

LOPD



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

**OVIEDO**

SENTENCIA: 00549/2013

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**RECURSO: P.O.: 1.476/11**

**RECURRENTE: D.** <sup>LOPD</sup>

**PROCURADOR: D.** <sup>aLOPD</sup>

**RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE GIJÓN**

**PROCURADOR: D.** <sup>LOPD</sup>

**SENTENCIA nº 549/13**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Jesús María Chamorro González**

**Magistrados:**

**Dña. María José Margareto García**

**D. Francisco Salto Villén**

En Oviedo, a veinte de mayo 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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



administrativo número 1.476/11, interpuesto por D. LÓPD  
 LOPD representado por la Procuradora D.<sup>o</sup>LOPD, 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.<sup>a</sup> LOPD  
 Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON FRANCISCO SALTO VILLÉN.

### 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 3 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 16 de mayo pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de D. LOPD LOPD, se impugna el Acuerdo Pleno del Ayuntamiento de Gijón, de fecha 13 de mayo de 2011, relativo a la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de dicho Ayuntamiento, solicitando su anulación para que se deje sin efecto la calificación de Suelo No urbanizable de Interés Agropecuario de la parcela LOP del Polígono LOP del Catastro de Gijón contenida en dicho PGOU, condenando al Ayuntamiento a clasificar la finca como Núcleo Rural (NR) e incluida en el NR 10.4 por cumplir las determinaciones que para la modificación de NR se impuso la propia Administración.

**SEGUNDO.-** Como principales alegaciones impugnatorias sostiene la recurrente, en esencia, primero, que se infringe el artículo 122.1.b) del TROTU (Decreto Legislativo 1/2004) que define la categoría de Suelo de Interés tradicional (SNUIT) que su finca no tiene; que se incumplen los criterios de delimitación de los NR en la parcela litigiosa al contar con una vivienda de tipología tradicional o Quintana, tratándose de una parcela al borde de camino y que es un espacio contiguo al NR 10.4; que es nulo el PGOU aprobado por no concretar los requisitos necesarios para que una agrupación poblacional pueda ser calificada como NR, citando al efecto el artículo 146.2 del ROTU (Decreto 278/2007); que la Revisión del PGOU impugnado, al negar a los SNU el aprovechamiento urbanístico, no excluye de esa determinación a los NR; que hubo un deficiente período de información pública posterior a la aprobación inicial porque se formuló un contrato administrativo de un





Arquitecto con el objeto, entre otros, de la participación e Información ciudadana de la Revisión del PGOU, disponiendo dicho profesional de solo 4 días para contestar a las 1498 alegaciones que se presentaron y que las contestaciones a las mismas no aparecen firmadas como se adviera con la respuesta a sus alegaciones

A tales alegaciones a contestado la Administración demandada en tiempo y forma según se hace constar en su escrito de contestación a la demandada y que aquí, por economía procesal se da por reproducido.

**TERCERO.-** Esta Sala, en sentencia de fecha 28 de febrero de 2013, recaída en el PO 1496/11, y posterior Auto de Aclaración de 14 de marzo del mismo año, anuló el Acuerdo Pleno del Ayuntamiento aquí recurrido por defecto formal en su tramitación, con el alcance que se dice en la sentencia así como en el Auto de aclaración, siendo, en consecuencia, la propia Administración la que ha de aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de efectuar la retracción de actuaciones.

En vista de ello, por providencia de 9 de abril de 2013 se ordenó traer testimonio de la sentencia a estos autos para dar traslado a las partes con el fin de que alegasen sobre la eventual pérdida de objeto de este procedimiento jurisdiccional.

Pues bien, no se ha evacuado el mismo por ninguna de las partes, pero aún así esta Sala, al efecto, ha de tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo, por todas la sentada en la sentencia de 25 de noviembre de 2008, en la que en su Fundamento de Derecho Tercero se dice "La doctrina jurisprudencial de esta Sala (expresada en sentencia de 21 de julio de 2003 - casación 11865/98 - y las en ella citadas de 21 de mayo de 1999, 25 de septiembre de 2000, 19 de marzo y 10 de mayo de 2001, 10 de febrero y 5 de mayo de 2003) es que la anulación de una disposición general o de un acto administrativo por sentencia firme hace desaparecer el objeto del proceso porque priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real.

