La STS de 25 de enero de 2000, con cita de las SSTs de 24 de enero de 1992, 14 de abril, 4 de octubre y 23 de noviembre de 1993, 14 de junio, 2 y 28 de noviembre de 1994, 3 de mayo y 2 de octubre de 1995, 21 de julio de 1997, 23 de marzo de 1998 y 7 de junio de 1999, resume dicha doctrina legal:

"... que la clasificación de unos terrenos como suelo urbano, por concurrir en ellos las circunstancias especificadas en el art. 78 de la Ley del Suelo de 1976, es de obligado acatamiento para la Administración, puesto que en tal clasificación de un suelo como urbano, ha de partirse de su situación real en el momento de planificar, asignando forzosamente esta condición a aquellos terrenos en que concurren de hecho las circunstancias del antecitado artículo 78, y esta clasificación exige, no simplemente el que los terrenos estén dotados de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, con las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, sino también que tales dotaciones las proporcionen los correspondientes servicios y que el suelo esté insertado en la malla urbana, es decir, que exista una urbanización básica, constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento, de que puedan servirse los terrenos, y que éstos, por su situación, no estén desligados del entramado urbanístico ya existente, el suelo del cual constituya sin duda suelo urbano".

El art. 14 de la Ley 6/98, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), introdujo una diferenciación dentro de la categoría del suelo urbano, entre el que denominó "consolidado por la urbanización" y "no consolidado por la urbanización", equiparando sustancialmente el suelo urbano no consolidado al suelo urbanizable en el régimen de derechos y deberes de sus propietarios, al prever idénticas cesiones, incluida la cesión de diez por ciento del aprovechamiento libre de cargas de urbanización (arts. 14.2 y 15).

Dicha norma reguladora del estatuto básico de la propiedad urbana tenía carácter básico, dictándose en ejercicio de la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.1ª de la Constitución para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del haz de facultades integrantes del derecho de propiedad urbana. Ahora bien, la definición y características del suelo urbano no consolidado quedaba diferida al desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su



competencia en materia de urbanismo, lo que el legislador vasco no hizo hasta la aprobación de la LSU el 30 de junio de 2006.

En el marco de la LRSV, tanto el suelo urbano consolidado como el no consolidado por la urbanización tenían en común su carácter de urbano, esto es, la disposición de los servicios urbanísticos básicos del art. 78 TRLS76, que reitera el art. 8 LRSV, servicios que debían ser proporcionados por la malla urbana en interpretación de la doctrina jurisprudencial. En ausencia de un desarrollo normativo por el legislador vasco, la diferencia entre ambas categorías radicaba en que el suelo urbano consolidado es de directa ejecución, por ser suficiente y adecuada la urbanización ya sea solar o no, en tanto que el no consolidado, si bien cuenta con todos los servicios urbanísticos, son insuficientes para la ordenación prevista y precisa de importantes operaciones urbanizadoras para su ajuste físico al plan y, además, de un instrumento de gestión que lo ajuste jurídicamente y opere la equidistribución de beneficios y cargas entre los propietarios del ámbito.

Desde dicho punto de vista, el suelo urbano no consolidado, si bien ha de disponer de los servicios básicos proporcionados por la malla urbana, se caracterizaba por la inadecuación de la urbanización a las previsiones del plan, careciendo por ello de una urbanización consolidada, en tanto que los suelos que no disponen de los servicios urbanísticos básicos proporcionados por la malla urbana, han de pasar por la categoría de suelo urbanizable para alcanzar la clasificación de suelo urbano tras su ejecución, de acuerdo con el art. 78- b) TRLS76 y art. 8-b) LRSV.

La Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), en su artículo 11.3, distingue dentro del suelo urbano las categorías, de urbano consolidado y no consolidado, incluyendo en esta última, entre otros, en su apartado 3.b).1.a), los suelos que carecen de urbanización consolidada por "**no comprender la urbanización existente las dotaciones, servicios e infraestructuras precisos exigidos por la ordenación urbanística o carecer unos y otros de la proporción, las dimensiones o las características adecuadas exigidas por la misma para servir a la edificación que sobre ellos exista o si hubiere de construir.**"

Se refuerza con dicha regulación la idea subyacente en la LRSV, cuando introdujo ambas categorías de suelo urbano, de que su diferencia estriba en la insuficiencia de los servicios urbanísticos que caracterizan al suelo urbano.

