



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

SENTENCIA: 01409/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: P.O.: 1518/11

RECURRENTE: D. ^{LOPD}

PROCURADORA: D^a. ^{LOPD}

RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE GIJÓN

PROCURADOR: D. ^{LOPD}

SENTENCIA nº 1409/13

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Jesús María Chamorro González

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. Francisco Salto Villén

En Oviedo, a treinta de diciembre 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 1518/11, interpuesto por D. ^{LOPD} _____, representado por la Procuradora D^a. ^{LOPD} _____ actuando bajo la dirección Letrada de D. ^{LOPD} _____, contra el Ayuntamiento de Gijón,





representado por el Procurador D. ^{LOPD} , actuando bajo la dirección
Letrada de D. ^{LOPD} . Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada
Dña. María José Margareto García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria. 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 junio 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 recurso en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los tramites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. ^{LOPD} en nombre y representación de D. ^{LOPD} el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gijón de fecha 13-5-2011 que aprobó definitivamente la Revisión del P.G.O.U. de Gijón, publicado en B.O.P.A. de 20-5-2011.

SEGUNDO.- Alega el recurrente en los hechos de su demanda que se atribuye al suelo de su finca, parcela ^{LO} del polígono ^{LOP} de 9.445 m² según el Catastro, una parte de núcleo rural de 642 m² y otra de protección y recuperación ambiental de 8.803 m², mostrando su disconformidad con la calificación de la parte de protección y recuperación ambiental, interesando que se reconozca el derecho a que la finca sea edificable y subsidiariamente que se incluya en núcleo rural, conforme detalla, señalando en los fundamentos de derecho ausencia de especiales valores de la finca que justifiquen su calificación como SNU protección de recuperación ambiental y reconocimiento del derecho a usar la finca conforme al uso característico de la calificación asignada, así como que la escasa superficie de 640 m² aproximadamente calificada como núcleo rural hace que sea inedificable, que discrecionalidad no es arbitrariedad, vulneración del principio de igualdad y equidistribución de cargas y beneficios y que el planificador incurre en fraude de ley, conforme deja señalado.

A dichas pretensiones se opuso el Ayuntamiento de Gijón en los términos que constan en su escrito de contestación a la demanda, señalando que la ficha a que se refiere el recurrente del núcleo rural 8.4, existe suficiente potencial edificatorio, con cita del documento nº 1 que acompaña a la contestación de la demanda, interesando la desestimación del recurso.



TERCERO.- Planteados los términos del recurso en el sentido expuesto y vistas las alegaciones de las partes, en primer lugar cabe señalar que como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de julio de 2008 "La potestad de planeamiento incluye su sustitución, reforma o modificación, para adecuarlo a las exigencias del interés público que demandan los cambios y la propia evolución de la ciudad, incluso, por el mero paso del tiempo. Es doctrina consolidada de esta Sala, por todas Sentencias de 14 de febrero de 2007, " que el ejercicio del "ius variandi" que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente -que no arbitrariamente- y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976 (sentencias, entre muchísimas otras, de 30 abril y 13 julio 1990, 3 abril, 9 julio, 21 septiembre, 30 octubre y 20 diciembre 1991, 27 febrero, 28 abril y 21 octubre 1997 y las en ellas citadas) ".

La interdicción de la arbitrariedad, como límite al "ius variandi", tiende a asegurar la coherencia y racionalidad del planeamiento, eliminando las decisiones que carecen de justificación objetiva, sin adentrarse en la valoración de la oportunidad de la decisión. Por tanto, el "ius variandi" no otorga cobertura a las determinaciones urbanísticas carentes de esa justificación.

Esas conclusiones de la jurisprudencia han de ser el marco a tener en cuenta, en respuesta a los distintos motivos de la demanda, con más incidencia en unos que en otros; ius variandi que según las Administraciones habría sido correctamente utilizada por el planificador urbanístico en este caso.

