

LOPD



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

SENTENCIA: 00933/2013

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**RECURSO: PO 1499/11**

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

**y otros**

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

**RECURRIDO: AYUNTAMIENTO DE GIJÓN**

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

**SENTENCIA nº 933/13**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. Jesús María Chamorro González**

**Magistrados:**

**Dña. María José Margareto García**

**D. Francisco Salto Villén**



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

En Oviedo, a treinta y uno 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 1499/11 interpuesto por LOPD

LOPD

LOPD, representados por la Procuradora 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 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 6-9-2012, 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 29 de julio 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. <sup>LOPD</sup> y trece más, al haber desistido D<sup>a</sup> <sup>LOPD</sup>, 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 Protección de Costa (SNUPC) de las parcelas <sup>LOPD</sup> del Polígono <sup>LOP</sup>; que se declaró con la calificación de Suelo Urbano (SU) las fincas <sup>LOPD</sup> del mismo polígono; y que expresamente se declare la no afección de las fincas <sup>LOPD</sup> del citado polígono por la expropiación prevista en las unidades de expropiación (sic) del Plan Especial de Protección Paisajística de la Costa Este (PECTE), condenando al Ayuntamiento a pasar por esas pretensiones.





**SEGUNDO.-** Como principales alegaciones impugnatorias sostienen los recurrentes:

Primero, que respecto del grupo primero de las fincas litigiosas antes citadas no se justifica su calificación como SNUPC, ya que estaría justificada tal clasificación y calificación si estuviesen determinados por el POLA o por el PECE, y resulta, resumidamente, que reservando el POLA la delimitación del SNUPC a los 500 metros medidos desde la ribera del mar, y no habiendo sido ordenado el PECE en la revisión aquí impugnada, y no habiendo justificado la adscripción de ningún terreno a dicha categoría, es por lo que se ha de declarar no conforme a Derecho esta clasificación calificación de la que se discrepa.

Segundo, que las fincas que se dicen en la demanda reúnen todos los requisitos para ser calificadas de SU, entre otras razones por estar insertas en la malla urbana de Gijón, como así, dice la actora, se desprende además del documento nº 9 que se aporta con la demanda.

En tercer lugar critica que el Administración no haya ordenado las unidades de expropiación.

Y en cuarto y último lugar se aduce que hubo un deficiente período de información pública porque se contrató a un Arquitecto Superior para tal fin con solo cuatro días de antelación a la fecha en la que se contestaron 1498 alegaciones que se formularon, las cuales, además, no fueron contestadas por dicho profesional, ni consta el cargo que las asume.

A tales alegaciones opone la representación de la Administración, en primer lugar, que no se ha de admitir el recurso respecto a la tercera pretensión que hace en el escrito de la demanda, ya que pretende la confirmación de un acto y no su impugnación; en segundo lugar, que la propia parte actora reconoce que las fincas están afectadas por el POLA; que las fincas no reúnen los requisitos para su clasificación como SU, y que una eventual estimación del recurso no llevaría a que por la Sala asignase una determinada calificación a los terrenos litigiosos.

**TERCERO.-** Razones de método imponen un primer pronunciamiento acerca de la excepción procesal esgrimida por la parte demandada, a saber, la inadmisibilidad parcial del presente recurso.





En efecto, tal y como se desprende de la forma que se formula la pretensión se está pidiendo la confirmación de una actuación administrativa, cual es la no afección de las fincas que a este efecto se indican en el escrito de demanda a una unidad de expropiación, ya que la propia parte actora critica el hecho de no haberse llevado a cabo la unidad de expropiación prevista, por cuya razón respecto de esta pretensión se ha de aplicar lo previsto en el artículo 69.c) de la LJCA en cuanto no es actuación susceptible de impugnación.

También por razones de orden procesal, se ha de examinar con preferencia a los otros motivos de la parte actora, pese a no ser éste el orden que se establece en su escrito, la alegación de orden formal expuesta en el cuarto y último lugar que se consigna en el anterior ordinal, ya que de prosperar se habría de anular el Acuerdo recurrido sin necesidad de seguir elucidando sobre el resto de las alegaciones, por tratarse de un vicio en el proceso de formación del Acuerdo recurrido. Pero esta alegación no puede acogerse ya que esta alegación, como alguna de las anteriores, es incongruente con el suplico de la demanda, pues no se puede solicitar que algunas de las fincas que antes identificadas se excluyan del SNUPC y otras que se califiquen como SU, 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, como ya se ha dicho, y por tanto no se podría atender en ningún caso sus pretensiones de recalificación de sus fincas, 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 aunque la contratación del técnico para ese menester fuere innecesaria, estaríamos en presencia, en su caso, de un vicio del contrato que escapa a lo 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.

Y en cuanto a la inexistencia de firma en el documento, 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 del mismo EA en el que se le contesta al alegante, 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.

**CUARTO.-** En cuanto a la primera alegación de la actora, esta Sala estima que reconociendo que las fincas citadas en el escrito de demanda están dentro de la línea de los 500 metros medidos a partir de la ribera del mar, el planeador en este caso no ha hecho sino dar cumplimiento a lo que disponen los artículos 110 y 133, ambos del Decreto legislativo 1/2004 (TROU), que establece con carácter de mínima esa distancia, y no habiéndose impugnado el POLA se ha de estar a lo dispuesto en el planeamiento que se impugna.

En relación a la segunda alegación de la parte actora, ésta con la demanda aporta solamente, como documento nº 9, copia del zoom del plano de ordenación de tallada POD-SU-SCI-14-27-29 obrante al DVD, alegando que en dicho plano se adviera (sic) la clasificación y grado de los suelos urbanos con los que las referidas fincas se hallan contiguas, pero este motivo no es suficiente para el fin pretendido, pues hace falta que las mismas reúnan los requisitos que la Ley establece para tal calificación de SU, y para ello se ha realizado en estos autos la prueba más idónea que es la pericial que ha sido rendida por el perito insaculado D. <sup>LOPD</sup>, el cual, después de una minuciosa y loable descripción de las fincas litigiosas, indicando las fuentes de que se ha servido, y razonando extensamente acerca de lo preguntado, antes de llegar a sus conclusiones, y de éstas se deduce:

Respecto de la parcela <sup>L</sup>, y a lo que aquí interesa, que las redes de suministro y evacuación de aguas llegan solo hasta el cruce con el camino de las Mimosas, es decir no están al borde de la parcela; que solo podría justificarse la inclusión de parte de la parcela, pero ni se ha demostrado que esté en la malla urbana ni que los servicios sean los suficientes para la urbanización que se debería soportar.

Respecto de las parcelas <sup>LOPD</sup>, no se detectan sobre sus bordes respectivos los suministros de abastecimiento de agua y de evacuación.

La Parcela designada como C) en el plano, no se ha identificado la red de evacuación de aguas borde de la finca.





Las parcelas <sup>LOPD</sup>, no se ha verificado que los servicios que tienen al borde de parcela sean suficientes para servir a la finalidad del suelo que se pretende y el perito solo de manera condicional o incierta, dice que sería justificado incorporar a la malla urbana (luego no está en ella) la parte de finca que cumpliera el parámetro de fondo suficiente, lo que tampoco se sabe, y no sirve para desvirtuar la calificación dada por el PGOU que se impugna.

Tampoco se detecta red de abastecimiento de agua en las parcelas <sup>LOPD</sup>

LO  
DD

La parcela <sup>LOP</sup>, que correspondía a la <sup>LO</sup> anterior, está desligada de la malla urbana, y la <sup>LOP</sup> no tiene red de abastecimiento al borde de la misma ni está integrada en la malla urbana.

Respecto de la <sup>LOP</sup>, dice el perito que solo es trasladable a la malla urbana (luego no está) la parte de la misma que cumpliera con lo dispuesto en los artículos 8.1.59 y 8.1.61 del PGOU, previa comprobación de las capacidades de esos servicios que tienen al borde de parcela, es decir no se han comprobado, luego por esta razones no desvirtúa la resolución recurrida.

En fin, la parcela <sup>LOP</sup>, no dispone de acceso rodado; la <sup>LOP</sup> está desligada de la malla urbana la <sup>LO</sup> carece del servicio de evacuación de aguas, aunque esté en área consolidada para la edificación; y las fincas <sup>LOPD</sup> no están en la malla urbana.

Siendo ello así y entrando a la respuesta a las cuestiones que plantea la demanda, es necesario tomar como punto de partida, en relación con la potestad del planificador, lo que viene reconociendo la jurisprudencia en relación con lo que se ha denominado el "ius variandi", en este caso en relación con la modificación de las previsiones del planeamiento urbanístico que pretende la recurrente.

Para ello nada mejor que retomar lo 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 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", tiene 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.

Con esta cabecera pasamos a responder a los distintos motivos de la demanda en relación a la pretendida falta de justificación de la clasificación y calificación adoptadas, y en concreto a la cuestión de si las fincas está situada en la malla urbana, pues es lo cierto que el artículo 113 del TROTUA establece que "Constituirán suelo urbano:

a) Los terrenos ya transformados por contar con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica.

La existencia de los servicios de acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica sólo dará lugar a la inclusión de un predio en el suelo urbano cuando dichos servicios reúnan las características adecuadas para servir a







la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir, y en particular cuando tengan la capacidad necesaria para soportar una utilización intensa del suelo, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

No tendrán la consideración de suelo urbano los predios situados en núcleos rurales, aunque posean o lleguen a reunir los citados servicios urbanísticos en el grado o con las características propias de los asentamientos rurales, y los terrenos que no estén integrados en una malla urbana.

A los efectos de este Texto Refundido, se considera malla urbana la urbanización básica constituida por unas vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento de que pueda servirse el territorio, sin que esté por su situación completamente desligado del entramado urbanístico ya existente.

Los servicios construidos en ejecución de un sector o unidad de actuación, las vías perimetrales de los núcleos urbanos, las vías de comunicación entre núcleos y las carreteras no servirán de soporte para la clasificación como urbanos de los terrenos adyacentes.

b) Los terrenos que, aún careciendo de alguno de los servicios citados en el epígrafe anterior, estén comprendidos en áreas consolidadas por la edificación al menos en dos terceras partes de su superficie, en la forma que el Plan General de Ordenación determine.

c) Los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo.”

En parecidos términos se expresa el artículo 299 del ROTUA.

Los peritos han informado, como se ha dicho, que la finca tiene todos los servicios y está en la malla urbana, pero si atendemos al informe del perito judicial, en el mismo se indica que el suelo no está transformado, sino que se encuentra en un lento proceso de transformación desde una primitiva actividad rural a un uso residencial; proceso que aún no ha finalizado, por lo que en el entorno de la parcela se observan zonas que aún no han sido edificadas o parceladas; que la tipología de las edificaciones es distinta según su antigüedad, pues unas son viviendas tradicionales rurales, o de tipo de quintana, como pone en evidencia los planos que aporta, y otras son nuevas edificaciones residenciales; y que el área objeto de estudio (no concreta a





qué área se refiere), no se encuentra totalmente colmatado, es decir entendemos que consolidada por la edificación.

Por último, y a lo que aquí verdaderamente interesa, a saber, si las fincas se encuentran en la malla urbana de Gijón, el perito judicial, afirma apodícticamente que de conformidad con el artículo 299 del ROTUA, se puede entender que solo tres de las fincas estudiadas se podrían incorporar a la malla urbana, algunas solo en parte, luego no están en la malla urbana, y además no se ha estudiado si los servicios son suficientes y adecuados a la urbanización del entorno o a la que se desarrollaría si se calificasen como SU.

Y respecto del resto el mismo perito afirma claramente que no está justificada la calificación pretendida de SU.

Concluyendo, y en aplicación de la doctrina antes expuesta, esta Sala considera que la parte actora no ha probado suficientemente que la Administración al planificar haya incurrido en error, o actuado 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.

**QUINTO.-** Por cuanto antecede, procede la desestimación del recurso al ser conforme a Derecho el Acuerdo recurrido en cuanto a las alegaciones en las que la parte actora basa este recurso, sin que concurren 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 vigente a la sazón.

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) Inadmitir el recurso de esta clase interpuesto por la representación procesal de D. LOPD y trece más, al haber desistido D<sup>a</sup> LOPD





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 (PGOU) de dicho Ayuntamiento, solicitando su anulación para que expresamente se declare la no afectación de las fincas LOPD del citado polígono por la expropiación prevista en las unidades de expropiación (sic) del Plan Especial de Protección Paisajística de la Costa Este (PECE).

B) Desestimar lo en cuanto a la pretensión de que se deje sin efecto la calificación de Suelo No urbanizable de Protección de Costa (SNUPC) de las parcelas LOPD del Polígono LOPD; y que se declare con la calificación de Suelo Urbano (SU) las fincas LOPD del mismo polígono; Acuerdo que se declara válido y con todos sus efectos por ser conforme a Derecho.

C) Sin que sea procedente un especial pronunciamiento sobre las 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.