A partir de dicho marco normativo la diferenciación entre el suelo urbano no consolidado y el suelo urbanizable reviste un carácter eminentemente formal, si tenemos en cuenta que la ordenación pormenorizada de ambas clases de suelo es contenido potestativo del plan general (art.61.b) LSU), y en caso de no hallarse contenida en él, ambos requieren un planeamiento de desarrollo, ya sea un plan especial de ordenación urbana (artículo 70 LSU) o de un plan parcial (artículo 67 LSU), hallándose los propietarios de ambos suelos sujetos a los mismos deberes de cesión (artículo 25 LSU), siendo idénticos los instrumentos de gestión aplicables.

Difiere sin embargo la edificabilidad física máxima que es de 2,3 m²/m² en el suelo urbano no consolidado en tanto que es de 1,30 m²/m² en el suelo urbanizable (artículo 77), y asimismo en el estándar de sistemas locales, que es del 15% de la superficie de la unidad en el suelo urbano no consolidado, que puede ser incrementado en 5 m² de suelo por cada 25 m de superficie de techo sobre rasante (artículo 6 del Decreto 123/2012, de 3 julio, de estándares urbanísticos), en tanto que es de 10 m²/25m² de superficie de techo (artículo 79 LSU). En ambas categorías es idéntico el estándar de arbolado y plazas de aparcamiento.

C) Valoración de la prueba a la luz de dicho marco normativo.

Tanto el perito de la codemandada como el perito judicial concluyen que la UE 6 Otxandategi dispone de los servicios urbanísticos básicos proporcionados por la malla de servicios urbanos, al estar rodeada de suelo urbano con tales servicios por tres de sus cuatro lados. Dispone de acceso rodado por tres de sus cuatro lados, a través de la CALLE000 por el Sur, la CALLE001 por el Oeste y por el paseo urbanizado que discurre paralelo a la variante por el Este, si bien resulta preciso cerrar el lado Norte. Dispone de abastecimiento de agua tanto por el vial CALLE000 como por el vial CALLE001, y asimismo por ambos viales de red separada de evacuación de aguas pluviales y fecales. El ámbito cuenta además con red de energía eléctrica de baja tensión que discurre por ambos viales, así como por la acera paralela a la variante, disponiendo de cuatro centros de transformación colindantes al vial de CALLE000.

El perito de la parte actora no niega la existencia de tales servicios, sino que niega que resulten suficientes para dar servicio a todo el ámbito de la UE 6 bajo la premisa de que los servicios que se hallan en el vial CALLE000, situado al Sur de la unidad, únicamente son suficientes para prestar servicios a los edificios situados en dicho aire pero no para los situados al Norte de la UE, y lo mismo ocurre con los disponibles en el vial CALLE001 al Oeste.



A juicio de la Sala, es concluyente que el ámbito cuenta con los servicios urbanísticos básicos que lo caracterizan como suelo urbano, si bien la insuficiencia de los mismos abona la categoría de suelo urbano no consolidado por la urbanización en los términos en que queda definido por el artículo 11. 3.b).1.a) LSU.

Tal y como ha quedado razonado con anterioridad, las categorías de suelo urbano no consolidado por la urbanización y de urbanizable no se diferencian sino por la realidad fáctica de la insuficiente presencia en la primera categoría de los servicios urbanísticos que caracterizan el suelo urbano, de los que carece totalmente el suelo urbanizable, si bien es común a ambas clases de suelo el régimen jurídico aplicable en su desarrollo al requerir ambos un planeamiento de ordenación pormenorizada, e idénticos instrumentos de gestión, pesando sobre los propietarios de ambas clases de suelo idénticos deberes y cargas, con la exclusiva diferencia de la edificabilidad física máxima y los estándares de sistemas locales.

Teniendo en cuenta la realidad fáctica a la que anteriormente hemos hecho alusión, y el hecho de que la UE6 tiene un coeficiente de edificabilidad de 0,61 (superficie de 81.701 m² y 50.131,71 m² de edificabilidad) según consta a los folios 22, 64 y 65 del expediente, coeficiente que no excede del máximo permitido en suelo urbanizable, y, de otro lado, teniendo en cuenta que tiene un exceso de dotaciones locales de 16.417,50 m²/s, tal y como consta al folio 9 del expediente, la Sala considera que el planteamiento impugnatorio, además de no hallarse fundado en la realidad fáctica del suelo, es eminentemente formal y debe por ello ser rechazado.

D) La UE 6 Otxandategi no es suelo urbano por la consolidación de dos terceras partes de la edificación ex art.11.1.b) LSU.

