



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

LOPD

**RECURSO: 1.764/09**

**RECURRENTE: CONSTRUCCIONES SILCA S.A.**

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

**RECURRIDO: CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE, ORDENACIÓN DEL TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**

**REPRESENTANTE: Sr. Letrado del Principado**

**CODEMANDADO: SOCIEDAD MIXTA DE GESTIÓN Y PROMOCIÓN DEL SUELO, S.A. (SOGEPSA)**

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

**CODEMANDADO: AYUNTAMIENTO DE GIJÓN**

**PROCURADOR: D. LOPD**

**CODEMANDADO: CONSTRUCTORA LOS ALAMOS S.A. Y DOS MAS**

**PROCURADOR: D. LOPD**

**SENTENCIA nº 1340/11**

**ILUSTRE COLEGIO DE  
PROCURADORES DE OVIEDO  
5 ENE 2012**

**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 once.



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 1.764/09 interpuesto por la entidad **CONSTRUCCIONES SILCA S.A.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> LOPD, actuando bajo la dirección Letrada de D. LOPD, contra la **CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE, ORDENACIÓN DEL TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS**, representada por el Sr. Letrado del Principado, siendo partes codemandadas la **SOCIEDAD MIXTA DE GESTIÓN Y PROMOCIÓN DEL SUELO, S.A. (SOGEPSA)**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> LOPD, actuando bajo la dirección Letrada de D. LOPD, el **AYUNTAMIENTO DE GIJÓN**, representado por el Procurador D. LOPD Fernández, actuando bajo la dirección Letrada de D. LOPD y **CONSTRUCTORA LOS ALAMOS S.A., CONSTRUCTORA PRINCIPADO, S.A. y ARBOLEYA S.A.**, representadas por el Procurador D. 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.-** Conferido traslado a las partes codemandadas para que contestasen a la demanda lo hicieron en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

**CUARTO.-** Por Auto de 14 de enero de 2011, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** 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.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo del presente el día 29 de diciembre 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 Sra. <sup>LOPD</sup>, en nombre y representación de CONSTRUCCIONES SILCA S.A., se interpuso recurso contencioso administrativo tramitado por el procedimiento ordinario, contra la desestimación presunta del recurso de reposición presentado con fecha 6 de octubre de 2009 frente al Acuerdo adoptado por la Permanente de la Comisión de urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias (CUOTA), en virtud del cual viene a aprobarse definitivamente la modificación puntual de planeamiento del Plan





Especial del Área Residencial de Roces, ampliado por resolución de 28 de mayo de 2010 a la resolución expresa del Expediente SGDU-G 18/8, de Modificación Puntual del Plan Especial del "Área Residencial de Roces" de fecha 28 de abril de 2010, 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 que, consideraba que en primer lugar la modificación del Plan Especial impugnado, Plan Especial del Área Residencial de Roces-Gijón, no había sido objeto de la adecuada y preceptiva tramitación ambiental. Se articulaba también como motivo impugnatorio la infracción por parte de este Plan Especial de las previsiones contenidas en el P.G.O.U. de Gijón en relación a las distancias mínimas entre edificaciones, para por último alegar la falta de racionalidad y motivación de la decisión sustantiva contenida en la modificación del Planeamiento litigiosa.

Por su parte, la Administración Pública demandada, en este caso representada a través del Sr. Letrado del Principado, contestó en tiempo y forma oponiéndose y solicitando que se dictase una sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte recurrente.

**TERCERO.-** Que este Órgano Judicial tras valorar con detenimiento las alegaciones formuladas por las partes litigantes en este proceso, debe manifestar que y por lo que respecta al primer motivo impugnatorio fundado en las irregularidades existentes en la tramitación ambiental del instrumento de planeamiento litigioso, debemos decir que efectivamente la impugnación lo es de la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de la Comisión Permanente de la CUOTA, con fecha 5 de agosto de 2009, por el que se aprueba definitivamente la Modificación del Plan Especial del Área Residencial de Roces-Gijón. - Ciertamente el recurso se amplió a la desestimación expresa de ese recurso, aunque a nuestro juicio, no cabe recurso en vía administrativa frente a las disposiciones de carácter general, consideración ésta que no es dudoso que tenga el instrumento de planeamiento impugnado, art. 107.3 de la Ley 30/92 del PAC y RJAP-. El motivo articulado por la





