



Roj: **STSJ PV 3160/2013 - ECLI:ES:TSJPV:2013:3160**

Id Cendoj: **48020330022013100433**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **21/06/2013**

Nº de Recurso: **215/2011**

Nº de Resolución: **372/2013**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ PV 3160/2013,**
STS 2783/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 215/2011

DE Ordinario

SENTENCIA NÚMERO 372/2013

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En Bilbao, a veintiuno de junio de dos mil trece.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 215/2011 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna: 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).

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : D. Jesús , D. Ovidio , D^a. Josefina , D. Virgilio , D^a. Rita , D. Ángel Jesús , D. Bernardino , D^a. Almudena y D. Eusebio , representados por el Procurador D. ALFONSO BARTAU ROJAS y dirigidos por la Letrada D^a. LURDES MAIZTEGUI.

- **DEMANDADA** : AYUNTAMIENTO DE DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, representado por el Procurador D. GERMÁN APALATEGUI CARASA y dirigido por la Letrada D^a ASUNTA DE LA HERRÁN UNCETEA-BARRENECEA

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El día 18 de enero de 2011 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que el Procurador D. ALFONSO BARTAU ROJAS , actuando en nombre y representación de D. Jesús , D. Ovidio , D^a. Josefina , D. Virgilio , D^a. Rita , D. Ángel Jesús , D. Bernardino , D^a. Almudena y D. Eusebio , interpuso recurso contencioso-administrativo 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); quedando registrado dicho recurso con el número 215/2011.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en la que se declare no ajustado a derecho el acuerdo adoptado en sesión plenaria de 25 de junio de 2011 por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, en el que se acordó aprobar con carácter definitivo el Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana para el municipio de Donostia-San Sebastián, declarando su nulidad y sin efecto, subsidiariamente en lo referente al contenido dle Libro Decimotercero del AU.LO.05 Txomin Enea, AA.II. 12 y AA.II 13, declarando su nulidad y sin efecto, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

TERCERO.- En el escrito de contestación, 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 el recurso en todos sus pedimentos, confirmando la resolución recurrida, por ser conforme a derecho.

CUARTO.- Por Decreto de 16 de abril de 2012 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

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

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

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 04/06/2013 se señaló el pasado día 11/06/2013 para la votación y fallo del presente recurso (aunque por error en la citada Providencia de fecha 04/06/2013 se hizo constar como fecha para la votación y fallo la de 11/06/2012).

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso administrativo número 215/2011, 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).

Los recurrentes pretenden la anulación del acuerdo recurrido y subsidiariamente, la anulación del Plan General de Ordenación Urbana (en adelante, PGOU) en relación con el AU.LO.05 Txomin Enea, AA.I.I.12 y AA.I.I.13 y subsidiariamente, con el AU.LO.05 Txomin Enea, AA.I.I.12.

Alega en fundamento de tales pretensiones los siguientes motivos de impugnación:

1) Nulidad por incurrir en arbitrariedad al manifestar como criterio objetivo general de la ordenación la convalidación de la modificación del PGOU de 1995 referida al " AIU.LM.06 Txomin Enea", aprobada definitivamente el 27/03/2007, y del Plan Especial del área "AIU.LM.06 Txomin Enea" aprobado el 26/09/2008, siendo así que dicha convalidación de la precedente ordenación se realiza con salvedades, modificando su superficie que pasa de 154.120 m² a 163.525 m², modificando el aprovechamiento, la delimitación de unidades de ejecución, y creando un resto de superficie destinado a la implantación de la red ferroviaria y vialidad.

2) Nulidad del acuerdo recurrido como consecuencia de la infracción del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 junio (en adelante TRLS08), por imputar al ámbito el coste económico de la ejecución de los sistemas generales del parque fluvial y del puente "Espartxo".

3) Nulidad por infracción de los artículos 112 a 117 de la Ley 2/1988, de 28 julio, de Costas , por no haber sido solicitado el informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado. Razona al efecto que la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar emitió informe el 31/10/2008, y tras la aprobación provisional del PGOU, el Servicio Provincial de Costas de Gipuzkoa emitió informe el 23/09/2009, condicionando el carácter favorable a determinadas consideraciones efectuadas en el informe de 31/10/2008, que debían ser incluidas en el documento definitivo, resultando que el 31/08/2010 se remitió al Servicio Provincial de Costas el acuerdo de aprobación definitiva, y el 19/11/2010 2 ejemplares en soporte informático del texto del PGOU, sin haber obtenido el informe preceptivo y favorable del Servicio Provincial de Costas.

4) Nulidad 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%.

5) Nulidad de del acuerdo recurrido por la inviabilidad económica de la ordenación referida al AU.LO.05 Txomin Enea, AA.I.I. 12 y AA.I.I.13. Razona al efecto que el Estudio de Viabilidad Económico Financiera prevé unas cargas de urbanización para la vivienda de protección oficial de 10.981.80 euros/vivienda, de 27.454.50 euros/ vivienda para la vivienda tasada de régimen especial, y de 82.363.50 euros/vivienda para la vivienda de promoción libre, resultando que la Administración era plenamente consciente de que dicho estudio no era veraz, puesto que a la fecha de aprobación definitiva del PGOU el 25/06/2010 se había aprobado el 09/07/2009 el Programa de Actuación Urbanizadora (en adelante, PAU), que fijaba unos costes de urbanización y gestión de 40.071.772,01 euros, lo que equivale al 73,29% de repercusión del suelo urbanizado por metro cuadrado construido, costes que en el expediente de tasación conjunta aprobado el 06/05/2011 se elevan a 54.793.438.21 euros, lo que representa una repercusión del suelo urbanizado por metro cuadrado construido del 91%, que llega a ser negativo si se consideran los gastos financieros habituales y los inevitables imprevistos.

6) Nulidad por infracción del artículo 144 LSU, toda vez que las unidades de ejecución carecen de la entidad suficiente para justificar técnica y económicamente la autonomía de actuación a causa de las importantes cargas de urbanización, del parque fluvial, del puente y de las intervenciones de realojo, que se distribuyen en un 70% para la primera actuación y en un 30% para la segunda, condicionándose el desarrollo de ésta al traslado del centro penitenciario.

El **Ayuntamiento de Donostia San Sebastián** se opuso al recurso negando que la ordenación incurra en arbitrariedad, toda vez que se halla debidamente justificada. Niega la infracción del artículo 16.2.c) TRLS 08, toda vez que el parque fluvial constituye una carga interior del ámbito por tratarse de zonas verdes de esparcimiento destinadas fundamentalmente a los residentes del área de ordenación, por lo que se trata de un sistema local, aunque reconoce que en parte se trata asimismo de un sistema general. Alega que la justificación viene determinada por condicionantes hidráulicos, al situarse en una cota inundable que servirá para amortiguar los efectos de las crecidas. Respecto del puente sobre el río Urumea, alega que viene exigido por la propia ordenación, que eleva la rasante de la urbanización a una cota de 7 m, resultando que el puente actual se encuentra a una cota inferior. Alega en cualquier caso que no se trata de una nueva infraestructura sino de la ampliación y mejora de la existente. Concluye, por ello, que el nuevo puente es una obra de ampliación del vial de conexión del ámbito y resulta necesario para su desarrollo.

Niega que se hubiera omitido el informe favorable de la Ley de Costas, toda vez que la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar informó el 31/10/2008 y el 23/09/2009, siéndole comunicado el acuerdo de aprobación definitiva del PGOU el 31 agosto y el 19/11/2010 con remisión de 2 ejemplares del Texto Refundido. A ello añade que la Administración General del Estado informó favorablemente la modificación puntual del PGOU de 2007 que el PGOU impugnado convalida, y asimismo informó favorablemente el 26/01/2009 el Plan Especial.

Rechaza la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas como consecuencia de la edificabilidad residencial protegida contemplada en el PGOU impugnado. Alega que el PGOU ordena una edificabilidad de 121.739 m² de techo nuevos sobre rasante, previendo 80.365 m² de techo en la actuación integrada 1, de los que 36.320 se destinan a viviendas de VPO (45.19%), 11.300 m² a vivienda tasada (14.06%), y 32.745 m² a vivienda libre (40.75%); y en la actuación integrada 2 se prevé una nueva edificabilidad residencial de 31.129 m² de techo, de los que 15.565 m² se destinan a vivienda de VPO (50%), 7.782 m² a vivienda tasada (25%) y 7.732 m² a vivienda libre (25%). Razona que con ello se cumple uno de los objetivos de la ordenación como es la creación de una zona residencial para viviendas de protección pública dada la importante demanda social de las mismas, y constituye una decisión municipal amparada por los artículos 80 y 81 LSU, puesto que los estándares y cuantías de dichos preceptos tienen carácter mínimo.

Alega respecto de la viabilidad económica de la actuación que el PGOU impugnado remite a los estudios que justificaron la modificación del PGOU de 2007 y el Plan Especial de 2008, en la medida en que supone una convalidación de aquella ordenación.

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 m²(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 art.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 arts. 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: Se denuncia en segundo lugar la infracción del art. 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. Benito , 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 m²), 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 Sr. Benito , 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 art. 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 art. 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 (art.57.1 LSU), a la fecha de aprobación del PGOU impugnado, el art. 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 aquélla 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 m², 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 Sr. Benito , 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: Se denuncia la infracción de los arts. 112 y 117 de la Ley 2/1988, de 28 de julio, de Costas , por falta del informe previsto en tales preceptos.

La recurrente alega que la modificación del PGOU, aprobada el 27/03/2007, fue informada por la Dirección General de Costas (folio 732 y ss), pero que sin embargo el Plan Especial de Ordenación Urbana de la AIU.LM.06 TXOMIN ENEA fue aprobado el 26/09/2008 sin que se hubiera emitido el informe preceptivo de la Administración de costas, lo que puso de manifiesto el informe de 10/01/2009 del Servicio Provincial de Costas de Gipuzkoa (folio 361 y ss).

En la tramitación del PGOU impugnado, la Dirección General de Sostenibilidad de las Costa y del Mar emitió informe el 31/10/2008 (folios 8.892 y ss). Tras la aprobación provisional de fecha 26/06/2009 fue emitido nuevo informe el 23/09/2009 (folios 10.093 y ss), de carácter favorable, si bien condicionado a que las



consideraciones de los apartados b), c) y d) fueran incluidas en el documento definitivo, inclusión de la que debía darse conocimiento a la Administración de costas.

Tras la aprobación definitiva del PGOU de 25/06/2010, se remitió el 31/08/2010 a la Administración de costas el acuerdo de aprobación y el 19/11/2010 dos ejemplares del texto refundido del PGOU.

La recurrente considera que, pese a ello, no se emitió el informe favorable, de lo que, en su opinión, sería demostrativo el informe del Servicio Provincial de Costas de Gipuzkoa de 27/12/2010, emitido en relación con el Proyecto de urbanización de las actuaciones integradas 1 y 2 del ámbito LM.06 TXOMIN ENEA, que acompaña como documento nº35 de la demanda, y que dicho defecto no se subsana en la tramitación del PGOU impugnado.

Lo relevante es que el informe de la Administración de costas que prevén los arts. 112 y 117 de la Ley 2/1988, de 28 de julio de Costas, haya sido recabado en la tramitación del PGOU impugnado, careciendo de relevancia que el Plan Especial de Ordenación Urbana del AIU.LM06 TXOMIN ENEA de 26/09/2008 fuera aprobado sin recabar dicho informe preceptivo, vicio que, en su caso, afectará a dicho instrumento de planeamiento, pero que no afecta al PGOU recurrido, puesto que aun cuando haga suya la ordenación de dicho Plan Especial con determinados ajustes, lo hace a través de un nuevo instrumento de planeamiento general, siguiendo un nuevo procedimiento, que es en el que se ha de acreditar el cumplimiento de dicho mandato legal.

Pues bien, la propia exposición de la demanda evidencia que el informe fue recabado y emitido tanto en la fase de aprobación inicial como en la de aprobación definitiva. Así resulta que la Dirección General de Sostenibilidad de las Costa y del Mar emitió informe el 31/10/2008 (folios 8.892 a 8896), y tras la aprobación provisional de fecha 26/06/2009, emitió nuevo informe el 23/09/2009 (folios 10.093 a 10.095), de carácter favorable, si bien condicionado a que las consideraciones de los apartados b), c) y d) fueran incluidas en el documento definitivo, inclusión de la que debía darse conocimiento a la Administración de costas.

Tras la aprobación definitiva del PGOU de 25/06/2010 se remitió el 31/08/2010 a la Administración de costas el acuerdo de aprobación, y el 19/11/2010 dos ejemplares del Texto Refundido del PGOU, sin que se acredite que en ellos no se diera cumplimiento a las tres condiciones impuestas en el informe favorable, máxime cuando el PGOU aprobado incluye en la ordenación del ámbito A.U. LO.05 TXOMIN ENEA (libro decimotercero), el apartado IX Gráficos, núm. 2 "condiciones de aplicación de la Ley de Costas", y entre la documentación gráfica el plano nº 5 de "Aplicación de la Ley de Costas", plano al que expresamente se refiere el PGOU en el Libro decimotercero referido a LOIOLA, en el apartado "Criterios y objetivos generales de ordenación" diciendo:

<< 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, grafados 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.>>

QUINTO: Se alega la vulneración del principio de equidistribución de beneficios y cargas a causa del porcentaje de vivienda protegida (67%), con infracción del art. 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 art. 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 art. 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 nº2.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 art.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 art. 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 art.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 m² de techo de vivienda de protección oficial y de 2.200 m² 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 (arts.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% (arts.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 (arts. 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 (arts. 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 art. 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 art. 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.

SEXTO: Aunque la demanda plantea exclusivamente la insuficiencia o inadecuación del estudio de viabilidad económico-financiera en relación con el ámbito LO.06 TXOMIN ENEA, en el escrito de conclusiones se alega, además, que el PGOU carece de estudio de viabilidad económico-financiera, puesto que así lo reconoce el informe pericial acompañado a la contestación a la demanda por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián como doc. nº1.

El reproche de que el PGOU impugnado carece de estudio de viabilidad económico-financiera tiene como punto de partida el informe pericial aportado por el Ayuntamiento, en el que el funcionario informante, licenciado en Geografía y Director de Urbanismo del Ayuntamiento de Donostia San Sebastián, razona que "el Plan general no aporta un nuevo estudio de viabilidad económica sino que se limita a señalar los existentes en los documentos que consolida y convalida, exponiendo únicamente a modo ilustrativo la repercusión de las cargas de urbanización resultantes del estudio económico contenido en la Modificación del Plan general anterior..."

El PGOU sí contiene el documento de estudio de viabilidad económico-financiera, si bien en relación con el ámbito LO.05 TXOMIN ENEA se remite a los documentos de viabilidad económico-financiera de la Modificación del PGOU, aprobada el 27/05/2007, y del Plan Especial de Ordenación urbana de 26/09/2008, que convalida, en los términos que hemos precisado en el fundamento jurídico segundo.

Con fundamento en el informe pericial que acompaña a la demanda como doc. nº 37, alega el recurrente la inviabilidad económica de la actuación integrada AA.1.12, porque el Estudio de Viabilidad Económico-financiera no es veraz al contemplar una repercusión de las cargas de urbanización de 10.981,80 euros por vivienda de protección oficial, de 27.454,50 euros por metro cuadrado por vivienda tasada, y de 82.363,50 euros por vivienda libre, y ello porque a la fecha de aprobación del PGOU el 25/06/2010, las cargas de urbanización tomadas en consideración en el PAU aprobado el 09/07/2009 ascendían ya a 40.071.772,01 euros, lo que significa una repercusión del suelo urbanizado del 73,29% por cada metro cuadrado construido, y tomando en consideración las cargas de urbanización del proyecto de expropiación por tasación conjunta aprobado el 06/05/2011 que se elevan a 54.793.438,21 euros, resulta que el suelo urbanizado tiene una repercusión del 91% sobre el metro cuadrado construido.

El informe pericial de la recurrente examina la Modificación puntual del PGOU aprobada el 27/03/2007, y concluye que resultaba viable la ordenación prevista en ella con unas cargas de urbanización para la Actuación Integrada 1 de 26.589.752,56 euros (folio 5 de dicho informe). Examina asimismo las previsiones del Plan Especial de Ordenación urbana aprobado el 26/09/2008, y concluye asimismo que su ordenación es viable, al concluir que las cargas de urbanización, que ahora se elevan a 27.407.482,66 euros, representan un 49,84% del valor de repercusión del suelo urbanizado, lo que considera razonable (folio 6 del informe). Considera sin embargo el perito, que el Programa de Actuación urbanizadora de la Actuación Integrada 1 aprobado el 09/07/2010, eleva las cargas de urbanización a 40.071.772,01 euros, lo que supone un 73,29% de la repercusión del suelo urbanizado por vivienda, quedando para el suelo bruto un 26,71% del valor de repercusión de suelo, lo que considera admisible en el uso de vivienda de protección oficial (folio 8). Razona



finalmente que en el proyecto de expropiación por tasación conjunta aprobado el 06/05/2011, las cargas de urbanización de la Actuación Integrada 1 se elevan a 54.793.438,21 euros, con lo que si se hubieran mantenido los aprovechamientos de la Modificación del PGOU aprobada el 27/03/2007 de 274.582 m² (t), las cargas $[54.793.438,21 / 274.582 \text{ m}^2(\text{t}) \times 0,85 = 234,77 / \text{m}^2(\text{t})]$ superarían el valor de repercusión de suelo por metro cuadrado construido de vivienda de protección oficial $[234,27 / \text{m}^2(\text{t})]$. A ello añade que aunque a la fecha del proyecto de expropiación el valor en venta de la vivienda protegida se ha aumentado pasando de 234,27 / m²(t) a 282,04 (t), y pese al incremento de viviendas libres en el ámbito resultante de la nueva ordenación, como consecuencia de la aplicación de nuevos coeficientes de ponderación se ha reducido la edificabilidad ponderada a 251.564 m² (t), con lo que la repercusión de las cargas de urbanización asciende a 256,25 / m²(t) $[54.793.438,21 / 251.564 \times 0,85 = 256,25 / \text{m}^2 (\text{t})]$, lo que representa el 91% del valor de repercusión de suelo urbanizado, por lo que concluye que no puede ser económicamente viable la ejecución cuando el margen que le resta al suelo es del 9%, que puede llegar a ser negativo si se consideran gastos financieros habituales y los inevitables imprevistos.

El informe pericial acompañado como documento número uno de su escrito de contestación por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, pone de manifiesto que el estudio económico financiero de la Modificación del PGOU de 27/03/2007 asigna a la Actuación Integrada 1 unas cargas de urbanización de 26.589.752,56 euros, estimando el valor económico en venta de la nueva edificabilidad sobre rasante en 157 millones de euros, y la repercusión estimada de las cargas de urbanización por unidad de vivienda en 10.981,80 euros/vivienda de protección oficial, 27.454,50 euros/vivienda tasada, y 82.363,50 euros/vivienda libre, quedando acreditada la viabilidad económica de la propuesta urbanística. El Plan Especial de Ordenación Urbana aprobado el 26/09/2008 contempla respecto de la Actuación Integrada 1 unas cargas de urbanización de 27.407.482,66 euros, que suponen una repercusión del 47.07% del valor de repercusión del suelo urbanizado, por lo que se considera viable económicamente la propuesta de ordenación. El Programa de Actuación Urbanizadora de la Actuación Integrada 1 del AIU "LM.06 Txomin Enea" aprobado el 09/07/2010, determina unas cargas de urbanización de 40.071.772,01 euros, que suponen una repercusión del 68.30% respecto del valor máximo de repercusión del suelo urbanizado que se estima en 251.37 euros/metro cuadrado (t), y no del 73.29% como afirma erróneamente el perito de la parte actora, al no tomar en consideración los valores máximos en venta de la vivienda de protección oficial al tiempo de la aprobación del PAU. Analiza finalmente la viabilidad económica de la propuesta de ordenación del PGOU aprobado el 25/06/2010 en relación con la Actuación Integrada 1, teniendo en cuenta que convalida el Plan Especial de Ordenación Urbana reajustando la edificabilidad residencial, pasando la edificabilidad vinculada a vivienda tasada municipal de régimen general (11,300 m² (t), 132 viviendas) a vivienda tasada municipal de régimen especial y en parte (6860 m² y 80 viviendas) a vivienda libre, lo que supone una mejora de la viabilidad económica de la propuesta urbanística del Plan Especial de Ordenación Urbana, resultando que el valor del suelo urbanizado a la fecha de aprobación del PGOU impugnado crece de los 13.694.637,60 euros del Plan Especial a 18.613.948,50 euros, concluyendo que, con independencia de que el nuevo Plan General no incorpore un nuevo análisis de viabilidad económica respecto de la propuesta urbanística para el ámbito de actuación integrada AAI.12, el reajuste que incorpora, consistente en la modificación del régimen de promoción/protección de parte de la edificabilidad de uso residencial ordenada, representa, sin lugar a dudas, una mejora de esa viabilidad económica. Analiza el perito finalmente la viabilidad económica del proyecto de expropiación de la Unidad Ejecución 1 del ámbito LM.06 Txomin Enea aprobado el 06/05/2011, calculando el valor de repercusión del suelo urbanizado en 282.04 euros por metro cuadrado, aplicando un 20% al valor en venta en función de los coeficientes de ponderación establecidos en dicho proyecto, y teniendo en cuenta unas cargas de urbanización de 54.793.438,21 euros, calcula un valor del suelo deducida la urbanización de 77,11 euros por metro cuadrado, casi 5 veces superior al valor del suelo en situación rural, criticando el informe del perito de la parte actora porque mezcla situaciones temporales distintas al tomar como referencia las cargas de urbanización del proyecto de expropiación de diciembre de 2010 y por otro lado el valor de repercusión del suelo urbanizado de la vivienda de protección oficial del Plan Especial a mediados de 2007. Finalmente, a efectos de subrayar la viabilidad económica de la propuesta urbanística, señala que los costes de urbanización y edificación vinculados al 85% de la edificabilidad urbanística atribuible a los propietarios asciende a 110.108.956,80 euros, siendo el valor total de los ingresos por ventas del 85% de la edificabilidad de 162.246.713,56 euros, resultando un diferencial de 52.137.756,76 euros para el suelo y los beneficios de la promoción, lo que corrobora la viabilidad económica de la propuesta urbanística.

Pues bien, examinados dichos elementos probatorios, la Sala concluye que el PGOU impugnado acredita suficientemente la viabilidad económica de la Actuación Integrada A.A.I. I.12 del A.U. LO05 Txomin Enea (anterior Actuación Integrada 1 del AIU LM.06 Txomin Enea) en los términos expuestos por el informe pericial aportado por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, que es objetivo, razonado, preciso y convincente, sin que el hecho de que se trate de un funcionario municipal, por sí mismo, le reste valor de convicción ni impida su consideración como auténtica pericial, toda vez que lo esencial de una pericial (art.335 LEC) es



que verse sobre aspectos técnicos para los que sean precisos conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que en principio proporcionan profesionales titulados bajo juramento o promesa de decir verdad y de actuar con la mayor objetividad posible, configuración de la pericial a la que se acomodan los profesionales vinculados a las Administraciones públicas por una relación de servicio funcional, de la misma manera que pueden hacerlo profesionales empleados de las partes, y con mayor razón, puesto que la relación de servicio funcional está presidida por un deber de objetividad que el art. 103 impone a la actuación de las Administraciones Públicas, y los funcionarios han de conducirse, entre otros, de acuerdo con los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, e imparcialidad, según establece el art. 52 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril .

El informe pone de relieve que tanto la Modificación puntual del PGOU de 2007 como el Plan Especial de Ordenación Urbana de 2008 que lo desarrolla, contienen sendos estudios de viabilidad económico-financiera que acreditan en efecto su viabilidad, criterio que asimismo comparte el perito de la parte actora.

Lo que el Perito del Ayuntamiento razona es que si bien el Estudio de Viabilidad Económico-financiera del PGOU impugnado no contiene un estudio detallado del ámbito que nos ocupa, ello es porque asume y consolida la ordenación resultante de los dos instrumentos de planeamiento mencionado, de forma que los propios estudios de dichos instrumentos acreditan la viabilidad del PGOU impugnado en relación con el ámbito de la Actuación Integrada A.A.I. I.12 del A.U. LO05 Txomin Enea (anterior Actuación Integrada 1 del AIU LM.06 Txomin Enea), viabilidad que incluso se mejora como consecuencia de la reconducción de la edificabilidad de vivienda tasada de régimen general a tasada de régimen especial y libre.

El perito de la demandada señala acertadamente que el perito de la actora opera con las cargas de urbanización actualizadas a las fechas de la aprobación del Programa de Actuación Urbanizadora de 2010 y del proyecto de expropiación por tasación conjunta de 2011, pero mantiene constantes el valor en venta del producto inmobiliario a la fecha del Plan Especial, siendo así que ha variado al alza en los términos expuestos.

Procede en consecuencia la desestimación del motivo de impugnación.

SÉPTIMO: Alega finalmente la infracción del art. 144 LSU en la delimitación de las unidades de ejecución, por no hacer posible la equidistribución de beneficios y cargas.

El motivo se formula de una manera apodíctica, sin la necesaria motivación que permita a la parte contraria y a la Sala comprender la razón por la que se dice infringido el art. 144 LSU en la delimitación de las unidades de ejecución que efectúa el PGOU impugnado.

La única razón aducida es que las unidades delimitadas no tienen entidad suficiente para justificar técnica y económicamente la autonomía de la actuación por las importantes cargas de urbanización, pero se trata de una cuestión a la que se ha respondido en el fundamento anterior concluyendo que queda razonablemente justificada la viabilidad económica del ámbito.

Se alega que el desarrollo de una de las unidades de ejecución se condiciona al traslado del Centro Penitenciario, pero no se argumenta la razón por la que ello determina la infracción del art. 144 LSU. Asimismo, se dice que se delimita un resto de ámbito relacionado con la red ferroviaria del TAV, que está al día de hoy sin definir, pero ello también resulta irrelevante a los fines del presente recurso, puesto que no se razona la forma en que se produce la infracción denunciada.

OCTAVO: En el hecho quinto de la demanda se alega que el PGOU impugnado incumple la disposición adicional segunda LSU y la disposición adicional undécima TRLS08, al prever 7.725 m² (t) de la nueva edificabilidad para realojo en condiciones de vivienda libre, ya que tales disposiciones de la Ley vasca y de la Ley básica ciñen la garantía de realojo a la puesta a disposición de viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y superficie adecuadas a sus necesidades.

Se trata de una exposición que no se traslada a los fundamentos jurídicos en los que se concretan los motivos de impugnación, y sobre la que nada se dice en el escrito de conclusiones, y sobre la que nada dice el Ayuntamiento de Donostia San Sebastián, que no se refiere a ella en sus escritos, pese a lo cual no puede ser ignorada por la Sala, puesto que, aun con una deficiente corrección técnica, se expresa con claridad y precisión el motivo de impugnación en la demanda.

La disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley del Suelo y ordenación urbana aprobada por el RDLg 1/1992, de 26 de junio, estableció en las actuaciones por expropiación el derecho de realojo de los ocupantes legales afectados en viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades.

La disposición adicional segunda LSU establece que:



<<Disposición Adicional Segunda. Realojos

1.- En la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de viviendas que constituyan su residencia habitual se deberá garantizar el derecho al realojo, con sujeción a las siguientes reglas:

a) Cuando se actúe por expropiación o por ocupación directa, la administración actuante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán poner a disposición de los afectados viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a algún régimen de protección pública y de superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

.../...>>

Con posterioridad la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley de Suelo aprobado por el RDLg 2/2008, de 20 de junio estableció:

<<Disposición Adicional Undécima. Realojamiento y retorno

1. En la ejecución de las expropiaciones a que se refiere el apartado segundo del art. 29, que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, poniendo a su disposición viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora.

.../...>>

La Modificación puntual del PGOU referida al Área de Intervención urbanística LM.06 Txomin Enea, aprobada el 27/03/2007 (BOG nº96, de 17/05/2007 (tomo II de las actuaciones folios 285 y siguientes) ordena una Zona A.300/LM.06 (Residencial de edificación abierta), con 115.481 m², previendo en la Actuación Integrada 1, con una superficie de 89.836 m², una edificabilidad nueva de vivienda a.300 libre de 18.160 m² (t), y una edificabilidad nueva protegida de 18.160 m², previendo además una edificabilidad nueva de vivienda a.300 libre con destino a realojos de 7.200 m² (folio 289 de las actuaciones).

El Plan Especial de Ordenación Urbana aprobado el 26/09/2008 que la desarrolla, se refiere a la edificabilidad residencial, que ahora es de 7.725 m², sin mencionar que se trata de vivienda libre o de protección pública, y localiza las viviendas de reposición, 70 en la parcela a.300.7 y 33 en la parcela a.300.5 (tomo II, folios 497, 499, y 514, fichas urbanísticas obrantes a los folios 602 y siguientes y 614 y siguientes),

El PGOU aprobado por el acuerdo impugnado prevé 32.745 m² (t) de vivienda libre en la actuación integrada 1, de los cuales 7.725 m² (t) se destina a realojos.

Es concluyente que dicha previsión infringe la disposición adicional segunda LSU y la disposición adicional undécima TRLS08, al prever 7.725 m² (t) de la nueva edificabilidad para realojo en condiciones de vivienda libre, puesto que el realojo ha de ser en viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a algún régimen de protección pública.

ÚLTIMO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción, no concurren méritos bastantes para hacer un expreso pronunciamiento en cuanto a las costas.

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

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 **DIEZ DÍAS** , contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito), con nº 4697 0000 93 0215 11, de un **depósito de 50 euros** , debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