Aun cuando la conclusión alcanzada hace ocioso el examen de la presente cuestión, en la medida en que el Ayuntamiento y las codemandadas propugnan la correcta clasificación de suelo urbano no consolidado por la vía del art.11.1.b) LSU por tener su ordenación consolidada al ocupar la edificación al menos dos tercios de los espacios aptos para urbanizar, es preciso examinar dicha cuestión por razones de tutela judicial efectiva.

Dicho criterio reitera lo dispuesto por los artículos 78.a), inciso segundo, TRLS76, 21 del RPU, y art.8.a), inciso segundo LRSV, y sobre el mismo la doctrina jurisprudencial establece que el ámbito espacial de consolidación no puede delimitarse al arbitrio de la parte, de peritos ni incluso de una sala de justicia, sino que ha de ser el propio plan el que lo delimite. De ella son exponente las SSTs de 6 de marzo de 1997, recurso 10930/1991, de 4 de febrero de 1999 (recurso 2400/1992), 15 de Julio del 2011 (Recurso: 1479/2008) y 24 de abril de 2007 (Recurso 7485/2003), del siguiente tenor:

<< Ocorre que las áreas a que se refiere el artículo 78 a) TRLS o «los espacios aptos» mencionados en el artículo 21 b) del Reglamento de Planeamiento no son los que quiera diseñar el interesado, ni los que idee un Perito, ni los que se invente la Sala de Justicia, sino que han de ser los diseñados en el Plan, y así lo especifica el primero de los preceptos citados cuando dice que ello ha de ser «en la forma que el Plan determine», y el segundo al hablar de «espacios aptos para la misma según la ordenación que el Plan General para ellos proponga». Así lo ha interpretado también este Tribunal Supremo (vgr. Sentencia de 6 de marzo de 1997), al decir que «no es conforme al artículo 78 a) del Texto Refundido ni al artículo 21 b) del Reglamento de Planeamiento que, a fin de lograr la clasificación de suelo urbano, se dibuje un área a la pura conveniencia de la parte, tomando sólo para el cómputo las parcelas edificadas más la de los actores (no edificadas), para así concluir que la edificación supera las dos terceras partes del área. (Si fueran así las cosas, para clasificar una parcela como urbana en pleno suelo no urbanizable bastaría con que lindara con dos fincas edificadas; en tal caso, dibujando un área que comprendiera sólo las tres fincas, resultaría que todas ellas merecerían aquella clasificación). Obrando de esta manera se estaría aceptando el urbanismo a la carta, pues la clasificación del suelo dependería de que los interesados dibujaran de una u otra forma el área que les conviniera. (Es por ello que el dictamen pericial practicado en primera instancia carece de toda fuerza de convicción, pues toma un área o espacio que no tiene justificación alguna.)».

Sigue diciendo la Sentencia de 6 de marzo de 1997 que se comprende, por ello, que el artículo 21 b) del Reglamento de Planeamiento diga que la consolidación de la edificación debe referirse a los «espacios aptos para la misma según la ordenación que el Plan General para ellos proponga». Es decir, el dibujo y señalamiento concreto de esos «espacios aptos para la edificación» corresponde al Plan, el cual no puede verse sustituido por la opinión de los interesados. Esta función del Plan tiene el límite de no poder dibujar áreas que no estén consolidadas por la edificación en sus dos terceras partes, porque su finalidad no es crear una urbanización, sino consolidarla en los entramados que el Plan señale, y así está dicho en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 2 de mayo de 1975, cuando afirma que la clasificación del suelo urbano que acoge tiene el efecto fundamental de que «por las propias características físicas del suelo (básicamente urbanizado) y su inserción en la malla urbana (...) se agiliza el proceso de terminación de la urbanización».



Razonamiento que cabe ver reiterado en la letra B) del fundamento de derecho quinto de la sentencia de 8 de febrero de 2005, dictada en el recurso de casación número 5839 de 2000 .> >

De acuerdo con dicho criterio jurisprudencial, no cabe aceptar el planteamiento efectuado por el perito de la codemandada que concluye que el suelo es urbano por consolidación de la edificación en dos terceras partes del espacio apto para la misma trazando un círculo a partir de un punto elegido al libre arbitrio, dado que ha de ser el propio plan el que delimite el ámbito de consolidación y, en el caso de autos, la UE6 no forma parte de un ámbito superior con una ordenación común, sino que forma un ámbito autónomo con su propia ordenación.

DÉCIMO: Infracción de los artículos 138 y 144 LSU por la indebida adscripción del sistema general de espacios libres SGEL1. No concurre.

La adscripción del sistema general de espacios libres SGL1 a la UE 6 Otxandategi la realiza el plan general, como no podría ser de otra manera, ya que se trata de una disposición de ordenación estructural.

La adscripción de sistemas generales a unidades de ejecución de suelo urbano no consolidado es una posibilidad admitida por primera vez en nuestro ordenamiento por el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRLR92), en sus artículos 9.2, 32.1, 59.1, 60, 94.1, y bajo su vigencia y con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad realizada por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, también por el artículo art.7.c) de la Ley vasca 5/98, de 6 de marzo, de Medidas Urgentes en Materia de Suelo y Urbanismo.

Tras su derogación por la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de suelo y valoraciones (LRSV), es un deber que corresponde a los propietarios del suelo urbano no consolidado a tenor de lo dispuesto por el artículo 14.2.b), si bien ceñido a costear el suelo necesario, pero no a costear su ejecución, tal y como lo expresa la doctrina jurisprudencial de la que son exponente las SSTs de 2 de Julio del 2012 (Recurso: 104/20095) y de 5 de diciembre de 2012 (Rec.1314/2011).

La Ley vasca 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo, contempló en su artículo 138.2 el deber de los propietarios de suelo urbano no consolidado de ceder, no sólo del suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales adscritos, sino además el de financiación de su ejecución, lo que fue declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 94/2014 de 4 de julio, por infracción de la Ley de Régimen de suelo y valoraciones, de carácter básico, que únicamente contemplaba la cesión del suelo.

El TRLR08 contempla en su artículo 16.1.a) como deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y a las actuaciones edificatorias, el 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 y, de otro lado, en su apartado c), el de costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con la redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación. Por tanto, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 05/12/2012 (recurso 1314/2011), constituye un deber de los propietarios en las actuaciones de transformación urbanística o de edificación, el de ceder el suelo necesario para los sistemas generales que, aún ajenos al ámbito, sean adscritos a él para su obtención por el planeamiento. Así lo expresa literalmente dicha sentencia:

< < 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 TRLR 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 TRLR08 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 TRLR08—, 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 .> >



No cabe en consecuencia acoger el motivo de impugnación, en la medida en que resulta ajustada a derecho la adscripción del sistema general de espacios libres EL1, sin que resulte exigible, tal y como postula la demanda bajo la idea del "principio de servicialidad", que el sistema general sirva exclusiva o preferentemente al ámbito de la UE6. Ello no resulta legalmente necesario, con independencia de que, por definición, un sistema general sirve a todos los ámbitos, incluida la UE6.

Alega la recurrente que no cabe efectuar dicha adscripción del sistema general porque a su juicio se trata de suelo urbano consolidado, a cuyo efecto se apoya en la sentencia dictada por esta Sala respecto de la fijación del justiprecio, planteamiento que la Sala no comparte, puesto que una cosa es razonar a los efectos de la determinación del justiprecio que se trata de un parque urbanizado rodeado de suelo urbano y otra muy distinta que le corresponda la clasificación de suelo urbano consolidado, ya que no le atribuye el planeamiento, y a ello que se opone el hecho de que el suelo de dicho sistema general no hubiera sido obtenido por el ayuntamiento a la fecha de aprobación del PGOU, pese a que se declarara el derecho de los propietarios a su expropiación por ministerio de la ley y se determinara el justiprecio por sentencia firme, toda vez que, en virtud de un convenio urbanístico, la propiedad renunció a la adquisición por ministerio de la ley por parte del ayuntamiento y pago del justiprecio a cambio de su adscripción a la UE6 y a la atribución a la misma de los aprovechamientos necesarios para costearlo, por lo que se trata de un suelo que no había sido obtenido por el Ayuntamiento, y que precisamente por ello se adscribe a la UE6 para su obtención.

DÉCIMO PRIMERO: Infracción del principio de justa distribución de beneficios y cargas. No concurre.

Bajo dicho enunciado la recurrente reitera el motivo de impugnación que hemos analizado en el anterior fundamento jurídico, al hacer descansar su razonamiento en la ilegalidad de la adscripción por falta de cobertura legal, y en la apodíctica afirmación de que hace imposible el cumplimiento del principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento, sin desplegar la necesaria carga alegatoria y aún menos probatoria.