parte recurrente relativo a los problemas de tramitación ambiental, debe ser dilucidado a la luz de las previsiones de la Ley 9/2006 de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados Planes y Programas en el Medio Ambiente, que transpone al derecho interno la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001, relativo a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Se trata de una norma básica dictada al amparo del art. 141.1. 23 de la Constitución, según establece la Disposición Final III de la misma, y serán las Comunidades Autónomas en el ámbito de su legislación urbanística las que en ejercicio de sus competencias sobre organización del territorio las que concreten su aplicación, tal y como establece el art. 5.2 de la Ley. Habrá que acudirse por tanto al TROTU y al ROTU para circunstanciar el trámite medio ambiental en relación al instrumento de planeamiento litigioso dictado bajo el paraguas del art. 67 del TROTU.

En todo caso ha de señalarse que tal como establece la Ley 9/2006, y la Directiva de la que trae causa, la valoración ambiental estratégica persigue anticipar la sostenibilidad ambiental a un momento previo a la ejecución de proyectos y obras concretas, evaluando y contrarrestando impactos medioambientales en una fase previa, correspondiente con el diseño que en cada momento se realice de la ordenación urbanística y territorial de cada cuadrícula de terreno. De esta forma el art. 2 de la Ley, considera como plan y programa el conjunto de estrategias, directrices y propuestas que prevé una Administración Pública para satisfacer necesidades sociales no ejecutables directamente sino a través de su desarrollo por medio de un conjunto de proyectos, buscándose una sostenibilidad ambiental que el art. 8 de la Ley concreta en la identificación, descripción y evaluación de los posibles efectos que sobre el medio ambiente puedan derivarse de la aplicación del programa así como de las alternativas que desde el punto de vista técnico y ambiental sean razonables y viables.

El art. 90 del ROTU en su apartado 2º punto 5º, y el art. 279.3 apartado d) del ROTU, aprobado por Decreto 278/2007 de 4 de diciembre, establecen que la modificación de cualquier instrumento de ordenación urbanística requiere trámite ambiental si éste ha sido necesario para la elaboración del instrumento inicial, es decir, del instrumento que se pretende modificar. De esta forma y según sostiene la parte





recurrente, si el Plan Especial del Área Residencial de Roces exigió en su elaboración evaluación ambiental, también debe exigirse ese mismo trámite a la modificación aunque sea puntual del mismo. Sobre esta base la recurrente considera que el Plan Especial en su redacción original estaba precisado de E.A.E. (Evaluación Ambiental Estratégica). Ciertamente esta Sala no ha aceptado a considerar que la parte recurrente haya acreditado ni que el plan original hubiese sido objeto de E.A.E., ni que se haya argumentado la necesidad de ese trámite.

Lo cierto es que el art. 90. 2. a) 6º, dentro de la sección segunda del capítulo 5º del Título III, del ROTU, que lleva por rúbrica de las evaluaciones de impacto, y por tanto de la norma específica en la materia, solo sujeta a E.A.E., las modificaciones de los planes especiales de actuación urbanística concertada -como es el caso que decidimos- y que las partes asumen pacíficamente que es así, cuando alteren la clasificación del suelo no urbanizable a urbano o urbanizable. Aun en este supuesto, no sería preceptiva al EAE si nos encontramos ante modificaciones de escasa entidad entendiendo por tales aquellas que afecten a ámbitos de superficie menores a una hectárea. Ésta es la dicción literal del precepto.

En el caso que decidimos, parece evidente que la modificación litigiosa no altera la clasificación del suelo, por lo tanto se puede afirmar sin temor a equivocarnos que el art. 90.2.a) 6º del ROTU exime de E.A.E. a la modificación aquí litigiosa. Aun en el supuesto de que el Plan Especial en su redacción originaria afectara a la clasificación del suelo, y por tanto fuera necesaria la EAE, la modificación impugnada no puede entenderse incluida en las previsiones del ROTU y por tanto entendemos ajustada a derecho la tramitación llevada a cabo en la medida de que no incorporó como trámite preceptivo en el proceso de elaboración de la E.A.E. Debemos añadir en todo caso, que nada alega la parte recurrente en relación al fondo del asunto, limitándose a la alegación formal de falta de E.A.E., pero sin concretar ni circunstancial, ni mucho menos acreditar, cuál es la afección medioambiental, en la forma más atrás expuesta, que se pudiera seguir de la modificación puntual aquí litigiosa.



