

LOPD



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

SENTENCIA: 00827/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

RECURSO: PO 1459/11

**RECURRENTE: PEQUEÑOS Y MEDIANOS ASTILLEROS SOCIEDAD DE
RECONVERSION, S.A. (PYMAR)**

PROCURADOR: D^aLOPD

RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE GIJON

PROCURADOR: D. LOPD

SENTENCIA nº 827/13

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Jesús María Chamorro González

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. Francisco Salto Villén

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



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



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 1459/11 interpuesto por PEQUEÑOS Y MEDIANOS ASTILLEROS SOCIEDAD DE RECONVERSION, S.A. (PYMAR), representada por la Procuradora D^aLOPD, actuando bajo la dirección Letrada de D. LOPD, contra el AYUNTAMIENTO DE GIJON, representado por el Procurador D. LOPD, actuando bajo la dirección Letrada de D^aLOPD. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. 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 6-7-2012, 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 formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente el día 4 de julio pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales, en nombre de la entidad mercantil "PEQUEÑOS Y MEDIANOS ASTILLEROS SOCIEDAD DE RECONVERSION, S.A." (PYMAR), interpuso el recurso de esta clase contra el Acuerdo del Ayuntamiento Pleno de Gijón, adoptado en sesión celebrada el día 13 de mayo de 2011, por el que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación de Gijón, solicitado en el suplico de la demanda, que se declare nulo, anule o revoque el Acuerdo recurrido en el extremo relativo a la imposición a al Unidad de Actuación (U.A.) en Suelo Urbano No Consolidado denominado Area Empresarial PE-NG, de la obligación de cesión y satisfacción de la ejecución de la urbanización como un Sistema Local destinado a Espacios Libres y usos rotacionales de unos terrenos con una superficie no inferior al 60 % de la superficie del ámbito, realizando a continuación tres pretensiones, dos de ellas alternativas y otra subsidiaria: la primera, que se ordene a la Administración demandada para que disponga la adscripción o inclusión de la U.A. PE-NG de los terrenos con destino a un Sistema General con las consecuencias jurídicas inherentes; la segunda pretensión, que se otorgue a la U.A. PE-NG una edificabilidad, aprovechamiento, alturas y usos similares a los desarrollados en el entorno inmediato del ámbito, según informe pericial que acompaña con el escrito de demanda; y la tercera pretensión, subsidiaria de las





anteriores, que se ordene a la Administración para que, en lugar de prever un 50 % de la edificabilidad a usos industriales, se destine la materialización total de la edificabilidad del ámbito a uso de oficinas y otros Servicios Terciarios.

SEGUNDO.- La parte actora, en esencia, alega que el Acuerdo impugnado es contrario a Derecho basándose en que las prescripciones urbanísticas correspondientes a la U.A. PE-NG incurren en arbitrariedad e infracción de los principios generales del derecho y de los elementos fácticos que le sirven de justificación, por tres órdenes de razones:

Una, en cuanto categoriza como sistema local destinado a Espacios Libres y usos rotacionales una superficie de terreno no inferior al 60 % de la del ámbito, ya que, según siempre esta parte actora, lo previsto realmente es un Sistema General, de modo que al no preverlo así se infringe el artículo 316 del Decreto 278/2007 (ROTU), todo lo cual se desprende de la Memoria Justificativa, y desvela el informe pericial que acompaña con la demanda.

Otra, la inadecuación del uso industrial establecido para la materialización del 50 % del aprovechamiento conferido a los terrenos del ámbito, ya que realmente, en rigor dice la parte actora, el uso propuesto por el planeador no puede merecer otra calificación que la de uso de Oficinas y otros Servicios Terciarios, pues limita los usos industriales que anteriormente eran admisibles urbanísticamente sobre los terrenos propiedad de la entidad recurrente, por otros usos industriales o actividades que no supongan la emisión de humos, vertidos, ruidos y en general que se consideren limpios no contaminantes, pues el uso industrial no aparece en las especificaciones de los centros, remitiéndose al folio 32 y ss. del informe pericial que acompaña con la demanda, de modo que, según la actora, la referencia que se hace en el PGO al uso industrial debe considerarse irracional y arbitrario.