Por ello, vistas las alegaciones de las partes, como se dijo anteriormente, la parte recurrente muestra su disconformidad con la calificación de la parte de la finca de protección y recuperación ambiental, interesando que se incluya en núcleo rural,



definido como N.R. 8-4 y en dicho sentido cabe señalar que además de que como puso de manifiesto el Ayuntamiento de Gijón y reconoce el recurrente parte de la parcela ya tiene la calificación de núcleo rural, lo cierto es que en el caso de autos se ha practicado prueba pericial judicial por el Arquitecto D. ^{LOPD}, designado judicialmente y, por tanto, con todas las garantías legales, quien puso de manifiesto en su informe las características y situación de la finca de autos de 9.445 m² a la que le han sido asignadas dos calificaciones, NR-Núcleo Rural de unos 650 m² y PRA Especial Protección- Recuperación Ambiental, de unos 8.795 m², así como que no posee edificaciones y que está ocupada en su totalidad por un prado con unos robles aislados y pequeñas masas de bambú al sur, así como que no se localizan en la misma especies de árboles o plantas autóctonas ni cauces fluviales para la calificación de PRA -Especial Protección- Recuperación Ambiental ni se ha constatado que haya perdido recientemente ningún valor apreciable de calidad paisajística o ambiental ni tiene contigüidad o vinculación con ámbitos naturales singulares, y que dicha finca cuenta con los servicios de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, por lo que señala el perito judicial al folio 38 de su informe que la calificación expresada de PRA -Especial Protección- Recuperación Ambiental resulta arbitraria, considerando el PGOU anterior de interés y la calificación de las fincas limítrofes y cercanas, precisando al folio 39 de su informe, punto 6. que “el perito considera respecto a la finca nº 29 que no se conoce ningún motivo por el que se pueda justificar su paso de calificación I-INTERES a la actual de PRA -ESPECIAL PROTECCIÓN- RECUPERACIÓN AMBIENTAL, más bien al contrario. Se da además la circunstancia de que parte de ese suelo I-INTERES ha sido incluido en el NR-NUCLEO RURAL y otra parte en el PRA ESPECIAL PROTECCIÓN- RECUPERACIÓN AMBIENTAL sin un criterio basado en la topografía, vegetación, parcelación, vistas, barreras naturales, etc”; teniendo en cuenta asimismo que como reconoció el Ayuntamiento de Gijón en su informe (documento nº 2 acompañado a la contestación a la demanda) en el planeamiento anterior de 1999 la calificación mayoritaria era de Interés; y vista la pericial de Dña. Lara García Fernández, Ingeniero Técnico Agrícola, de acuerdo con el principio de congruencia procede acoger la pretensión principal de la demanda y dejar sin efecto la calificación de parte de la finca de suelo no urbanizable de especial protección de recuperación



ambiental, señalando asimismo en cuanto a petición contenida en el suplico de la demanda acerca de que se reconozca el derecho a que la finca sea edificable, que como ha informado el perito judicial en la página 33 de su informe “ la finca nº LO se halla calificada como NR-NUCLEO RURAL en su límite Nordeste (unos 650 m² aprox.) sería posible según el PGOUG la construcción de una vivienda unifamiliar respetando las indicaciones del mencionado Plan (distancias a linderos, alturas, metros cuadrados construidos, etc)...” y en el mismo sentido en la página 41 de su informe, como igualmente ha sostenido el Ayuntamiento de Gijón en el punto 2 de su informe, folio 98 de autos, por lo que dicha petición ya se encuentra reconocida en el sentido expuesto.

Por ello, conforme al principio de congruencia, además de que la petición acerca de que se califique como núcleo rural residencial al menos una superficie de 2.000 m² de tal forma que se pueda construir una vivienda unifamiliar cumpliendo los retranqueos a colindantes y a camino público, ya ha sido resuelta anteriormente, lo cierto es que el perito judicial en las aclaraciones formuladas a preguntas del Ayuntamiento de Gijón, al minuto 21,56 sobre si otro requisito del PGOU es no dar más ampliaciones, que es el criterio guía, esto es, potenciar la parte interior que atiende a las necesidades de los residentes, ha manifestado que habría que cambiar los criterios del Plan para la inclusión de esta finca y finalmente, al minuto 24 sobre los servicios, que supondría un aumento de costes, es por lo que de acuerdo con los razonamientos expuestos procede la desestimación de dicha petición.

CUARTO.- Conforme al art. 139 de la Ley 29/98 no ha lugar a hacer expresa condena en costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar en parte el recurso



contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. ^{LOPD}
LOPD , contra el Acuerdo dictado el 13-5-2011 por el Ayuntamiento de Gijón, en el que intervino dicho Ayuntamiento, actuando a través de su representación procesal; Acuerdo que respecto a la finca n^o LO de autos se anula por no ser en todo conforme a derecho, en lo relativo a la calificación de la parte de la finca del recurrente de suelo no urbanizable PRA de especial protección de recuperación ambiental, por los razonamientos expuestos en la presente resolución. Sin costas.

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

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