Pero esta doctrina no se puede aplicar cuando la anterior sentencia anulatoria no es firme, porque, pudiendo ser revocada, se está privando a la parte actora en el posterior recurso de toda una instancia y de su derecho a la tutela judicial sobre el fondo del asunto (artículo 24 de la Constitución Española), aplicando una inexistente carencia de objeto a un proceso propio.





Y desde luego, resulta ilógico remitir (en caso de revocación de la sentencia anterior anulatoria) a lo que entonces el Tribunal Supremo resuelva sobre el fondo del asunto, porque de esa forma se está enviando a la parte actora a un recurso ajeno, en el que los motivos de impugnación sustantivos pueden ser del todo distintos a los propios.

La hipótesis de revocación (que debería haber sido suficiente para que la Sala de Burgos hubiera decidido este pleito como si su sentencia anterior no existiera, puesto que no era firme) se ha hecho efectiva después, ya que, en efecto, aquella sentencia de 24 de octubre de 2003 ha sido revocada por esta Sala en sentencia de 7 de noviembre de 2007 (casación 9934/03), la cual, revocando aquella sentencia, y entrando a estudiar los motivos sustantivos de impugnación, desestimó el recurso contra la denegación de la modificación del Plan.”

Es por ello que en este caso se ha de seguir con el procedimiento ya que la sentencia anulatoria no es firme al haberse interpuesto contra ella el Recurso de Casación nº 19/13, por el Procurador D. <sup>LOPD</sup> en representación del Ayuntamiento de Gijón y por el procurador D. <sup>LOPD</sup> en representación de Promociones Rendueles López S.L., Suelo Urbanizable de Granda, S.C., Junta de Compensación UZN-R.3 Bernueces, Promociones Cascos S.A., Junta de Propietarios del Sector del Plan Parcial UZN-R.5 (S) Alto del Infanzón, S.C.

**CUARTO.-** Sentado lo anterior, para decidir las cuestiones planteadas por las partes, antes de entrar a dar respuesta concreta a cada una de las alegaciones de las partes, y al estar en presencia de una revisión del planeamiento general, conviene traer a colación la doctrina que con carácter general ha sentado nuestro Tribunal Supremo en cuanto a las potestades en orden a esta actividad que posee la Administración, y así la que se recoge en la STS de 3 julio 2008, recaída en el recurso de casación 5943/2005, en la que en su FJ 3º, al responder a denuncia de vulneración del artículo 9.3 CE, razona como sigue, recogiendo previos pronunciamientos del Tribunal Supremo:

“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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



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.

Pues bien, lo primero que se observa es la falta de esfuerzo probatorio de la parte recurrente en orden a demostrar que la Administración ha actuado con arbitrariedad, con error, o de espaldas a los fines generales, y falta de coherencia, como ya se ha declarado en la cita jurisprudencial antes expuesta, al remitirse en su escrito de proposición de prueba al expediente administrativo y a los aportados con el escrito de demanda, es decir no realiza un pericial para demostrar las cualidades de la finca, su ubicación exacta, etc.





**CUARTO.-** Y ya entrando a conocer de los concretos motivos impugnatorios de la parte recurrente, en este caso sobre la alegada infracción del artículo 122.1.b) del TROTU por calificar su finca de SNUIT, ya que, siempre según la parte actora, el artículo 7.8.5.1 de las Normas del PGOU establecen esta categoría para preservar los NR de la expansión, pero se olvida que también tal preservación tiene un fin concreto que es el mantenimiento del propio NR y dicha determinación es contradicha por la definición de la categoría de IT creada "ex novo" por la revisión impugnada, al tender dicha calificación a evitar la expansión de los NR.