Las codemandadas alegan que precisamente para hacer frente a la obtención del suelo del sistema general a cargo de la UE6, el PGOU aprobado el 2 de marzo de 2011 incrementó la edificabilidad prevista por las normas subsidiarias pasando de 97 viviendas a 482.

El éxito del motivo está necesariamente condicionado a la prueba fehaciente de la inviabilidad económica de la unidad de ejecución, esto es, a acreditar que los aprovechamientos asignados por el planificador a la UE6 no permiten asumir las cargas inherentes a la ordenación prevista, prueba que no se ha practicado, lo que aboca el motivo a su desestimación.

DÉCIMO SEGUNDO: Desviación de poder, arbitrariedad y falta de motivación de la ordenación por la adscripción del sistema general de espacios libres SGEL1.

El vicio de desviación de poder consiste en la utilización de potestades públicas para fines distintos a aquellos para las que fueron conferidas por el ordenamiento jurídico, y no cabe atisbar dicho vicio en la ordenación recurrida, en la medida en que la adscripción del sistema general SGEL1 la realizó el propio PGOU.

Por lo demás, a juicio de la Sala, la adscripción del sistema general de espacios libres EL1 a la UE 6 a los exclusivos efectos de obtener el suelo necesario para dicho parque urbano, no incurre en desviación de poder sino que, por el contrario, se adecua a un principio esencial del urbanismo moderno de obtener el suelo necesario para los sistemas dotacionales, ya sean generales o locales, con cargo a los aprovechamientos generados por la ordenación urbanística, sin hacer recaer su coste en las arcas municipales.

DÉCIMO TERCERO: Infracción del artículo 10.1.b) TRLS08 y del principio de cohesión social por la segregación de la vivienda libre y protegida.

Se trata de un motivo de impugnación ajeno al ámbito y objeto de la ordenación establecida por el PEOU impugnado, y que, en su caso, pesaría sobre el PGOU.

De acuerdo con el plano A-01 de "Ordenación pormenorizada -Estado modificado" no cabe concluir que la ordenación de la UE 6 infrinja el principio de cohesión social incurriendo en una segregación de los usos residenciales protegidos respecto de los libres, ya que se encuentran dentro de la propia unidad ejecución en continuidad con el resto del suelo urbano y colindante con parcelas residenciales libres, y aunque lógicamente se encuentran en parcelas separadas, no cabe concluir que la ordenación entrañe una separación y marginación de los usos residenciales protegidos, ya que ni siquiera se hallan concentrados sino dispersos.

La recurrente alega que el principio de cohesión se satisface estableciendo una ordenación en parcelas alternas, pero se trata de una mera opinión subjetiva que carece de apoyo legal.



A tenor del art. 80.4 LSU el principio se satisface con el cumplimiento del estándar de vivienda protegida en cada área, sector o unidad de ejecución:

< < La distribución espacial de la edificabilidad urbanística residencial destinada a las viviendas de protección pública a que se refieren los dos párrafos anteriores de este artículo debe materializarse en el conjunto de la edificabilidad urbanística residencial protegida que resulte en cada área, sector o unidad de ejecución, de forma que se contribuya a la cohesión social con la mezcla de usos diferentes, así como de regímenes protectores y modos legales de tenencia y disfrute distintos en las unidades edificatorias colectivas resultantes.> >

Por tanto, la LSU considera satisfecho el principio de cohesión con la inserción en las distintas áreas, sectores o unidades de ejecución del porcentaje de vivienda protegida, aunque dentro de tales ámbitos se hallen separados los usos.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

ÚLTIMO: Costas.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la desestimación del recurso comporta la imposición de las costas a la parte actora, si bien con el límite de cinco mil euros, por todos los conceptos, en relación con los honorarios de Letrado de cada parte recurrida, siguiendo en ello un reiterado criterio de esta Sección en aplicación de la facultad de moderación que prevé el núm.4 de dicho precepto.

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación este Tribunal dicta el siguiente

FALLO

I.- Desestimamos el presente **recurso nº 560/2014**, interpuesto directamente contra el acuerdo de 27 de marzo de 2014 del Ayuntamiento de Berango de aprobación definitiva del plan especial de ordenación urbana de la UE 6 Otxandategi (BOB de 7 de julio de 2014), e indirectamente contra la Orden Foral de la Diputación Foral de Bizkaia de 2 de marzo de 2011 de aprobación definitiva del plan general de ordenación urbana de Berango (BOB de 29 de junio de 2011).

II.- Con imposición de las costas a la parte recurrente en los términos del último fundamento jurídico.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0560 14, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

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