La tercera razón se refiere a la inviabilidad económica de la U.A., por hacer imposible la equidistribución de beneficios y cargos, infringiéndose el principio de igualdad, si se examinan las determinaciones urbanísticas propuestas para otras áreas Empresariales del propio PGOU, tanto por causa de la edificabilidad, como por la limitación de alturas.





TERCERO.- La representación y defensa de la Administración demandada opone, en primer lugar, la excepción procesal de inadmisibilidad del recurso al considerar que no han sido aportados con la demanda los documentos previstos en el artículo 45 d) de la LJCA, pues aunque se aportó poder para pleitos, no se acompañó ni los estatutos de la sociedad recurrente, ni documento alguno que justifique el acuerdo de ejercitar acciones por el órgano al que estatutariamente le venga encomendada dicha facultad o competencia; en segundo lugar; y en cuanto al fondo, invoca primero la página 148 de la Memoria en lo que se refiere a la finalidad de reconvertir industrias tradicionales en franca decadencia (naval y minería), estableciendo condiciones urbanísticas para transformarlas en nuevos centros tecnológicos..., siendo por lo que se preserva del uso residencial los terrenos de los antiguos astilleros para un uso industrial compatible con el entorno residencial, alegando servicios terciarios, y empresas limpias o actividades productivas I+D+i, como así razona en páginas 170 y ss. de la Memoria Justificativa; en tercer lugar, en cuanto a la alegada inviabilidad de contrario, se remite al informe del Arquitecto municipal de 18 de junio (Doc. 1 de Contestación a la demanda), según el cual es posible y no contiene agravio comparativo alguno; y en cuarto lugar, en lo concerniente a la crítica que de contrario se hace a la calificación del Sistema Local, también se remite al antedicho informe, y concretamente se contesta que dentro del 60% no solo se contiene la superficie a cesión para dotaciones públicas, ya que cabría computar los suelos destinados a dotaciones privadas, pues en ese porcentaje estarían también incluidas las superficies de viarios y aparcamientos públicos.

CUARTO.- Razones de método imponen un primer pronunciamiento acerca de la excepción procesal opuesta por la demandada.

Ante esta excepción la parte actora ha aportado Escritura de poder otorgada por la entidad recurrente a través de su Consejero Delegado, D. ^{LOPD}

^{LOPD}, mediante la que dicha entidad confiere poder tan amplio y bastante como en Derecho se requiera y sea necesario a favor de D. ^{LOPD}, en su condición de Director General de la Sociedad poderdante, para que en nombre y representación de ésta pueda ejercitar, entre otras, las facultades que se dicen para ejercitar acciones jurisdiccionales. También Escritura justificativa de la reelección de





D. Antonio Sánchez-Jáuregui y Nota Simple del Registro Mercantil de Madrid, acreditativa de la vigencia del apoderamiento de D. LOPD y, en fin, una copia certificada de la decisión de ejercicio de acciones adoptada por D. LOPD para la interposición del presente recurso jurisdiccional.

Así las cosas, se ha de tener por acreditado suficientemente el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas, establecido en el artículo 45.2.d) de la LJCA.

QUINTO.- Salvada la excepción de índole procesal o formal, es procedente entrar a conocer sobre el fondo del asunto, que lo haremos por el mismo orden expuesto por la parte actora en sus argumentaciones jurídicas y correspondientes pretensiones.

Como ya ha quedado expuesto, la primera pretensión es que se anule el Acuerdo en el extremo relativo a la imposición a la U.A. PE-NG de la obligación de cesión y satisfacción de la ejecución de la urbanización como un mero Sistema Local, por entender que en realidad se trata de un Sistema General.

Para resolver esta cuestión, conviene tener presente que nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 14 de febrero de 2007, estableció en el fundamento de derecho Tercero de la misma la siguiente doctrina que a continuación se transcribe para un mejor entendimiento:

“**TERCERO.-** No es necesario traer a colación en extenso la conocida doctrina jurisprudencial sobre el significado y límites de aquel denominado “ius variandi” atribuido al planificador urbanístico. Baste recordar aquí que la Revisión del Planamiento anterior constituye, no solo una potestad, sino incluso un verdadero deber administrativo cuando las circunstancias concurrentes así lo demanden en aras de la mejor satisfacción de los intereses generales; que esa potestad se otorga con tanta amplitud como la que resulta de la previsión establecida en el artículo 156 d) del Reglamento de Planamiento, que no circunscribe a circunstancias prefijadas, sino que la extiende a todas las que “así lo exigieren”, su posibilidad de ejercicio; y que, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de contenido indemnizatorio que puedan derivarse, ni tan siquiera los derechos adquiridos constituyen los convenios que la Administración haya podido concluir con los administrados, ni el estado de ejecución





en que se encuentren los anteriores instrumentos de ordenación. En definitiva, la potestad de planeamiento incluye la de su reforma, sustitución o modificación, para adecuarlo a las exigencias del interés público, susceptibles de cambiar, incluso, con el solo devenir temporal. Es doctrina absolutamente consolidada de esta Sala que el ejercicio "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)."

SEXTO.- En el caso de autos la parte actora ha realizado una prueba pericial a su encargo que acompaña con su escrito de demanda, llevada a cabo por el Arquitecto D. LOPD. En dicho informe, en su capítulo 2, analiza el extremo que ahora contemplamos y del que conviene destacar las siguientes consideraciones que viene al respecto:

Que la creación de la U.A. PE-NG se considera como un escalón más dentro de un proceso general de progresiva recuperación de la línea costera gijonesa, que ya data del año 1982, al adquirir el Ayuntamiento de Gijón los terrenos del Cerro de Santa Catalina, para transformarlo en parque público.

Que en fechas posteriores también, y con la misma finalidad, se recuperó el antiguo puerto para su transformación en puerto deportivo; se peatonalizó el llamado Pasco del Rinconín, se desarrolló el Esquema Director de la Costa Este, hacia los





límites con el Concejó de Villaviciosa; más diversas actuaciones sobre el Arbeyal (esto hacia el Oeste) y las Playas de Poniente.

Que quedaba pendiente de recibir un tratamiento definitivo un área conformada por los terrenos industriales en los que se encuentran ubicados diversos astilleros comprendidos entre las Playas de Poniente (por su borde Este) y el Arbeyal (por el borde Oeste).

Que éste último tramo acabado de citar comenzó a recuperarse con la misma finalidad entre los años 1995 a 1999, dibujando su ámbito de actuación de forma lógica, en cuanto separa el suelo urbano, cuya reforma constituyó su finalidad, del espacio de dominio público portuario situado al Norte del PERI que se tramitó al efecto, como se desprende de la figura nº 2 del informe.

Que por el contrario la U.A. PE-NG, según el Acuerdo recurrido, rompe con esos principios e introduce en su ámbito unos extensos terrenos que hasta ahora formaban parte del Sistema General Portuario y, parcialmente, del dominio público marítimo-terrestre, situado al Norte de la línea naranja de la misma figura nº 2, sin que se justifique el por qué la desafectación de los terrenos debe traducirse en la descategorización de los terrenos portuarios desde la categoría de Sistemas Generales a la categorización de Sistema Local, con la consiguiente sobrecarga de una U.A. vecina, en vez de su inclusión en el Sistema General de Espacios Libres de Gijón.

Que se puede comprobar la artificiosidad de esta decisión en las figuras nºs. 3 A y 3 B, del mismo informe.

SÉPTIMO.- Analizando este informe por la Sala se observa que, en efecto, contemplando las figuras nºs. 3 A y 3 B, así como la figura nº 4 (que detalla los tramos A,B,C,D) y E de la figura 3), el Sistema Local categorizado dentro de la U.A. PE-NG constituye un hecho real, cual es que tal Sistema Local es la pura y simple continuación del Sistema General de Espacios Libres de Gijón y, en concreto, un paseo por el borde costero claramente expuesto en el informe pericial que analizamos (hoja 12), que transcurre su interrupción y se inicia en el actual puerto deportivo (punto A de la figura 3 A y 3 B, y nº 4), que discurre por el punto B de las mismas figuras del informe, dentro aún del Sistema General Portuario, aunque pase del Arca Náutica al Área de Equipamientos, y a partir de aquí continúa en el punto C, entrando





en la zona del Sistema General Portuario (el situado como antes se dice al Norte del PERI de las Playas de Poniente); sigue el borde costero hacia el punto D (ya dentro de la U.A. PE-NG litigioso), y de aquí se sigue hasta el punto E hacia el Oeste hasta alcanzar los Astilleros Juliana.

Siendo esto así, esta Sala considera que, al margen del nombre que se ha dado en la revisión del Plan recurrido, el terreno litigioso, como ya se ha adelantado, es de hecho un Sistema General, pues, aparte de su extensión, es que lo antes acabado de exponer está al servicio de todos los habitantes de la villa de Gijón, resultando arbitraria la decisión de contemplarlo como un Sistema Local, dentro de la U.A. PE-NG, con las consecuencias evidentes de las cargas urbanísticas en árca a su urbanización, que no debe repercutir exclusivamente sobre los propietarios de la citada U.A.; carga urbanística que de esta manera no soportarían si se contemplase como realmente es, es decir, como Sistema General, en aplicación de lo que dispone el art. 316.e.1 del ROTU.

Frente a esta prueba pericial, que acogemos en este extremo que estamos analizando, la Administración esgrime unos argumentos que esta Sala no estima sean suficientes para enervar la prueba de contrario, y así, en la contestación a la demanda se invocan las páginas 170 y ss. de la Memoria Justificativa, pero precisamente en la misma se dice que se pretende recuperar una parte de la fachada marítima de la ciudad para uso público; parte del fachada que es actualmente Sistema General Portuario y continuación del Sistema General, como antes hemos razonado, que transcurre en la práctica desde el puerto deportivo hasta los Astilleros de Juliana.

Es más, en el informe que la representación procesal del Ayuntamiento acompaña con su escrito de contestación a la demanda, de fecha 18 de junio de 2012, y, por tanto, como prueba en este proceso (no en la vía administrativa), se reconoce que en los Planes de Ordenación se contempla el terreno litigioso como Sistema General contrariando lo que se establece en la ficha (Sistema Local). Se sigue diciendo en dicho informe que no afecta la actuación (es decir, la calificación de Sistema Local) a la parcela de la recurrente (PYMAR), pero ello carece de relevancia, aparte de que sí afecta a la recurrente, ya que tendría que costear la urbanización de ese Sistema Local. Y también se quiere justificar que en los Planes se contempla como Sistema General, porque así lo es hasta que se desafecte por el Puerto de Gijón, lo que nada añade a lo





que aquí interesa y se ha probado, a saber, que la realidad es la que es, que el terreno constituye un sistema de espacios libres para toda la ciudad.

OCTAVO.- Estimada la causa de anulación del Acuerdo recurrido por incluir en la U.A. PE-NG, el terreno calificado como Sistema Local, la consecuencia es que tal U.A. PE-NG no está constituida conforme a Derecho, lo que hace innecesario analizar la segunda pretensión de la parte recurrente, así como la subsidiariamente planteada en tercer lugar.

NOVENO.- Por cuanto antecede, procede la estimación del recurso, sin que existan méritos para una expresa condena en costas, al no concurrir los requisitos que para tal efecto establece el artículo 139, vigente a la sazón, 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:

A) Estimar el recurso de esta clase interpuesto en nombre de la entidad mercantil PEQUEÑOS Y MEDIANOS ASTILLEROS SOCIEDAD DE RECONVERSION, S.A. (PYMAR), contra el Acuerdo adoptado por el Ayuntamiento Pleno de Gijón, en sesión de 13 de mayo de 2011, por no ser conforme a Derecho en lo concerniente a la ordenación propuesta en el ámbito de nueva creación denominado Arca Empresarial PE-NG, en el extremo relativo a la imposición a dicha U.A. PE-NG de la obligación de cesión y satisfacción de la ejecución de la urbanización como Sistema Local destinado a Espacios Libres y usos rotacionales de un terreno con una superficie no inferior al 60% del ámbito.

B) Ordenar a la Administración que adscriba o incluya en la U.A., en lugar de la anterior prescripción, la implantación de un Sistema General con las consecuencias jurídicas que de ella se deriven.

C) Sin costas.





Una vez firmé la presente, se publicará en el BOPA.

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.