En definitiva, este motivo impugnatorio no puede prosperar.



**CUARTO.-** Por lo que se refiere al segundo motivo impugnatorio articulado, y como ya hemos señalado, se funda en la infracción del principio de jerarquía entre planes recogido en el art. 26 del TROTU y más en concreto por razón de que el Plan Especial impugnado infringe las previsiones del PGU de Gijón en relación a distancias entre edificaciones, esta Sala debe señalar que de conformidad con lo establecido en el art. 67 del TROTU, los Planes Especiales pretenden llevar a cabo en determinados ámbitos singulares actuaciones de carácter singular. El propio art. 67.1 prevé que en los Planes Especiales se sustituyan determinaciones del planeamiento general, y el propio apartado tercero de ese artículo permite que se sustituya o modifiquen las previsiones del Planeamiento General. Efectivamente, el Tribunal Supremo ha sido partícipe de esta idea en numerosas ocasiones, citándose por todas la sentencia de 16 de diciembre de 1992, donde se señala que los Planes Especiales no tienen respecto de los Planes Generales la dependencia que se predica de otros instrumentos de Planeamiento de Desarrollo como es el caso de los Planes Parciales. Los Planes Especiales se caracterizan por su especialidad, y persiguen fundamentalmente la aportación de soluciones concretas respecto a problemas urbanísticos de determinados tipos de suelo, en este caso de la actuación concertada derivada de la creación de un área residencial en la zona de Roccs.

Así las cosas, considera esta Sala que las propias características de esa ordenación derivada del Plan Especial, que tiene por objeto la ordenación concreta de una zona del territorio para un fin también concreto, justifica que el Plan Especial fije determinados aspectos al margen de las previsiones que con carácter general establece el PGOU, lógicamente siempre y cuando las mismas se justifiquen en la memoria del Plan Especial, tal como al efecto exige el art. 67.3 in fine del TROTU. El art. 14 del Plan Especial publicado en el BOPA el 8 de marzo de 2006, abunda en las razones de la nueva ordenación, lo que se concreta los apartados 2 y 3 de la Memoria de la modificación litigiosa.





Por tanto, entiende esta Sala que este motivo impugnatorio no puede prosperar y ello por las razones mas atrás expuestas, que a nuestro juicio justifican la existencia de un régimen de distancias distintas en relación al supuesto que se decide.

**QUINTO.-** Encaramos por tanto el último motivo impugnatorio articulado relativo a la alegada falta de justificación de la modificación litigiosa.

Nos adentraríamos en una extensa argumentación para defender la más que prolija jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo, 25 de enero de 1983 o 15 de junio de 1998, como de esta Sala de lo Contencioso, por todas la de fecha 22 de noviembre de 2011 dictada en el P.O. 969/10 que reconoce al planeador un alto grado de discrecionalidad en el diseño de la ciudad y por tanto en el ejercicio de su potestad de planeamiento.

La Administración parte de un poder innovador que ejercita con discrecionalidad, ante la imposibilidad de que el legislador pueda prever y descender a los detalles que en cada uno de los planes se puedan abordar y que dan a éstos su contenido concreto. Efectivamente, también esta potestad discrecional no supone un ejercicio libre, siendo al contrario posible un control jurisdiccional fundados especialmente en las previsiones tanto del art. 106 como del art. 9.3 de la Constitución en la medida en que el primero somete a las Administraciones Públicas a un control de legalidad, que incluye también a los principios generales del derecho y en la medida también en que el segundo proscribela arbitrariedad de los poderes públicos. Será por tanto la motivación y racionalidad de la actuación administrativa, la que en cada caso concreto nos permita ejercitar ese control judicial. En el caso que decidimos, la parte recurrente, tacha de injustificada la modificación aprobada y fundamentalmente alega la afeción que la modificación, que permite la construcción de dos torres en sustitución de una inicial opción por una edificación de cinco alturas en forma de puente y que afecta, ensombreciendo la construcción del lote 24, de la que es titular, que pasa a tener ahora dos torres de veintiséis alturas. En este momento, es necesario señalar que corresponde a la parte recurrente, que invoca la ilegalidad por ese motivo del planeamiento impugnado, acreditar y probar la concurrencia de esa falta de justificación o de la irracionalidad de la existente, así como en su caso, su carácter arbitrario. Recordemos







que en el escrito de proposición de prueba de esa parte, folio 407 del segundo tomo de los autos, la única prueba solicitada es la contenida en el expediente administrativo que se solicita se tenga reproducido como documental, expediente que en todo caso forma, ex lege, art. 48 de la Ley Jurisdiccional, parte de los autos.

En primer lugar, desde el punto de vista de la estética e incluso del diseño de el área residencial afectada por el Plan Especial, la Administración puede optar por alterar la inicial previsión, y en este sentido, la memoria de la modificación justifica ese cambio de opción precisamente en esas razones de orden estético que persiguen dar un carácter de monumental o icónico a los edificios situados a la entrada de la nueva zona urbanizada. Desde esta perspectiva y desde el punto de vista del estricto análisis jurídico no parece que exista reproche atendible, siendo precisamente ese objetivo estético una justificación ya de por sí para sostener la modificación. Además existe un informe pericial obrante en autos, folios 363 y s.s. donde los arquitectos Diego Ibarra y Alejandro Castro, en un informe de sesenta y tres páginas a doble cara, justifican la opción litigiosa desde un punto de vista de un diseño urbanístico energéticamente eficiente, que se trasladó no sólo a la eficiencia de los dos edificios ex novo planteados, en los que se dice que existe ahora una mayor eficiencia energética por razón de que las horas de sol afectan más y mejor a un mayor número de plantas que el diseño primitivamente existente, sino que además la nueva disposición no afecta al lote 24, propiedad de la recurrente, en la medida de que se dice literalmente que la proyección de sombra en ese lote se produce aproximadamente a las 20,30 h. en verano y a las 19 h. en invierno, de forma tal que en invierno a esa hora es durante la mayoría del tiempo de la estación invernal de noche y sólo durante la estación veraniega se afectaría en dos horas la proyección de sombra en el momento del solsticio de verano, afección que además solo afectaría a una pequeña porción del edificio, 3 o 4 viviendas, y además en unas horas de baja intensidad en la radiación solar que pudiera existir con anterioridad. El informe pericial ha sido ratificado con contradicción a presencia judicial, y desde luego del mismo no puede extraerse la conclusión de que no exista justificación en la decisión contenida en la modificación del planeamiento litigioso, ni tampoco que exista una afección en los intereses de la





recurrente que pudieren justificar la racionalidad de la actuación administrativa impugnada y mucho menos calificarla de arbitraria.

En conclusión, entiende esta Sala que una valoración conjunta de los motivos impugnatorios articulados, así como del material probatorio acopiado no permite concluir la prosperabilidad de ninguno de los motivos impugnatorios articulados.

**SEXO.-** 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 SRA. LOPD EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE CONSTRUCCIONES SILCA S.A., CONTRA LA DESESTIMACIÓN PRESUNTA DEL RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO CON FECHA 6 DE OCTUBRE DE 2009 FRENTE AL ACUERDO ADOPTADO POR LA PERMANENTE DE LA COMISIÓN DE URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (CUOTA), EN VIRTUD DEL CUAL VIENE A APROBARSE DEFINITIVAMENTE LA MODIFICACIÓN PUNTUAL DE PLANEAMIENTO DEL PLAN ESPECIAL DEL ÁREA RESIDENCIAL DE ROCES, AMPLIADO POR RESOLUCIÓN DE 28 DE MAYO DE 2010 A LA RESOLUCIÓN EXPRESA DEL EXPEDIENTE SGDU-G





18/8, DE MODIFICACIÓN PUNTUAL DEL PLAN ESPECIAL DEL "ÁREA RESIDENCIAL DE ROCES" DE FECHA 28 DE ABRIL DE 2010, 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.

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