Esta Sala sin embargo no aprecia tal contradicción entre el artículo 112 del TROTU y la norma urbanística citada por la parte demandante, pues el precepto del TRTU en el apartado que nos ocupa advierte claramente que el Suelo de Interés debe ser el que considere el planeamiento en atención a diversas consideraciones, entre otras, para la "preservación del peculiar sistema de poblamiento del territorio asturiano", de modo que en esta frase se puede comprender tanto la conservación del NR en sí mismo, como su indebida expansión, ya que de ello se derivaría su falta de preservación de su genuino carácter rural.

Aun más, del apartado 6.5 de la Memoria de la Revisión del PGOU se extrae lo siguiente: a) se habla de unas crecientes tendencias de la edificación invadiendo territorio rural; b) que la satisfacción de esas demandas está abocada a generar un desorden territorial y a una degradación del territorio, además de la degradación de la propia condición urbana misma, tanto en el interior de este tipo de asentamientos, como también, de modo indirecto, en la calidad de vida del conjunto del municipio, como resultado de un crecimiento cuantitativo de las funciones residenciales sin las transformaciones urbanísticas estructurales y cualitativas que ello debería comportar; c) sigue diciendo que de acuerdo con lo anterior, para prevenir los efectos de la dispersión periurbana, el consumo de suelo injustificado y el crecimiento incontrolado y teniendo en cuenta el análisis de las condiciones topográficas existentes, la red de caminos y los datos actualizados, en definitiva se llega a la conclusión de que en la presente revisión se ha de asumir las delimitaciones del PGOU del año 1999 eso sí unificando las denominaciones de lo que ahora todo se ha de llamar NR.



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



De otro lado el artículo 147 del Decreto 278/2007 por el que se aprueba el reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, establece que:

“1.- Dentro de los núcleos rurales existirán las posibilidades de parcelación y edificación que determinen el planeamiento urbanístico general, el Catálogo de Núcleos Rurales del Principado de Asturias y, en su caso, las normas de la Comunidad Autónoma.

En la delimitación de los núcleos rurales se deberá tener en cuenta la conveniencia de potenciar el aprovechamiento del interior del núcleo, así como la de evitar un crecimiento excesivo que no guarde proporción con las necesidades de los residentes. El planeamiento no podrá autorizar en ningún núcleo rural un incremento del aprovechamiento urbanístico ni del número de viviendas que suponga elevar el conjunto del núcleo a más del doble del ya existente. Se considerará a estos efectos que la rehabilitación de construcciones ya existentes no supone incremento del aprovechamiento urbanístico ni del número de viviendas, aunque en el momento de su rehabilitación no sean habitables o se encuentren en ruinas (art. 138.1 TROTU).”

Y por último, la página 6 de la Memoria del Plan que cita la defensa de la Administración pone en evidencia que la calificación de suelo de interés paisajístico no responde a la real existencia del mismo en el caso presente, sino a limitar el uso residencial de modo que en un municipio como el de Gijón altamente edificado, queden bolsas de suelo vacío de construcciones o de urbanizaciones como factor determinante de la ordenación y del modelo territorial adoptado, lo que constituye motivación suficiente de la solución adoptada.

Aún más, el propio argumento de la parte actora al indicar que en la finca litigiosa existe una quintana, viene a corroborar que se le asigne la calificación de SNUIT, con lo que tampoco puede acogerse el siguiente motivo esgrimido en el apartado V de los fundamentos jurídicos de la demanda.

**QUINTO.-** Refiere la actora que el plan debe anularse por no concretar los requisitos necesarios para que una agrupación poblacional pueda ser clasificada como NR, con infracción de lo dispuesto en el artículo 146.2 del ROTU y 137.1 del TROTU, pero es lo cierto que alega la Administración, y no se impugna de contrario, que la







Revisión del planeamiento que nos ocupa ha asumido los criterios de delimitación de los NR que se establecían en el PGOU del año 1999, así como el criterio de desarrollo previsto para los mismos en el PGOU del año 2005, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 147 del ROTU que en suma viene a establecer que se debe potenciar, antes del crecimiento, el aprovechamiento de su interior, y evitar un desmesurado crecimiento que no guarde relación con sus necesidades reales, cosa que por cierto ocurre en el caso del NR 10.4 al que pretende la parte actora que se agregue su finca, pues se ha acreditado por la Administración, sin prueba en contrario, que dicho NR aún no tiene agotado su potencial edificatorio, como se deduce de la ficha del indicado NR (documento nº 3) acompañado por la demandante.

**SEXTO.-** En el apartado VII de la demanda se alega que no se excluye a los NR de la falta de aprovechamiento urbanístico que se predica para los SNU, pero es lo cierto que los NR son parte de los SNU si bien con cierta capacidad genuina edificatoria distinta al genérico de los SNU, pero no se puede hablar de aprovechamiento urbanístico propiamente dicho para el SNU NR ya que el aprovechamiento urbanístico es propio del desarrollo urbano es decir para convertir un Suelo Urbanizable en Urbano, lo que en modo alguno puede acontecer con los NR en los que precisamente en el artículo 136.3 del TRTU, ya establece que no son SU ni se puede obligar al planificado a modificar el Plan para esa clasificación de SU.

**SÉPTIMO.-** En el apartado VIII de la demanda se imputa al procedimiento de aprobación de la revisión litigiosa un déficit en el período de información pública, por el hecho de la falta de tiempo del técnico contratado para, entre otras cosas, sobre la participación e información ciudadana, pero es lo cierto que ya esta alegación como alguna de las anteriores es incongruente con el suplico de la demanda, pues no se puede solicitar que la finca se incluya en el NR 10, y al propio tiempo alegar un motivo de índole formal que llevaría necesariamente a la declaración de nulidad total de la revisión del planeamiento objeto del presente pleito, y por tanto no se podría atender en ningún caso su pretensión única de recalificación de su finca, y dicho esto, es también cierto que, de un lado, es posible que el técnico contratado se haya dedicado a los otros menesteres distintos del asesoramiento sobre información y





participación ciudadana, por tener el Ayuntamiento funcionarios o empleados públicos con nivel suficiente para este menester pese a lo que se dice en el contrato, y de otro lado, que la contratación del técnico para ese menester fuere innecesaria, con lo que estaríamos en presencia, en su caso en un vicio del contrato, que escapa a o que es el objeto de este pleito, pues lo único relevante aquí es si las contestaciones a las alegaciones que se han vertido en el período de información pública son o no son conformes a Derecho, que por lo hasta aquí razonado no ocurre.

Y en cuanto a la inexistencia de firma en el documento obrante al folio 43 del EA, es lo cierto que se trata de un documento interno que ha servido al Ayuntamiento Pleno para adoptar la resolución que aparece en el documento 36 del mismo EA en el que se le contesta al elegante, en cuyo antecedente de hecho segundo se dice que se dan por recibidas, informadas y valoradas las sugerencias, observaciones y alegaciones presentadas, de modo que no existe en todo caso indefensión del recurrente que es la única posibilidad de declarar la nulidad del plan por un posible defecto formal.

**OCTAVO.-** Por cuanto antecede, procede la desestimación del recurso al ser conforme a Derecho el Acuerdo recurrido, respecto de las alegaciones de la parte actora y en cuanto se refiere a la finca de su propiedad sin que concurran los presupuestos ni las circunstancias legalmente previstas para realizar un especial pronunciamiento sobre las costas al amparo de lo dispuesto en el artículo 139 de la 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: Desestimar el recurso de esta clase interpuesto por la representación procesal D. LOPD contra el Acuerdo Pleno del Ayuntamiento de Gijón, de fecha 13 de mayo de 2011, relativo a la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de dicho Ayuntamiento, solicitando su anulación para que se deje sin efecto la calificación de

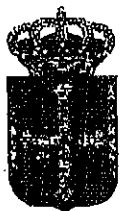




Suelo No urbanizable de Interés Agropecuario de la parcela<sup>LO</sup> del Polígono<sup>LOP</sup> del Catastro de Gijón contenida en dicho Plan, condenando al Ayuntamiento a clasificar la finca como Núcleo Rural e incluida en el 10.4 por cumplir las determinaciones que para la modificación de NR se impuso la propia Administración; Acuerdo que se declara válido y con efectos en lo que es refiere a la finca del recurrente, y en cuanto se desestiman los motivos impugnatorios del mismo. Sin costas

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.

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



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS