



LOPD

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

SENTENCIA: 00937/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**Sala de lo Contencioso-Administrativo****RECURSO: P.O.: 1.474/11****RECURRENTE: D.** LOPD**PROCURADORA: D.** LOPD**RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE GIJÓN****PROCURADOR: D.** LOPD**SENTENCIA nº 937/13****Ilmos. Sres.:****Presidente:****D. Jesús María Chamorro González****Magistrados:****Dña. María José Margareto García****D. Francisco Salto Villén**

En Oviedo, a treinta de julio de dos mil trece.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 1.474/11, interpuesto por **D.** LOPD

LOPD

, representado por la Procuradora D.^a LOPDPRINCIPADO DE
ASTURIAS



actuando bajo la dirección Letrada de D. ^{LOPD}, contra el
AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, representado por el Procurador D. ^{LOPD}
^{LOPD}, actuando bajo la dirección Letrada de D. ^{LOPD}. Siendo
Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jesús María Chamorro González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia en la que estimando el recurso interpuesto, revoque la resolución recurrida por no estar ajustada a derecho, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

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

TERCERO.- Por Auto de 13 de octubre de 2012, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

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





QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente el día 29 de julio pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora de los Tribunales ^{LOPD} , en

nombre y representación de D. ^{LOPD} , se interpuso recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento ordinario, contra el acuerdo de fecha 13 de mayo de 2011 publicado en el BOPA nº 115 del día 20 de mayo de 2011 que contiene la "Aprobación definitiva de la revisión del PGO de Gijón", recurso del que dio traslado a la Administración demandada.

SEGUNDO.- Que como principales argumentos impugnatorios, sostenía la parte recurrente que la resolución impugnada no era conforme a derecho por cuanto entiende que el Acuerdo de aprobación definitiva de la revisión del PGOU de Gijón litigioso no había tenido en cuenta el informe de CUOTA. Se alegaba además que tampoco se habían considerado las determinaciones del informe evacuado por la Confederación Hidrográfica del Norte en relación a la subcategoría de suelo no urbanizable de núcleo rural de especial protección de corredores fluviales con afección de inundabilidad en núcleo rural. También oponía como motivo impugnatorio un error en la estimación de la capacidad edificatoria en las fichas de los núcleos rurales afectados por inundabilidad. Se invoca la infracción de la Ley del Suelo en relación con el régimen jurídico del suelo no urbanizable, para terminar indicando que se había infringido el artículo 78 del TROTU en relación con las alegaciones realizadas en el período de información pública anterior a la aprobación inicial de la revisión del PGOU.

Por su parte, la Administración Pública demandada, en este caso representada a través del Procurador D. ^{LOPD} , contestó en tiempo y forma





oponiéndose y solicitando que se dictase una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte recurrente.

TERCERO.- En primer lugar señalar que el objeto de este recurso ha de ser la resolución identificada en el escrito de interposición, es decir, la aprobación definitiva de la revisión del PGOU de Gijón realizada el 13 de mayo de 2011, siendo así que el resto de actos no identificados correctamente y que además se denominan de trámite no pueden ser objeto de decisión en este litigio por obvias razones de orden procesal al ser actos de trámite y además no identificados.

Por lo que respecta al primero de los motivos impugnatorios articulados por la parte recurrente, el mismo se fundamenta en la infracción del art. 87.2 del TROTU que señala que en el procedimiento de elaboración del planeamiento general, entre la aprobación inicial y la definitiva, debe evacuarse por parte de la CUOTA un informe que versará sobre la eventual tutela de intereses supramunicipales y aspectos de legalidad.

No vamos a adentrarnos excesivamente en las razones que justifican la intervención autonómica en el procedimiento de elaboración de instrumentos del planeamiento general, pero sí diremos que existe una abundante y conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo, que trata el problema de los límites de esa intervención, sobre todo en relación con la garantía institucional de la autonomía local. En lo que respecta a los aspectos de legalidad, esta intervención se justifica en razón de lo limitado de la misma, un informe de legalidad, y en relación al sometimiento a la Ley el derecho de toda la actividad administrativa.

La parte recurrente en este proceso fija su atención en lo que a su juicio es un incumplimiento del contenido del informe de CUOTA en los particulares recogidos al folios 1518 del expediente y que en relación a la previsión del PGOU de que los terrenos afectados por corredores fluviales en núcleos rurales, en los que la capacidad edificatoria se pretende localizar en zonas de núcleo, considera que no podrá ser interpretada como una suerte de transferencia de aprovechamiento. Es el propio texto





literal del informe el que se refiere a que "la interpretación" de esa previsión del PGOU propuesta como una "suerte de transferencia de aprovechamiento" es lo que consideraba no ajustado a derecho, y ello en referencia a las potestades de los planeadores municipales en relación con los núcleos rurales. Desde luego que una interpretación que excluyera esa "suerte de transferencia de aprovechamiento" no parece que inquietara la legalidad aplicable, según el informe que invocan los recurrentes.

Lo anterior ya nos permitiría avalar un resultado desestimatorio del motivo, si la interpretación fuera la apuntada. Pero es que además, y como la propia parte recurrente reconoce en su escrito de conclusiones, folio 133 de los Autos, la dicción del acuerdo final que aprueba el PGOU litigioso, es distinta a la que fue informada por la CUOTA, lo que parece lógico, a tenor del contenido del informe. En lo que afecta al discutido artículo 7.7.16, la posibilidad de localizar capacidad edificatoria en fincas no afectadas por otras limitaciones de las que se sitúen en corredores fluviales, es una mera posibilidad, condicionada a la aprobación de un Plan Especial, que debe tutelar el interés general, lo que además se prevé como excepcional, mediante la iniciativa pública, o si es a propuesta de los particulares, previa acreditación de que concurre un interés general.

Es decir, el propio planeador prevé varios y sucesivos mecanismos de protección de esos corredores fluviales, y lo que es más importante de la afección que esos corredores pueden tener en relación con los usos en los terrenos allí ubicados. Desde luego que la Administración demandada adquirió de esta forma un compromiso en el sentido apuntado, que es el que además tutela el interés general, para evitar las situaciones que denuncia la parte recurrente en su escrito de demanda.

La cita que la parte recurrente hace por primera vez, en su escrito de conclusiones del artículo 138 del TROU, nada tiene que ver con el motivo fundado en la infracción del artículo 87.2, y si lo que supone es una infracción de la ordenación de los núcleos rurales, entiende esta Sala que tal infracción, además de ser denunciada de forma extemporánea, al constituir un motivo nuevo, no concurre, ya que se refiere a





la construcción de viviendas agrupadas, mientras que aquí de lo que se trata es de situar capacidad edificatoria.

En consecuencia este motivo no puede prosperar.

CUARTO.- Igual suerte desestimatoria debe seguir el segundo de los motivos articulados. En efecto, de nuevo se denuncia que el planeador no tuvo en cuenta las advertencias de un informe, en este caso de la Confederación Hidrográfica. Se trata de

un informe de la Administración sectorial competente, preceptivo y necesario tal y como prevé el artículo 86.3 del TRO'U, y que en este caso fue evacuado, tal y como refiere la propia parte recurrente, siendo así que la Administración demandada, consciente de su contenido realizó su aprobación teniendo en cuenta el mismo, lo que se acredita con los informes de nuevo emitidos por la Confederación Hidrográfica del norte, folios 817, 825 y 1473 del expediente, donde se especifica que se informa favorablemente el instrumento del planeamiento litigioso en relación a ese suelo afectado por las afecciones del dominio fluvial.

La parte recurrente critica el que no se haya protegido adecuadamente el suelo delimitado como de corredor fluvial, integrándolo en la categoría de suelo no urbanizable de especial protección. Sin embargo tal protección no está ausente. El propio escrito de demanda reconoce en el FJº V, folio 72, que se ha creado por el PGOU litigioso una categoría de suelo de especial protección de corredores fluviales, donde se incluyen los suelos de núcleo rural afectados por los corredores fluviales. A partir de ese momento la protección de los mismos está prevista, y sobre esta cuestión ya nos hemos referido más atrás, en relación a la necesidad que establece el PGOU de un Plan Especial concreto y específico, así como a la excepcionalidad de la posibilidad, todo lo cual habrá de supervisarse en cada caso concreto y en el momento oportuno, lo que no supone una ausencia de control.



QUINTO.- Tampoco puede prosperar el motivo impugnatorio que se invoca en tercer lugar, ya que como afirma el escrito de contestación a la demanda, el planeador era consciente de que pretendía realizar una agrupación edificatoria, como hemos visto



sujeta a condiciones, y realizó el cálculo de la capacidad edificatoria consciente de esa situación, descontando la condición relativa a aquellos suelos de los núcleos que se consideraban inundables. La parte recurrente que discute la realidad de ese descuento, no ha acreditado, a nuestro juicio, su inexistencia. Las referencias a la Memoria en relación con el descuento de la superficie de viales no puede suponer que el planeador no haya partido de un cómputo en el que no se encontraba se encontraba la capacidad edificatoria de las zonas inundables. Tampoco puede acreditar lo que la parte recurrente alega el que existan unos planos o fichas urbanísticas donde se refleja la existencia de unas zonas inundables. La cuestión litigiosa para la parte recurrente no es su existencia, sino su cómputo a efectos edificatorios.

SEXTO.- En todo caso sí que es necesario señalar que la pretensión que contiene en el suplico de su escrito de demanda, folio 77 de los autos, para que se declare la nulidad de la Revisión del PGOU de Gijón impugnado en cuanto a la categoría de afección de inundabilidad en núcleo rural de la parcela^{LOPD} del polígono^{LO}_{DN}, propiedad del recurrente, no depende de los motivos impugnatorios articulados, que nada tienen que ver con que la finca reúna unas condiciones físicas y naturales que le hacen inundable; con las limitaciones que ello debe conllevar, sobre todo desde el punto de vista de sus usos, limitaciones que no solo traen causa en el interés público, sino en el propio interés y protección de sus usuarios, y que no han quedado en absoluto acreditadas en el caso que se decide. No han sido pocas, las ocasiones en las que esta Sala, con la fuerza probatoria adecuada -una prueba pericial judicial por ejemplo- ha llegado a la conclusión de que un terreno reúne unas u otras condiciones físicas en relación a la inundabilidad, prueba ausente en el caso que decidimos.

SÉPTIMO.- Por lo que respecta al motivo impugnatorio fundado en la falta de previsión de un aprovechamiento urbanístico en las zonas categorizables como suelo no urbanizable por el PGOU revisado, y en concreto de las previsiones contenidas en los artículos 7.3.1, 7.3.2 y 7.3.49, debe esta Sala señalar que ciertamente hay que señalar que el TROTU establece una serie de limitaciones a este tipo de suelo, y así lo prevé el artículo 123 del Texto Refundido, siendo así que el art. 124, recoge las concretas exigencias para usos relacionados con la vivienda Sin embargo también es





cierto que el artículo 121, señala que los usos de esta clase de suelo están claramente condicionados, limitados por tres características propias de este tipo de suelo. El art. 115 del TROTU también incide en esta misma idea de protección y tutela de este tipo de suelo que precisamente define, asimilándolo a la protección de esas condiciones.

De esta manera no encontramos dificultad para entender conforme a derecho la Revisión del PGOU litigiosa. En efecto, no debe confundirse la preservación de este suelo de la transformación urbanística, tal y como es entendido por el propio TROTU

en su artículo 9, concordantes, en donde los usos relacionados con la vivienda y la actividad constructiva suelen ser el objetivo principal de la actividad urbanística, con la posibilidad de una capacidad edificatoria, limitada y reducida, tal y como la presentan los artículos más atrás citados, y que regulan los usos en suelo no urbanizable, que no exclusivamente el clasificado como núcleo rural, el que se refiere el recurrente en su escrito de demanda, pero no los preceptos del PGOU impugnados, que se refieren al suelo no urbanizable en general.

OCTAVO.- Abordaremos a continuación el motivo impugnatorio fundado en la falta de respuesta a las alegaciones presentadas por los recurrentes en relación con el denominado Documento de Prioridades en el proceso de revisión del PGOU de Gijón aquí litigioso.

Ciertamente son muchas las sentencias de esta Sala, que siguiendo la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo, ha reconocido un amplio margen de discrecionalidad al planeador a la hora de elaborar el planeamiento urbanístico o territorial, eligiendo el modelo más óptimo entre los distintos posibles, y diseñando la ciudad y su crecimiento de acuerdo con las pautas y objetivos por él fijados. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de junio de 1990 es un claro ejemplo de ese reconocimiento, que también se encuentra en la reciente sentencia de esta Sala de fecha 6 de febrero de 2013, dictada en el PO 1451/11. Esa discrecionalidad ha de enmarcarse en la necesidad de que la Administración aplique en su actuación aquellos elementos de decisión que tengan que ver con las razones de oportunidad que en cada caso se presenten, consciente además de que le corresponde impulsar criterios



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



concretos entre distintas alternativas existentes, dando con ello lugar a una opción legítima que persigue unos concretos fines y pretende satisfacer también unas determinadas necesidades.

Así lo recoge el viejo artículo 38 del Reglamento del Planeamiento cuando señalaba que la Memoria del Plan debía de analizar "las distintas alternativas posibles". Sin embargo, hemos de decir inmediatamente a continuación que la existencia de una potestad discrecional, en este caso, de elaboración del planeamiento,

no puede nunca situarnos en un decisionismo irracional y caprichoso. Efectivamente el planificador, en un escenario sostenido por el propio de legalidad, pieza angular de un Estado de Derecho, debe activar sus potestades, incluidas las discrecionales, evitando cualquier atisbo de arbitrariedad y de irracionalidad. El art. 9.3 de la Constitución es claro al respecto.

Esa decisión discrecional está por tanto claramente sometida a límites, límites intrínsecos en ejercicio de una potestad pública por parte de una Administración Pública que actúa sobre el pedestal del principio de legalidad y de la vinculación positiva al Derecho.

En esta línea, y dentro de ese proceso de toma de decisiones, es necesaria una legitimación democrática del planeamiento. En efecto, la participación ciudadana, como manifestación de una democracia participativa, coadyuva a que la decisión del planeador encuentre elementos de juicio y de análisis más y mejor contrastados, permitiendo una visión heterogénea de todos aquellos particulares o grupos de particulares, que representando intereses propios o colectivos, puedan facilitar un proceso de toma de decisiones, no solo más transparente, sino también más lógico y acertado. La sentencia de 9 de junio de 1991 es ejemplo de lo manifiesto, al igual que la regulación contenida en los artículos 7 y concordantes del TROTU y en el 4.e) del RDL 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Efectivamente el citado art. 4, apartado e) del R.D.L. 2/2008 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, cuando establece con



carácter general los derechos de los ciudadanos en el ámbito urbanístico y de ordenación del territorio, destaca el derecho a la participación efectiva de todos ellos en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualquier instrumento de ordenación del territorio y de ordenación urbanística, ambos inclusive, lo que se materializa en el derecho a formular alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y que además la Administración de respuesta motivada a esas formas de incorporar su participación. Se trata de un derecho, que como hemos señalado, se incardina en la llamada democracia urbanística y que pretende lograr una

mayor legitimidad democrática al Plan. Sin duda no se pone en duda la legitimidad democrática de los órganos, representativos o no, encargados legalmente de la planificación territorial y urbanística, sino que el legislador pretende dar efectividad al principio de participación, recogido con carácter general en el art. 105 de la Constitución, otorgando un plus de legitimidad a algunos aspectos de la acción administrativa sectorial tan importantes y con tanta incidencia en el entorno físico y ambiental y sobre todo en su calidad, afectando en definitiva a la vida habitual de los ciudadanos.

Pareciere que el legislador ha querido otorgar un valor añadido y destacado a este trámite, en relación con la regulación general que respecto al trámite de información pública se contiene en la Ley 30/92, del PAC y RJAP, referido a la participación en los procedimientos administrativos ordinarios.

Hemos de señalar que también el TROTU, en su artículo 5, se refiere a esa participación ciudadana en relación con los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, elevándolo a la categoría de principio básico y fundamental de ese proceso.

El Tribunal Supremo ha destacado en numerosas ocasiones la importancia de ese trámite de información pública, señalando incluso los específicos contornos que lo delimitan. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009, en la que se cita la de 4 de marzo de 2003, se señala que "el trámite de audiencia en los procedimientos de elaboración de instrumentos de ordenación territorial no supone la





mera formulación de los distintos y diversos alegatos de las entidades y particulares participantes en la información pública, sino que la reposada lectura de los mismos por la Administración y su contestación específica sobre las razones que lleven a la aceptación o rechazo de tales alegaciones para así considerar integrado y realizado el trámite de audiencia pública que debe posibilitar la corrección de errores, puntos de vista o cambios de enfoque en el contenido del Plan".

Sin embargo, el legislador del TROTU, en absoluto identifica las condiciones, trascendencia y naturaleza de la información pública prevista en el artículo 78, con la del artículo 86. Todo lo anteriormente expuesto es claramente predicable del procedimiento de elaboración y aprobación de los instrumentos del planeamiento general. La referencia a los avances del planeamiento o documento de prioridades ha de situarse fuera del estricto procedimiento de elaboración del planeamiento. Ciertamente la Ley establece un trámite previo de prospección y recogida de información y datos sobre lo que ha de ser la futura ordenación territorial, y precisamente en esa línea establece la necesidad de que la ciudadanía participe en esa fase previa. Pero sin duda no se trata de una participación sometida a las mismas exigencias y condiciones que la que se ha de producir en el estricto procedimiento de elaboración de los instrumentos del planeamiento. No es exigible en este caso, esa consideración estricta de la participación como un derecho a obtener una respuesta motivada y personalizada a una alegación, que además no lo es en referencia a un documento cerrado, sino para recoger sugerencias y observaciones desde la propia necesidad y conveniencia de la nueva ordenación. Incluso desde un punto de vista práctico sería redundante ese nivel de exigencia, por otra parte dificultoso y en todo caso más costoso para el erario público.

En consecuencia, y por todo lo expuesto tampoco este motivo impugnatorio puede prosperar.

NOVENO.- Que como consecuencia de cuanto antecede es menester que se dicte una sentencia desestimatoria de las pretensiones instadas por la parte recurrente, sin que se impongan las costas devengadas en este proceso a ninguna de las partes





litigantes, al no concurrir las circunstancias al efecto previstas en el artículo 139 de la vigente LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES D^a LOPD, EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE D. LOPD, CONTRA EL ACUERDO DE FECHA 13 DE MAYO DE 2011 PUBLICADO EN EL BOPA N^o 115 DEL DÍA 20 DE MAYO DE 2011 POR QUE CONTIENE LA "APROBACIÓN DEFINITIVA DE LA REVISIÓN DEL PGO DE GIJÓN", CONFIRMANDO LA ADECUACION A DERECHO DE LA RESOLUCION IMPUGNADA Y SIN HACER IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEVENGADAS EN ESTE PROCEDIMIENTO A NINGUNA DE LAS PARTES LITIGANTES.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de DIEZ DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Una vez firme esta sentencia, cúmplase lo dispuesto en el Art. 72-2 LJCA, mediante la publicación del Fallo en el BOPA.

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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS