

Roj: STS 4376/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4376  
Id Cendoj: 28079130052014100298

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 5

Nº de Recurso: 2173/2012

Nº de Resolución:

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: JESUS ERNESTO PECES MORATE

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 2173 de 2012, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de Elizelai, contra la sentencia pronunciada, con fecha 19 de abril de 2012, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 530 de 2009, sostenido por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de Elizelai contra la Orden, de 17 de febrero de 2009, del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales que desestimó la impugnación al Convenio de Colaboración suscrito con el Ayuntamiento de Zarautz para la promoción de viviendas de protección oficial en el Área 12.3 OD Kortazar, y contra la desestimación presunta de los recursos interpuestos contra los Acuerdos, de 30 de julio de 2008, del Ayuntamiento de Zarautz sobre aprobación del convenio de colaboración con el Departamento de Vivienda para promover vivienda protegida y alojamientos dotacionales en el Área Urbanística 12.3 OD Kortazar, y contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zarautz de 30 de julio de 2008, por el que se acordó aprobar definitivamente dicho convenio de colaboración y, en segundo lugar, se aprobó definitivamente la cesión gratuita a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco de las fincas registrales del Área de Kortazar (inmuebles 346-10002 y 346-10003 del Inventario Municipal de Bienes) para la construcción de viviendas sociales en régimen de arrendamiento, habiéndose impugnado también, indirectamente, el Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz en cuanto a las determinaciones que ordenan el área 12-3 OD (Kortazar), aprobado por acuerdo de 13 de febrero de 2008 y publicado en el BOG nº 46 de 5 de marzo de 2008.

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco, el Ayuntamiento de Zarautz, representado por el Procurador Don Enrique de Antonio Viscor, y la entidad mercantil Vivienda y Suelo de Euskadi S.A., representada por la Procuradora Doña Esperanza Azpeitia Calvin.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó, con fecha 19 de abril de 2012, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 530 de 2009, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: QUE DESESTIMANDO EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE ELIZELAI, Y DESESTIMANDO LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DEL PGOU DE ZARAUTZ- ÁREA 12.3 OD KORTAZAR (BOPV DE 5 DE MARZO DE 2008), DEBEMOS MANTENER LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS: -ORDEN DE 17 DE FEBRERO DE 2009 DEL DEPARTAMENTO DE VIVIENDA Y ASUNTOS SOCIALES QUE DESESTIMÓ LA IMPUGNACIÓN AL CONVENIO DE COLABORACIÓN SUSCRITO CON EL AYUNTAMIENTO DE ZARAUTZ PARA LA PROMOCIÓN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL EN EL AREA 12.3 OD-KORTAZAR; -DESESTIMACIÓN PRESUNTA DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS CONTRA ACUERDOS DE 30 DE JULIO DE 2008 DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAUTZ SOBRE APROBACIÓN DEL CONVENIO DE

COLABORACIÓN CON EL DEPARTAMENTO DE VIVIENDA PARA PROMOVER VIVIENDA PROTEGIDA Y ALOJAMIENTOS ROTACIONALES EN EL AREA URBANÍSTICA 12.3 OD-KORTAZAR. EL ACUERDO DEL PLENO DE 30 DE JULIO DE 2008 ACORDÓ APROBAR DEFINITIVAMENTE EL CONVENIO DE COLABORACIÓN; Y, EN SEGUNDO LUGAR, APROBAR DEFINITIVAMENTE LA CESIÓN GRATUITA A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO DE LAS FINCAS REGISTRALES DEL AREA DE KORTAZAR (INMUEBLES 346-10002 Y 345-10003 DEL INVENTARIO MUNICIPAL DE BIENES) PARA LA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS SOCIALES EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO. SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS».

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia se basa en el siguiente fundamento jurídico cuarto: «Entrando en el planteamiento de fondo que se suscita por la Comunidad de Propietarios de Elizelai, el mismo se sustenta en la impugnación indirecta del Plan General de Ordenación Urbana.

»En el fundamento jurídico segundo de esta resolución hemos efectuado un resumen de los argumentos impugnatorios que se sostienen por la parte recurrente. Es preciso indicar que la Ley de Patrimonio de Euskadi ( Decreto Legislativo 2/2007) tiene por objeto establecer el régimen jurídico de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en los términos del artículo 1 , que define el ámbito subjetivo, en el que no están incluidos los Ayuntamientos. Es decir, no es de aplicación al supuesto que nos ocupa.

»El artículo 21.4 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre , tampoco es de aplicación, al no estar incluido en la D.F.2ª. El artículo 2.2 de la Ley 33/2004 establece: 2. Serán de aplicación a las comunidades autónomas, entidades que integran la Administración local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda.

»El artículo 13 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio , por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales establece:

»" Si los bienes se hubieren adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido al mismo y aunque luego dejen de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público."

»El precepto se refiere a bienes adquiridos a título gratuito, sujetos a condición ( artículo 12.2 del RD 1372/86 ). Sin embargo, el precepto tampoco es de aplicación, al supuesto que nos ocupa.

»Los suelos que integran el Área 12.3 OD Kortazar proceden de "cesiones gratuitas" como consecuencia de la actuación urbanística de las antiguas Áreas 18-9 y 18-10 de las antiguas NNSS. Pero el concepto "cesión gratuita" no se identifica con "bienes adquiridos a título gratuito". Las cesiones gratuitas son obligaciones que se imponen por la Ley; mientras que las adquisiciones a título gratuito, proceden de disposiciones voluntarias (donaciones o herencias).

»El artículo 46 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RGU) establece :

» 1. Los propietarios de suelo afectado por una actuación urbanística están obligados a llevar a efecto las cesiones gratuitas de terrenos que establece la Ley del Suelo para cada uno de los tipos y categorías de suelo en los términos que resulten del Plan General y de cada uno de los Planes que lo desarrollen.

» 2. Las cesiones obligatorias y gratuitas en suelo urbano se harán en favor del Municipio y consistirán en la total superficie de terrenos destinados a viales, parques, jardines públicos y Centros de Educación General Básica al servicio del polígono o unidad de actuación correspondiente, según las localizaciones o emplazamientos señalados en el Plan.

»Y el artículo 47 RGU:

» 1. La Administración actuante está obligada a afectar, a los fines previstos en el Plan, el suelo que adquiera como consecuencia del cumplimiento de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios.

» 2. El suelo destinado, según el Plan, a dominio y uso público y los terrenos sobre los que hayan de realizarse edificaciones o instalaciones de servicio público no podrán cambiarse de destino sino por modificaciones del Plan.

» 3. *En todo caso deberá tenerse en cuenta que cuando las superficies de los bienes de dominio y uso público anteriormente existentes fueren igual o inferior a la que resulte como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras. Si tales superficies fueran superiores a las resultantes de la ejecución del Plan, la Administración percibirá el exceso, en la proporción que corresponda, en terrenos edificables.*

» En ejecución de las NNSS de Zarautz, cuando se ejecutaron las Áreas 18-9 y 18-10, se cedieron suelos, en cumplimiento de ésta obligación legal. Son cesiones gratuitas, pero no a título gratuito. Y el régimen jurídico de éstas cesiones es el que se establece en la normativa urbanística.

» Debemos, simplemente, recordar que el artículo 16.a) del RD 2/2008 de 20 de junio, se refiere al deber legal de "a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.

» En las actuaciones de dotación, la entrega del suelo podrá ser sustituida por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística." Y la Ley 2/2006 de 30 de junio, en su art. 25 (Contenido urbanístico de la propiedad del suelo. Deberes en suelo urbanizable y urbano no consolidado) apartado segundo, a) establece la carga de: a) Cesión gratuita al ayuntamiento de todo el suelo y los derechos destinados a viales, parques y jardines públicos, zonas públicas deportivas, de recreo y de expansión, instalaciones públicas culturales y docentes, dotación residencial protegida, en su caso, y de los precisos para la instalación de las demás dotaciones y los servicios públicos previstos por el planeamiento, así como de todo el suelo preciso para la ejecución de los elementos de la red de sistemas generales adscritos a la actuación a efectos de su obtención o ejecución.

» Es decir, los suelos que nos ocupa proceden del cumplimiento de una obligación legal, como cesiones gratuitas impuestas por la legislación urbanística. No se trata de donaciones.

» Afirmado lo anterior, el artículo 47 del RGU que hemos transcrito anteriormente se refería al régimen de afectación de los suelos procedentes de éstas cesiones. Y el art. 105 de la Ley 2/2006, aplicable en ésta Comunidad Autónoma, establece en su apartado primero y último:

» 1.- *Toda revisión o modificación de la ordenación establecida por un plan urbanístico que aumente la edificabilidad urbanística o incremente la intensidad de los usos, distintos de los de las dotaciones públicas, de algún terreno, acuerde la desafección del suelo de un destino público o descalifique terrenos destinados a los usos previstos en el art. 16, deberá contemplar las medidas compensatorias precisas, con los siguientes objetivos y reglas:*

» a) *Justificar que se mantiene la debida calidad urbana en cuanto a dotaciones y suelos protegidos.*

» b) *Considerar las necesidades y las posibilidades de acceso real en el municipio a los usos establecidos como protegidos por la calificación, todo ello conforme a los instrumentos de ordenación territorial.*

» c) *En todo caso, garantizar la mejor realización posible de los estándares legales mínimos de la ordenación.*

» 8.- *La revisión total o parcial del planeamiento estará sujeta exclusivamente a las limitaciones establecidas en el apartado 1 de este artículo.*

» Como resulta tanto del artículo 47.2 del RGU, como del artículo 105.1 de la Ley 2/2006, la desafección de éstos suelos es viable mediante una revisión o modificación de la ordenación urbanística establecida en el plan. En éste caso, se ha efectuado mediante la aprobación de un PGOU. Esta cuestión es relevante porque no se trata de una "modificación puntual" de las NNSS anteriores, sino que la reclasificación de los suelos procedentes de cesión gratuita se ha operado dentro del procedimiento de aprobación definitiva del PGOU.

» La STS JPV de 20.1.10 (rec. Apelación 1024/2007) examinaba ésta cuestión en relación con el artículo 47.3 del RGU.

» Se plantea la relevancia que tiene, en relación con lo que está debatiendo, que los bienes de dominio uso público hayan sido, o no, obtenidos por cesión gratuita en los términos que pasamos a referir, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

» Se ha hecho referencia a distintos pronunciamientos, y la Sala considera en este momento retomar la refundición de la doctrina del Tribunal Supremo que se ha hecho en la sentencia de la Sala Tercera, Sección 5ª, de 3 de junio de 2009, recaída en el recurso 393/2005 EDJ 2009/158133, en la que se retoman distintos pronunciamientos previos, en concreto dos SSTs, la primera dictada en recurso de casación de unificación

de doctrina; de lo que en ella se razonado, en su Fundamento de Derecho Cuarto, se extraen las siguientes conclusiones:

» 1.- De la STS de 6 de septiembre de 2007 EDJ 2007/152467 , en relación con el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística y lo razonado en la sentencia de 20 de julio de 2005 (casación 1758/02) EDJ 2005/139976, que a su vez reitera la de 23 de noviembre de 1993 :

» a) Para que opere la sustitución contemplada en el referido artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística , los bienes de dominio y uso público aportados por el Ayuntamiento deben proceder de cesiones obligatorias y gratuitas como consecuencia de los deberes de cesión obligatoria que, por razones urbanísticas, recaen sobre los propietarios del suelo.

» b) De lo contrario, se conculcaría el principio de equidistribución de beneficios y cargas recogido por el artículo 124.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748 , porque la entrega por el Ayuntamiento de suelo de dominio o uso público, no obtenido como consecuencia del deber urbanístico de ceder gratuitamente suelo que pesa sobre los propietarios, exoneraría a los afectados por el proyecto de reparcelación de su deber de ceder obligatoriamente el suelo necesario para los fines establecidos por la ley, con lo que se beneficiarían, a costa de la Administración actuante, de los bienes que ésta aporta como de dominio y uso público aunque no hubiesen sido obtenidos en virtud de las cesiones obligatorias y gratuitas impuestas legalmente a los propietarios de suelo, mientras que, mediante la solución propugnada por dicho Ayuntamiento y adoptada por esta Sala en la Sentencia transcrita, la Administración actuante obtendrá el aprovechamiento urbanístico atribuido a la superficie de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, que no procedan de cesiones obligatorias y gratuitas por razones urbanísticas, respetándose así el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

» 2.- De la STS de 16 de julio de 2008 EDJ 2008/128246 en relación con los artículos 154.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 (- que no debemos olvidar su texto coincide con el de la Disposición Adicional Primera II.2 de la Ley 5/1998 del Parlamento Vasco aplicable en nuestro supuesto-) y 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística , así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta, recogida, entre otras, en la sentencia de fecha 23 de noviembre de 1993 (-que es la recaída en el recurso 1385/1990-) EDJ 1993/10567 :

» a) Es necesario atender a la forma de obtención de los bienes de dominio y uso público que se aportan al polígono o unidad de actuación de que se trate, y así cuando los mismos no han sido obtenidos por cesión gratuita, el aprovechamiento urbanístico atribuido a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquéllos, mientras que si dichos bienes se obtuvieran en cumplimiento de la referida obligación operará el mandato del artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística con sustitución de unas superficies por otras.

» b) Aunque el artículo 154.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 fue declarado inconstitucional y nulo por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 EDJ 1997/860, lo cierto es que en el mismo se sintetizaba perfectamente la doctrina jurisprudencial que, desde antiguo ( Sentencia de 30 de junio de 1982 y 7 de marzo de 1987 ) había venido a interpretar el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística , y que se ha mantenido inalterada las Sentencias de fechas 23 de noviembre de 1993 (recurso núm. 1385/1990, fundamento jurídico sexto) EDJ 1993/10567, 20 de julio de 2005 (recurso de casación 1758/2002, fundamento jurídico tercero) EDJ 2005/139976, 28 de noviembre de 2006 (recurso de casación 4203/2003, fundamentos jurídicos primero y cuarto) EDJ 2006/345689, 4 de julio de 2007 (recurso de casación 8567/2003, fundamento jurídico cuarto) EDJ 2007/104686 y 5 de diciembre de 2007 (recurso de casación 9975/2003, fundamento jurídico quinto EDJ 2007/243219 ).

» c) Del propio contexto del artículo 47 del Reglamento de Gestión Urbanística y del enunciado del capítulo, en que dicho precepto está incluido: «cesiones obligatorias y aprovechamiento medio», la sustitución a que se refiere dicho precepto se refiere exclusivamente a aquellos bienes de dominio y uso público que hubiesen sido obtenidos como consecuencia del cumplimiento de deberes urbanísticos de cesión gratuita, pues no en vano el apartado 1 del mismo precepto establece que «la Administración actuante está obligada a afectar, a los fines previstos en el Plan, el suelo que adquiera como consecuencia del cumplimiento de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios», para, después, al contemplar las modificaciones del planeamiento, disponer que «en todo caso deberá tenerse en cuenta que cuando las superficies de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, fuesen igual o inferior a la que resulte como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras».

» d) En la sentencia de fecha 20 de julio de 2005 (recurso de casación 1758/2002) EDJ 2005/139976 se declaró que, en definitiva, para que opere la sustitución contemplada en el referido artículo 47.3 del

*Reglamento de Gestión Urbanística , los bienes de dominio y uso público aportados por la Administración deben proceder de cesiones obligatorias y gratuitas como consecuencia de los deberes de cesión obligatoria que, por razones urbanísticas, recaen sobre los propietarios del suelo.*

» e) *Esta interpretación jurisprudencial fue la que claramente dispuso el artículo 154 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 , aunque este precepto por otras razones fue declarado inconstitucional en Sentencia 61/97 del Tribunal Constitucional EDJ 1997/860 , pero en el apartado 2, párrafo primero, de dicho artículo, se establecía que «cuando en la unidad de ejecución existan bienes de dominio y uso público no obtenidos por cesión gratuita, el aprovechamiento urbanístico correspondiente a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquellos», para en el párrafo segundo ordenar que «en el supuesto de obtención por cesión gratuita, cuando la superficie de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, fueran iguales o inferiores a las que resultan como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras. Si tales superficies fueran superiores, la Administración percibirá el exceso, en la proporción que corresponda, en terrenos edificables».*

» d) *El legislador estatal en este precepto vino a aclarar lo que ya dispusiera el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística , aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que de éste se había hecho desde la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 1982 EDL 1978/3109 .*

»Las STS 30.9.11 (rec. 1294/2008 ), y la que en la misma se cita STS de 13 de junio de 2011 (rec. 4045/2009 ), referida ésta última al cambio de uso de una parte de zona verde pública a dotacional educativo, examina la cuestión en relación con los suelos destinados a zonas verdes; y en relación con la Ley de Ordenación urbanística de Andalucía.

»Como resulta de lo expuesto hasta este momento, debemos concluir que la Ley 2/2006, permite la desafección "del suelo de un destino público o descalifique terrenos destinados a los usos previstos en el artículo 16 "- como es el caso- mediante una modificación o revisión de la norma de planeamiento (en éste caso, la reclasificación de produce en el procedimiento de aprobación definitiva del PGOU), con los límites del artículo 105.1 de la Ley 2/2006 .

»Como la demanda parte de una consideración de éstos suelos que debemos rechazar, puesto que no son adquiridos a título lucrativo, y se omite cualquier reflexión en torno a la normativa aplicable, y en concreto, al artículo 105 de la Ley 2/2006 , no puede llegarse a una conclusión respecto de si en el PGOU se adoptan o no las medidas compensatorias, estructurales, para mantener los estándares de calidad, en los términos de dicho precepto. No puede dejar de observarse que tratándose de una impugnación indirecta, no es viable una argumentación dirigida a cuestionar el PGOU por motivos formales. Y la argumentación sostenida por la parte recurrente relativa a la "arbitrariedad y alejamiento de los intereses generales", resulta insuficiente para sostener un pronunciamiento de nulidad del PGOU, cuando precisamente la Ley 2/2006, como explica en su E.M. trata de configurar un marco de corresponsabilidad institucional del Gobierno Vasco y de los Ayuntamientos en materia de vivienda protegida, establece unos estándares y cuantías mínimas de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública ciertamente significativos (artículo 80), que expresan el interés de la propia legislación urbanística al respecto. Como hemos expuesto, la reclasificación del ámbito se incluye en el PGOU, que es una norma de planeamiento con capacidad normativa suficiente para efectuarla, siempre que se cumplan los límites del artículo 105 de la Ley 2/2006 . La cuestión es, sin embargo, que el recurrente obvia esta regulación, y no se aporta ningún elemento probatorio que permita afirmar que no se cumplen, en los términos previstos legalmente, los límites contemplados en el artículo 105.1 de la Ley 2/2006 . Debemos añadir que, según se explica por el Ayuntamiento, en su escrito de contestación a la demanda, la parcela de equipamiento contemplada en las NNSS/94 no fue ejecutada, y el solar ha estado vacante durante más de 20 años, constanding en el Anexo VI la memoria del PGOU. Expresamente se indica que la recalificación de dos parcelas de equipamiento para construir viviendas sometidas a algún régimen de protección pública (Kortazar y antiguo colegio Santa Ana) se compensa en el propio suelo urbano mediante la calificación de cerca de 24.000 m2 en Salberdín y Heogalde para equipamientos culturales, docentes, deportivos y alojamientos dotaciones (véanse f. 791 y ss). El PGOU, por lo tanto, se refiere expresamente a ésta cuestión, aportando una justificación en su memoria, que no ha sido desvirtuada con prueba en contrario. No existen, en definitiva, datos fácticos para sostener que la decisión del planificador vulnera el artículo 105.1 de la Ley 2/2006 . Y como hemos expuesto, la argumentación jurídica sostenida en la demanda se asienta en presupuestos erróneos, al confundir cesiones gratuitas, con adquisiciones a título gratuito.

»En cuanto a la alegación de desviación de poder, la misma guarda relación con la motivación que pudiera sostenerse en el PGOU. Pero, en todo caso, la alegación de desviación de poder no puede limitarse

a afirmar que no resultaría necesario reclasificar estos suelos para mantener el estándar de reserva de suelo impuesta legalmente, sin que la alegación venga respaldada por una prueba concluyente al efecto, que permitiera sostener que el planificador ha apreciado incorrectamente los hechos, o ha actuado arbitrariamente, y al margen de la ordenación estructural contenida en la norma de planeamiento general aprobada».

**TERCERO** .- En el fundamento jurídico quinto, la Sala de instancia continúa declarando que: «Bajo la rúbrica "nulidad de pleno derecho del convenio recurrido y de la cesión-trampa que lo condiciona", se contienen una serie de argumentos. En primer lugar, se alega que las parcelas cedidas al Gobierno Vasco son insuficientes para legitimar la construcción. Pero el Acuerdo impugnado es el convenio, y no son objeto del recurso contencioso-administrativo si se está o no incumpliendo. En segundo lugar, se invocan los *artículos 111, 113 y 115 y 118 de la Ley 2/2006*, sosteniendo una argumentación en la que subyace la consideración que, en opinión de la Sala, incorrectamente sostiene el recurrente sobre la naturaleza y régimen jurídico de los suelos procedentes de cesiones gratuitas como consecuencia de un proceso de transformación urbanística. En tercer lugar, se hace referencia a actuaciones posteriores, como la licencia "posteriormente otorgada", que no es objeto de éste recurso, y se insiste en el argumento central que hemos examinado en el fundamento jurídico precedente, invocando el *artículo 13 del Reglamento de Bienes*, que ya hemos indicado que no es de aplicación al caso concreto.

»Finalmente se alega que el convenio se asienta en "graves infracciones urbanísticas", con invocación del *artículo 225.1.a)* y *artículo 226.1.a)* de la *ley 2/2006*. Toda su argumentación se asienta en desconocer que existe una norma de planeamiento general aprobada, y que, como hemos indicado, dentro de los límites legalmente previstos es posible la modificación de las determinaciones urbanísticas contenidas en las NNSS anteriores. En cuanto a la alegación de responsabilidad penal, simplemente debemos indicar que la Sala no aprecia ninguna razón para sostener una deducción de testimonio, puesto que, como resulta de los fundamentos jurídicos precedentes, debemos desestimar el recurso interpuesto».

**CUARTO**.- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la Comunidad de Propietarios demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante diligencia de ordenación, de fecha 16 de mayo de 2012, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**QUINTO**.- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron, ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco, el Ayuntamiento de Zarautz, representado por el Procurador Don Enrique Antonio Viscor, y la entidad mercantil Vivienda y Suelo de Euskadi S.A., representada por la Procuradora Doña Esperanza Azpeitia Calvin, y, como recurrente, la Comunidad de Propietarios de Elizelai, representada por el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, quien, con fecha 28 de junio de 2012, presentó escrito de interposición de recurso de casación.

**SEXTO** .- El recurso de casación sostenido por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de Elizelai se basa en ocho motivos, esgrimido el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción y los demás al del apartado d) del mismo precepto; el primero por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia omisiva con vulneración de lo establecido en los artículos 67.1 y 70.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, e infracción también de lo dispuesto en los artículos 103.1 de la Constitución y 57 de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, en cuanto omite que el Tribunal Supremo estimó los recursos de casación deducidos frente a la negativa de la Sala de instancia a adoptar la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los acuerdos impugnados, y omite también dar respuesta a la cuestión planteada acerca de la insuficiencia de las parcelas cedidas por el Ayuntamiento para legitimar la construcción de viviendas protegidas; el segundo motivo de casación denuncia la vulneración por la sentencia recurrida de lo establecido en los artículos 39.2 de la Ley de Patrimonio de Euskadi 24.4 y Disposición Transitoria segunda de la Ley Estatal de Patrimonio de las Administraciones Públicas y 13 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, al no haberse respetado los preceptos contenidos en dichos artículos en la cesión de las parcelas por no cumplirse la condición impuesta al haberse cedido éstas antes de transcurrir treinta años, según lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial en las sentencias que se citan y transcriben; en el tercero se asegura que la Sala de instancia ha conculcado lo establecido en los artículos 186 y 187 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, 88 de la Ley 30/1992, 57.3 de la Ley del Suelo de 1976 y 6.3 del Código civil, ya que el convenio celebrado entre el Ayuntamiento y la Administración autonómica contradice

las reglamentaciones de carácter imperativo y se ha llevado a cabo en beneficio de la Administración y en contra de los particulares, que ha propiciado el otorgamiento de licencias contrarias al ordenamiento jurídico, habiéndose producido, a su vez, una **reserva de dispensación** que comporta, según la doctrina jurisprudencial, la nulidad de pleno derecho; el cuarto por haberse vulnerado con la sentencia recurrida lo dispuesto en los artículos 3 y 12 de la Ley del Suelo de 1976 , 67 del Reglamento de Disciplina Urbanística , 103.1 de la Constitución , 88 de la Ley 30/1992 , 74 y 76 del Real Decreto Ley 781/1986, de 18 de abril , por nulidad de la modificación de las Normas Subsidiarias llevada a cabo por el Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz, ya que, al urbanizarse, reparcelarse y construirse las áreas 18-9 y 18-10 del Polígono 18, fueron cedidos 8.301 metros cuadrados, de los que 4.750 metros cuadrados eran para equipamiento y servicios públicos, así como para espacios libres complementarios, y 3.551 metros cuadrados para viales y zonas verdes, en los que con la referida modificación, convenio y cesión, ahora impugnados, se pretenden edificar 150 viviendas, 15 trasteros y 150 garajes; el quinto por haberse infringido lo establecido en los artículos 46 , 47 y 57 del Reglamento de Gestión Urbanística , 83.3 y 120 de la Ley del Suelo 1976 , 154 de la Ley del Suelo de 1992 y 16 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio , debido a que las cesiones realizadas en su día gratuitamente estaban sujetas a condición o modalidad de su afectación a determinados destinos, que sólo se debe considerar cumplida cuando, al menos, durante treinta años hubiesen servido a dicho destino, lo que no es el caso que nos ocupa, cesiones que han de servir al polígono o unidad de actuación para los que fueron cedidos, sin que se hayan cumplido, en contra de lo que declara la Sala de instancia, las medidas compensatorias al servicio del Polígono o Unidad de Actuación que exige el artículo 105.2 de la Ley autonómica vasca 2/2006, incumplándose con ello las reservas mínimas de espacios libres y zonas verdes; el sexto por haber vulnerado la Sala sentenciadora lo establecido en los artículos 70.2 de la Ley de esta Jurisdicción , en relación con los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución , 63.1 de la Ley 30/1992 , y 9.3 de la Constitución , ya que el planificador ha actuado arbitrariamente y al margen de la ordenación urbanística, ya que se han agregado ilegalmente a la parcela Kortazar los viales y zonas verdes de dominio y uso público que la delimitan o se encuentran cerca, a pesar de que el volumen edificable había sido consumido con la construcción de las viviendas en las Áreas 18-9 y 18-10, que, después de utilizar tal volumen, cedieron esos viales y zonas verdes al Ayuntamiento para el uso y servicio público; el séptimo por haberse vulnerado con la sentencia recurrida lo establecido en los artículos 57 , 79.2 y 3 y 80.1 de la Ley 7/1985 , 74 del Real Decreto Ley 781/1986 , 3 , 4 y 5 del Reglamento de Bienes , 45 , 57 , 120.2 , 225 y 226 de la Ley del Suelo de 1976 , 51 a 57 del Reglamento de Disciplina Urbanística , 225.2 de la Ley del Suelo de 1992 y 10.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de junio , por ser el convenio celebrado entre el Ayuntamiento y la Administración de la Comunidad Autónoma inviable porque, limitada la cesión a 4.750 m<sup>2</sup>, no puede ocupar una parcela que necesita 8.301 m<sup>2</sup> de superficie, para lo que tratan de ocupar las semicalles y zonas verdes de los viales circundantes, que son bienes de dominio y uso público, que tiene carácter inalienable, y la Administración urbanística tiene el deber de afectar el suelo procedente de las cesiones al destino previsto en los Planes, sin que sea correcto afirmar que se puedan cambiar unas zonas por otras, ya que la parcela cedida está en pleno centro urbano mientras que las zonas de Salberdín y Hegoalde están muy alejadas del casco urbano y sin urbanizar, suprimiéndose las únicas zonas verdes del Polígono 18, que queda así privado de las parcelas de dominio público cedidas por los vecinos; y el octavo por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto concordadamente en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución , 225 y 226.2 de la Ley del Suelo de 1976 , 252.2 , 255 y 262 de la Ley del Suelo de 1992 , 51 , 53 y 54 del Reglamento de Disciplina Urbanística por incurrir los actos impugnados en graves infracciones urbanísticas, ya que, al aprobarse el nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz, se han traspasado claramente los límites racionales de la discrecionalidad por carecer de la necesaria justificación y resultar lesivo para el interés general al hacerse desaparecer espacios libres y zonas verdes, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se declaren contrarios a derecho y, por tanto, nulos, los acuerdos del Ayuntamiento de Zarautz de 30 de julio de 2008 y las resoluciones del Gobierno Vasco de aprobación y de publicación del Convenio de Colaboración suscrito con el Ayuntamiento de Zarautz y la Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales de 17 de febrero de 2009.

**SEPTIMO.-** Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se recibieron las actuaciones en esta Sección Quinta de la Sala, convalidándose las practicadas, de las que se dio traslado a las respectivas representaciones de los comparecidos como recurridos para que, en el plazo de treinta días, formalizasen por escrito su oposición al recurso de casación, lo que llevó a cabo la representación procesal de la empresa pública Vivienda y Suelo de Euskadi S.A. con fecha 5 de diciembre de 2012, el representante procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco con fecha 12 de noviembre de 2012, y el representante procesal del Ayuntamiento de Zarautz con fecha 7 de diciembre de 2012.

**OCTAVO .-** La representación procesal de la entidad pública Vivienda y Suelo de Euskadi S.A. se opone al recurso de casación porque la sentencia recurrida no es incongruente porque no haya aludido a las

resoluciones pronunciadas en la pieza separada de **medidas cautelares**, y la cesión, objeto del convenio impugnado, se ha realizado sobre parcelas edificables y no sobre viales y zonas verdes, aunque el suelo hubiese sido cedido en su día como consecuencia de deberes urbanísticos de cesión gratuita, ya que dicho suelo había sido desafectado en virtud de destino fijado en el nuevo Plan General de Ordenación Municipal aprobado, resultando el resto de los motivos de casación genéricos sin concreción alguna, que se limitan a repetir lo alegado en la instancia, terminando con la súplica de que se desestime el recurso de casación con imposición de costas a la recurrente.

**NOVENO** .-La representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma, comparecida como recurrida, se opone al recurso de casación porque la Sala de instancia ha dado cumplida respuesta a todas y cada uno de las cuestiones planteadas por la recurrente, y, en cuanto a la impugnación indirecta del Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz, en lo que se refiere a las previsiones relativas al área 12.3 OD Kortazar, dicho Plan no merece reproche alguno y así cuenta con un informe favorable tanto en lo relativo a los estándares de viviendas protegidas como en lo que respecta a equipamientos y espacios libres, y, como lo declaró el Tribunal *a quo*, el planificador no ha incurrido en infracción de precepto legal, en arbitrariedad, en negación de los intereses generales ni en desviación de poder, siendo afirmaciones gratuitas las realizadas por la recurrente, mientras que los suelos cedidos al ejecutar las Áreas 18.9 y 18.10 son cesiones gratuitas impuestas por la normativa urbanística y no cesiones a título gratuito, de modo que no se trata de donaciones, habiéndose aprobado la recalificación de los suelos procedentes de cesión gratuita en un procedimiento de aprobación definitiva de un nuevo Plan General de Ordenación Urbana y no en una mera modificación de las anteriores Normas Subsidiarias, estableciendo la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco que los terrenos y derechos adquiridos en ejecución del planeamiento urbanístico, en concepto de cesión gratuita de edificabilidad y para dotaciones públicas, integran el patrimonio municipal del suelo, los que preferentemente se destinarán a la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, permitiendo que los bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo se enajenen directamente cuando la enajenación se derive de convenios entre Administraciones públicas, sin que se pueda eludir que se trata de una impugnación indirecta y no cabe examinar si se adoptaron o no las medidas compensatorias o estructurales para mantener los estándares de calidad en los términos que establece el artículo 105 de la citada Ley del País Vasco 2/2006, como indica la sentencia recurrida, resultando insuficiente la alegación acerca de la arbitrariedad y alejamiento de los intereses generales para sostener un pronunciamiento de nulidad del Plan General cuando lo cierto es que con su aprobación se trata de promover vivienda protegida, siendo el Plan General una norma con capacidad suficiente para recalificar un determinado ámbito siempre que se cumplan los límites del artículo 105 de la Ley 2/2006, sin que la recurrente haya aportado elemento probatorio alguno demostrativo de que no se cumplan dichos límites, mientras que, como se recoge en la Memoria del nuevo Plan General, la parcela destinada a equipamiento no fue ejecutada y el solar ha estado vacante durante más de veinte años, y, además, la recalificación de las dos parcelas de equipamiento para construir viviendas sometidas a un régimen de protección pública se compensa en el propio suelo urbano mediante la calificación de cerca de 24.000 m<sup>2</sup> en Salberdin y Hegoalde para equipamientos culturales, docentes, deportivos y alojamientos dotacionales, con lo que se aporta una justificación que no ha sido desvirtuada mediante prueba en contrario, por lo que no existen datos fácticos para sostener que la decisión del planificador vulnera el artículo 105.1 de la Ley 2/2006, recalificación que permitió suscribir el convenio interadministrativo de colaboración entre el Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Zarautz, cuyo objeto es establecer un programa de promoción de vivienda protegida, entre otros, en el área 12.3 OD Kortazar, convenio que contiene una serie de cláusulas que garantizan el destino de las viviendas sociales, objetivos que fueron objeto de alegaciones en la fase de tramitación del Plan General de Ordenación Urbana, que fueron realizadas con los argumentos expresados por el Servicio de Urbanismo, Planificación y Medio Ambiente, que se transcriben literalmente, y, en cuanto a la alegada edificabilidad abusiva, la propuesta de optimizar el suelo urbano sin necesidad de crear nuevos suelos urbanizables fue destacada como muy positiva en el informe de impacto ambiental, y por lo que se refiere a la desaparición de zonas verdes y espacios libres, la apuesta por optimizar los espacios urbanos y crear estructuras urbanas densas y compactas no se ha hecho a costa de perder equipamientos y espacios libres, pues la recalificación de las dos parcelas Kortazar y Aldapeta, de 8.000 m<sup>2</sup>, se compensa con la calificación de 24.000 m<sup>2</sup> de suelo urbano en Salberdin y Hegoalde para equipamientos culturales, docentes, deportivos y alojamientos dotacionales, sin que el hecho de que no hayan transcurrido 30 años desde la cesión sea un obstáculo legal a la recalificación, ya que se está ante cesiones gratuitas derivadas de deberes urbanísticos que tuvieron como contrapartida unas edificabilidades que permitieron construir los edificios de Laurgain y Elizelai, cuyas comunidades de propietarios no ostentaron titularidad de la parcela en cuestión, sin que en el Convenio ni en la Orden desestimatoria de la impugnación contra el mismo se atisben las infracciones que denuncia la recurrente, reiterando la necesidad de diferenciar entre cesiones gratuitas de las donaciones a título gratuito,



dado que aquéllas proceden del cumplimiento de un deber legal impuesto por la legislación urbanística, por lo que su desafectación es viable mediante la revisión o modificación del planeamiento urbanístico, como ha sucedido en este caso a través de la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana, y, en cuanto a la alegada desviación de poder, no se ha demostrado que exista sin que sea suficiente con afirmarla por el hecho de que se haya recalificado un suelo, desconociendo la recurrente la doctrina jurisprudencial acerca de la revisión de los instrumentos de planeamiento, amparado por el *ius variandi*, según se recoge en la sentencia de esta Sala de fecha 14 de febrero de 2007, al estar debidamente justificado el cambio de planeamiento por la necesidad de construir viviendas de protección oficial, ignorando la recurrente que existe una norma de planeamiento general aprobada y que, dentro de los límites legalmente previstos, es posible la modificación de las determinaciones urbanísticas contenidas en el planeamiento anterior, terminando con la súplica de que se desestime el recurso de casación con imposición de costas a la recurrente.

**DECIMO.** - El representante procesal del Ayuntamiento comparecido como recurrido se opone al recurso de casación ya que la sentencia recurrida no incurre en incongruencia omisiva por no hacer referencia a las **medidas cautelares**, mientras que en dicha sentencia se abordan las demás cuestiones planteadas en la demanda, aunque la respuesta no haya sido del agrado de la Comunidad de Propietarios recurrente, sin que las cesiones llevadas a cabo en cumplimiento de los deberes urbanísticos sean equiparables a las donaciones, por lo que la conclusión a que llegan los recurrentes es errónea, y, además, los suelos procedentes de las antiguas áreas 18-9 y 18-10, que forman parte del actual Área 12-3 del Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz nunca tuvieron la calificación de zonas verdes y espacios libres sino que fueron cedidos para equipamiento edificable y así se recoge en la escritura pública de cesión, sin que se trate de cesión modal sino de una cesión urbanística cuando la Comunidad de Propietarios recurrente ni existía, cesiones a cambio de las que los propietarios obtuvieron las edificabilidades urbanísticas que les permitieron construir sus actuales edificios de Laurgain, y si bien, durante la vigencia del planeamiento deberá respetarse el destino de las cesiones, una vez aprobado un nuevo planeamiento general, éste puede alterar dicho destino, como ha declarado la doctrina jurisprudencial, careciendo de razón la recurrente cuando afirma que el convenio interadministrativo no justifica un interés general a pesar de que su finalidad no es otra que hacer frente a la necesidad de viviendas protegidas para los sectores más jóvenes de la población, como evidencia el censo con mil personas inscritas en espera de vivienda, y el destino de algunas para discapacitados intelectuales y situaciones de emergencia social, y, por consiguiente, la preocupación municipal no es extraña sino que entra dentro de sus competencias para dotar a la población más desfavorecida de una vivienda digna a través de un alquiler social, y, aunque vecinos de Elizelai, durante el periodo de información pública, hicieron alegaciones en contra, la Corporación acordó desestimarlas y confirmar Kortazar como ámbito de ordenación definida para vivienda protegida, siendo la oposición de los vecinos de Elizelai puramente elitista en defensa de sus intereses muy alejados del interés general que persigue la decisión municipal de destinar el suelo dotacional en el anterior planeamiento general a suelo residencial para vivienda protegida, y así lo aprobaron ambas Corporaciones locales sucesivas, con el acuerdo unánime de todos los grupos políticos al aprobar el nuevo Plan General el 13 de febrero de 2008, mientras que la recurrente no ha aportado la más mínima prueba del incumplimiento de los requisitos previsto en el artículo 105.1 de Ley 2/2006, y, por el contrario, como se declara por la Sala de instancia, en la Memoria se expresa que la parcela de equipamiento recalificada estuvo vacante durante más de veinte años y la recalificación de las dos parcelas (Kortazar y antiguo colegio Santa Ana) se compensa mediante la calificación en suelo urbano de cerca de 24.000 m<sup>2</sup> en Salberdín y Hegoalde para equipamientos culturales, docentes, deportivos y alojamientos dotacionales, con lo que, según declara la Sala de instancia, el nuevo Plan General aporta una justificación del cambio de calificación, que no ha sido desvirtuado por prueba de contrario, por lo que no existen datos fácticos para sostener que la decisión del planificador vulnera el artículo 105.1 de la Ley 2/2006, pues, en contra de lo alegado por la recurrente, no se ha suprimido zona verde alguna, pues el proyecto incide sobre la antigua parcela de equipamiento de 4.755 m<sup>2</sup>, respetándose las determinaciones de edificabilidad urbanística sobre rasante del Plan General y las de la Ley del Suelo, mientras que el carácter de suelo urbano consolidado o no consolidado es indiferente para dilucidar la cuestión objeto de debate, tratándose de presentar estructuras urbanas densas, compactas y complejas, lo que evita un mayor impacto ambiental, como se recoge en el informe emitido al respecto por la Viceconsejería de Medio Ambiente, sin que la apuesta por optimizar los espacios urbanos y crear estructuras urbanas densas y compactas se haya realizado sacrificando equipamientos y espacios libres, pues, como se ha dicho, la recalificación de las dos parcelas (Kortazar y Aldapeta) para construir viviendas se ha compensado en el propio Plan mediante la calificación de unos 24.000 m<sup>2</sup> de suelo urbano en Salberdín y Hegoalde para equipamientos, y los 8.300 m<sup>2</sup> del área de Kortazar nunca tuvieron la condición de parque o zona verde sino que su destino fue el de equipamiento público (sin definir) y espacios libres complementarios (los espacios remanentes no edificadas sobre rasante y vinculados a la propia parcela de equipamiento), y, por lo demás,

el Plan General propone la creación de dos nuevos grandes parques en Irita y Salberdin (alrededor de 22.000 m<sup>2</sup>), además de ampliar el de Iñurritza (contiguo al edificio de Elizelai) a 14.000 m<sup>2</sup> y del gran espacio libre lineal que se abrirá al sur de Elizelai junto a Lapurdi Kalea como consecuencia del soterramiento de la vía férrea, habiéndose producido en Kortazar un cambio de destino como consecuencia de una recalificación urbanística dentro de un expediente de Revisión del Planeamiento General que sustituye al anterior plan por uno nuevo, por más que no hubiesen transcurrido treinta años, de modo que no ha existido una desafectación de bienes de dominio público, cediéndose exclusivamente la parcela destinada a edificación y no el resto de superficie destinada a viario, zonas verdes, viales, aceras etc., que completan la totalidad de la parcela 12-3 Kortazar, y, por tanto no existe arbitrariedad ni desviación de poder pues no se cede ni un metro cuadrado de espacio verde sino que éste aumentará de llevarse a cabo la ejecución del nuevo planeamiento, por lo que es incierto que se prive al municipio de un importante espacio libre porque los suelos del área de Kortazar nunca han tenido tal calificación, y así terminó con la súplica de que se desestime el recurso de casación y se impongan las costas a la recurrente.

**UNDECIMO** .- Formalizadas las oposiciones al recurso de casación interpuesto, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 30 de septiembre de 2014, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El prolijo resumen que acabamos de hacer en los antecedentes de hecho de los planteamientos de las partes comparecidas en este recurso de casación, nos permite ahora en los fundamentos cumplir el principio conceptista, acuñado por el clásico más representativo de ese estilo literario, de *"más vale quintaesencia que farragos"*, al que trataremos de ser fiel con la finalidad de aportar claridad en este abigarrado pleito que enfrenta a unas Administraciones con los vecinos de un concreto ámbito de la villa ordenada urbanísticamente por ellas.

El conflicto se ciñe al hecho de haberse destinado, al aprobarse un nuevo Plan General de Ordenación Urbana de la villa guipuzcoana de Zarautz, el suelo que había sido cedido gratuitamente, en cumplimiento de los deberes de cesión impuestos a los propietarios de terrenos por el ordenamiento urbanístico, para equipamientos y espacios libres a la construcción de viviendas de protección oficial, a cuyo fin, una vez aprobado definitivamente el nuevo Plan General, el Ayuntamiento de Zarautz y la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco suscribieron un convenio.

La comunidad de propietarios demandante en la instancia, y ahora recurrente en casación, impugnó directamente el referido convenio celebrado entre las indicadas Administraciones Públicas e indirectamente el Plan General de Ordenación Urbana que recalificó el suelo cedido para equipamientos y espacios libres destinándolo a la construcción de viviendas de protección oficial.

Las pretensiones de la comunidad de propietarios demandante aparecen perfectamente expresadas en su demanda y en el escrito de conclusiones formuladas en la instancia pero desdibujadas en el escrito de interposición del recurso de casación, en el que ha desaparecido la primera de las contenidas en aquéllos, relativa a la nulidad de la recalificación del Ámbito 12-3 OD Kortazar del nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz, aunque de la articulación de los diferentes y heterogéneos motivos de casación que esgrime se desprende que persiste en tal pretensión y así lo han entendido los comparecidos como recurridos ante este Tribunal de Casación.

**SEGUNDO** .- De los extensos y confusos ocho motivos de casación que invoca la representación procesal de la comunidad de propietarios recurrente, el primero se basa en el quebrantamiento de las reglas reguladoras de las sentencias y los demás en infracción de ley y jurisprudencia, si bien en éstos se citan y repiten una serie de preceptos diferentes que dificultan la comprensión de cada uno de ellos, siendo nuestro deber jurisdiccional descubrir su significado para darles respuesta.

**TERCERO** .- Comenzando, como es lógico, por el primero basado en el quebrantamiento de forma, no apreciamos la denunciada incongruencia omisiva de la sentencia por el hecho de que en ésta no se aborden las cuestiones planteadas en el incidente de **medidas cautelares** ni se aluda a las resoluciones que lo pusieron fin, pero tampoco se puede tachar a la sentencia recurrida de incongruente por no haber examinado los motivos de nulidad del convenio interadministrativo recurrido y de la cesión de las parcelas para construir viviendas de protección oficial.

Es evidente que el Tribunal sentenciador ha rechazado todos y cada uno de los argumentos utilizados por la comunidad de propietarios recurrente en sus impugnaciones indirecta del nuevo Plan General y directa del convenio y de las cesiones, como se deduce de la lectura de los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, transcritos en los antecedentes segundo y tercero de esta nuestra, razón por la que el primer motivo de casación debe ser desestimado.

**CUARTO** .- En el resto de los motivos de casación, la representación procesal de la comunidad recurrente, como apuntan los recurridos, elude discutir abiertamente la razón de decidir dada por la Sala sentenciadora, que no es otra que lo establecido por el artículo 105 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, promulgada por el Parlamento del País Vasco, que entró en vigor el 20 de septiembre de 2006, unido a que, asegura dicha Sala, el nuevo Plan General de Ordenación Urbana, indirectamente impugnado, contiene en su Memoria la justificación del cambio de calificación del suelo gratuitamente cedido, en su día, para equipamiento y espacios libres, omisión que ha de achacarse a esa doctrina jurisprudencial según la cual no cabe discutir en casación la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico llevada a cabo por las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.

Esta circunstancia obliga a la representación procesal de la recurrente a una prolija invocación de preceptos estatales que considera infringidos, aún cuando la realidad es que el núcleo de su discrepancia con la sentencia recurrida está en lo que se expresa en uno de los párrafos con que se articula el motivo de casación quinto, al afirmar literalmente que « *No se respetan tampoco, en este caso, los límites que a las revisiones del PGOU impone el artículo 105.1 de la L.S. 2/2006, pues no se establece medida compensatoria alguna al servicio del Polígono o Unidad de Actuación Urbanística, pues se incrementa abusivamente la edificabilidad de la Parcela y del Polígono 18, ya colmatados por las edificaciones de las doce áreas edificables del Polígono 18* ».

Esta impugnación de la sentencia recurrida y del Plan General de Ordenación Urbana la han captado perfectamente las representaciones procesales de la Administración de la Comunidad Autónoma y del Ayuntamiento de Zarautz cuando, al oponerse al recurso de casación, insisten en que « *la propuesta de optimizar las posibilidades del suelo urbano sin apenas crear nuevos suelos urbanizables fue destacada como muy positiva en el informe definitivo de impacto ambiental del Plan General emitido por la Viceconsejería de Medio Ambiente del Gobierno Vasco (19 de septiembre de 2007) que concluyó que ".....en el PGOUZ se recoge suficientemente el contraste de sus objetivos y criterios con instrumentos en pro de la sostenibilidad del municipio ....incorporando para ello medidas dirigidas a fomentar estructuras urbanas densas, compactas y complejas ....."* ».

Ambas Administraciones recurridas, y también la empresa pública Vivienda y Suelo de Euskadi S.A., al oponerse al recurso de casación, invocan repetidamente el contenido del referido artículo 105 de la Ley del País Vasco 2/2006, porque es, en definitiva, en el que se asienta la razón de decidir de la Sala sentenciadora.

Cabría plantearse si, al basarse la decisión jurisdiccional en la interpretación y aplicación de un precepto propio de una Comunidad Autónoma, este Tribunal de Casación, que es el Tribunal Supremo de España, nada tiene que decir, pero tal planteamiento, como después explicaremos, no es exacto.

**QUINTO** .- No cabe duda que todos los preceptos citados como infringidos en cada uno de los motivos de casación tendentes a identificar las cesiones gratuitas, derivadas del cumplimiento del deber urbanístico de cesión que pesa sobre los propietarios del suelo al acometerse actuaciones o desarrollos urbanísticos, con las cesiones a título gratuito o donaciones realizadas en favor de las Administraciones Públicas no son aplicables, por lo que las diversas infracciones denunciadas por la representación procesal de la recurrente de tales preceptos deben ser rotundamente desestimadas.

**SEXTO** .- También debemos desautorizar la tesis de la comunidad de propietarios recurrente tendente a perpetuar el destino del suelo cedido para equipamientos o espacios libres aún cuando se revise el planeamiento general o se apruebe un nuevo Plan General de Ordenación Urbana, sin necesidad, para ello, de que repitamos ahora la copiosa doctrina jurisprudencial relativa al *ius variandi* de la Administración urbanística.

Es, por consiguiente, posible y admisible jurídicamente que la Administración, al aprobar un nuevo planeamiento general, altere o cambie, en uso de su discrecionalidad, el destino de los suelos que, conforme al planeamiento anterior, fueron cedidos gratuitamente, en cumplimiento de sus deberes urbanísticos, por los propietarios para equipamiento o espacios libres, siempre que se haga dentro de los límites legalmente establecidos y se justifique debidamente, teniendo en cuenta también lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado **principio de no regresión planificadora en materia de zonas verdes y suelos protegidos**.

En consecuencia, todos los motivos y argumentos esgrimidos por la representación procesal de la recurrente, tendentes a impedir que la Administración urbanística cambie o altere el destino del suelo cedido para equipamientos y espacios libres, no pueden tampoco prosperar.

**SEPTIMO** .- Sin embargo, la representación procesal de los recurrentes, de forma tangencial en varios de los motivos que invoca y de lleno en los motivos de casación sexto y octavo sostiene que la Administración urbanística, al recalificar en el nuevo Plan General aprobado el suelo cedido gratuitamente conforme al planeamiento anterior para equipamiento y espacios libres para destinarlo a uso residencial y construcción de viviendas de protección oficial, dando así cobertura al convenio después celebrado entre ambas Administraciones recurridas, ha traspasado los límites racionales de la discrecionalidad y ha celebrado lo que denomina un convenio trampa, vulnerando con ello, entre otros preceptos, lo establecido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución , que, a su vez, han sido infringidos por la Sala de instancia al no llevar a cabo el control que le compete de la actuación administrativa ex artículo 106.1 de la propia Constitución .

Este planteamiento acerca del uso arbitrario e injustificado de la discrecionalidad administrativa fue rechazado por la Sala de instancia, por lo que examinaremos seguidamente si es acertada o no la tesis mantenida por el Tribunal *a quo* o la que, a través de la invocación de distintas infracciones, sostiene la recurrente en casación, ya que tal cuestión, como apuntamos anteriormente, es plenamente revisable en casación por este Tribunal Supremo.

**OCTAVO** .- Hemos de recordar, pues no lo hemos transcrito en los antecedentes, que la Sala de instancia, en el fundamento primero (nueve últimos párrafos) declara: « *En el Área 18.10 se contemplaba la creación de una franja de parque público, a lo largo de la vía del ferrocarril de 1.700 m2, creación de unos jardines públicos frente a la ikastola, de 1.600 m2, creación de una franja de zona verde, entre los edificios existentes en Gipuzkoa Kalea y la nueva edificación de 750 m2, de cesión gratuita una vez urbanizado (apartado 7.4). Según el Proyecto de Reparcelación se adjudicaron al Ayuntamiento de Zarautz las siguientes parcelas:*

»- *PARCELA A de 195 m2, con uso global de equipamiento y servicio público (a agrupar con la parcela procedente del Área 18-9, de 4.750 m2).*

»- *PARCELA B de 2.580 m2, con uso global de parque y zona verde de dominio y uso público.*

»- *PARCELA C superficie total de 4.153,78 m2, con uso global de sistema local viario y sistema verde residual. En concreto, 857,78 m2 pasan a configurar parque lineal entre Lapurdi kalea y la vía del ferrocarril.*

»*En el BOG núm. 46 de 5 de marzo de 2008, se publicó el Acuerdo de 13.2.08 de aprobación definitiva del PGOU de Zarautz. En el apartado 12.12.4 se contemplan las determinaciones del Área 12-3. Ámbito de ordenación definida-OD- Kortazar. Se indica que " El área 12-3 (OD KORTAZAR-) tiene una superficie de aproximadamente 8.301 m<sup>2</sup> que se corresponde en su mayor parte con una parcela de titularidad municipal ubicado entre las calles Gipuzkoa, Lapurdi, Kortazar y Mintegi que estaba calificado como de equipamiento sin destino específico por el planeamiento anterior." Y se define el objetivo urbanístico: "Como objetivo urbanístico para esta área se plantea el aprovechar su potencial para poder acometer a corto plazo una actuación de viviendas sometidas al régimen de protección pública que de respuesta a las necesidades de demanda de vivienda, preferentemente del sector mas joven de la población." Se clasifica como suelo urbano no consolidado por la urbanización (actuación integrada), y calificación global, residencial.*

»*Según se explica por el Ayuntamiento de Zarautz en su escrito de contestación a la demanda, el actual Área 12-3 Kortazar del PGOU, se integraba en la antigua Zona 18-Carmelitas-Iñurritza, en concreto las Áreas 18-9 y 18-10, que fueron las que cedieron la superficie necesaria "para la creación de una parcela de equipamiento edificable (no zona verde y jardín)".*

»*Concretamente se indica en el escrito de contestación a la demanda que:*

»-*4750 m2 corresponden a la parcela de equipamiento obtenida por la cesión de las Áreas 18-9 (4.555 m2), y 18-10 (195 m2).*

»-*Los restantes 3.550 m2 se corresponden con parte de la finca 7 de la antigua área 18-9 (viales y aceras); y parte de la PARCELA C de la antigua área 18-10 (sistema local viario y zona verde residual) ».*

Estas declaraciones nos llevan a poner en tela de juicio lo afirmado repetidamente por la representación procesal del Ayuntamiento de Zarautz, al oponerse al recurso de casación, acerca de que las parcelas recalificadas por el nuevo Plan General, y después cedidas a la Administración autonómica para construir viviendas de protección pública, nunca tuvieron la calificación de zona verde.

Es claro que, como hemos indicado antes, la razón de decidir de la sentencia recurrida está en lo establecido por el artículo 105 de la Ley 2/2006 de la Comunidad Autónoma del País Vasco, porque la Sala de instancia considera que las limitaciones impuestas a la revisión de la ordenación establecida por un plan urbanístico en dicho precepto, entre las que están que se justifique que se mantiene la debida calidad urbana en cuanto a dotaciones y suelos protegidos, que se tengan en cuenta las necesidades y posibilidades de acceso real en el municipio a los usos establecidos como protegidos por la calificación y que se garantice la mejor realización posible de los estándares legales mínimos de la ordenación, se han cumplido en el caso del nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz porque en la Memoria de éste (Anexo VI) consta que la parcela cedida, en su día, para equipamiento ha estado vacante durante más de veinte años y que las dos parcelas de equipamiento (Kortazar y el antiguo colegio Santa Ana), cedidas en su día y recalificadas por el nuevo Plan General aprobado, se compensa en el propio suelo urbano mediante la calificación de cerca de 24.000 m<sup>2</sup> en Salberdin y Hegoalde para equipamientos culturales, docentes, deportivos y alojamientos dotacionales (folios 791 y ss), de modo que el referido nuevo Plan General aporta en su Memoria una justificación que no ha sido desvirtuada con prueba en contrario, por lo que no existen datos fácticos para sostener que la decisión del planificador vulnera el artículo 105.1 de la Ley 2/2006.

Sin embargo, lo que ha sostenido en la instancia la comunidad de propietarios recurrente ha sido que el área o ámbito para el que fueron cedidos los suelos con destino a equipamientos y espacios libres ha resultado privado de éstos con la recalificación operada de las parcelas por el nuevo Plan General para destinarlas a la construcción de viviendas de protección oficial, con lo que se ha producido una privación de la posibilidad de contar en ese área o ámbito con el equipamiento previsto en el anterior planeamiento y han desaparecido zonas verdes, mientras que se ha incrementado la edificabilidad, hecho este admitido por las Administraciones urbanísticas demandadas y ahora recurridas, al considerar un logro del nuevo Plan General el fomento de estructuras urbanas densas, compactas y complejas, y, al haberse acreditado, en contra de lo que sostiene el Ayuntamiento recurrido, que desaparece alguna zona verde y, por supuesto, el previsible equipamiento aún cuando no se hubiese ejecutado a pesar del transcurso de veinte años, hechos todos que demuestran, en contra de lo declarado por el Tribunal *a quo*, que no se ha justificado que se mantiene la debida calidad urbana en cuanto a dotaciones y suelos protegidos ni se han expuesto con claridad las posibilidades de acceso real en el municipio a los usos establecidos como protegidos por la calificación, por más que el Ayuntamiento, al contestar a la demanda y al oponerse al recurso de casación, insista en el cumplimiento de los estándares legales mínimos de la ordenación, pues no es en el litigio sustanciado donde ha de justificarse sino al llevar a cabo la revisión de la ordenación establecida por un plan urbanístico, cuando se aumenta la edificabilidad, se incrementa la densidad de los usos y se acuerda la desafectación del suelo de un destino público o descalifican terrenos destinados a los usos previsto en el artículo 16 ( artículo 105.1 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/2006, de 30 de junio ).

Debemos, por tanto, considerar que la Administración urbanística no ha justificado debidamente el uso de su discrecionalidad al aprobar el nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz y ordenar el ámbito 12.3 OD Kortazar, y, en consecuencia, los motivos de casación sexto y octavo invocados por la representación procesal de la comunidad de propietarios recurrente deben ser estimados con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida conforme a lo establecido en el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, lo que comporta nuestro deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

**NOVENO** .- Es evidente que la finalidad perseguida con la aprobación del nuevo Plan General de Ordenación Urbana Municipal, recalificando suelo para uso residencial con destino a la construcción de viviendas de protección oficial, es plausible, pero la cuestión no es ésta sino que se ciñe a determinar si el área o áreas, en su día urbanizadas, han experimentado, en contra de lo establecido en el artículo 105 de la Ley 2/2006 de la Comunidad Autónoma vasca, una degradación urbanística por verse privadas de espacios libres y concentrar una saturación edificatoria generadores de una pérdida de la calidad urbana en cuanto a dotaciones y suelos protegidos, circunstancias que no resultan justificadas por el hecho de que en otros ámbitos (Salberdin y Hegoalde) se califiquen 24.000 m<sup>2</sup> para equipamientos culturales, docentes y deportivos, y muchos menos porque la parcela, destinada a equipamiento y a tal fin cedida en su día por los propietarios en cumplimiento de sus deberes urbanísticos, haya permanecido, inexplicablemente, vacante durante más de veinte años.

No son los ciudadanos recurrentes, en contra de lo declarado por el Tribunal *a quo*, quienes tienen que demostrar cumplidamente que no se respetan las condiciones impuestas por el citado artículo 105 de la Ley del País Vasco 2/2006, sino que es la Administración urbanística quien lo debe justificar, a pesar de lo cual no lo ha realizado al cambiar la calificación del suelo en las antiguas Áreas 18-9 y 18-10 mediante la ordenación de

la nueva Área 12.3 OD Kortazar, en contra de la exigencia legal y jurisprudencial de explicar razonablemente el uso de la discrecionalidad urbanística, que, en el caso enjuiciado, tiene, además, unos límites prefijados en el tantas veces citado artículo 105 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, del País Vasco, que entró en vigor el 20 de septiembre de 2006, y es aplicable, por tanto, al Plan General indirectamente impugnado, razón por la que procede declarar nula, por ser contraria a Derecho, la recalificación del ámbito 12.3 OD Kortazar del nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz, y, por consiguiente, nulos y sin valor ni efecto los actos de aplicación de tal ordenación, entre los que están el convenio de colaboración suscrito entre el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Zarautz para promover vivienda protegida en el área urbanística 12.3 OD Kortazar, así como la cesión gratuita a favor de la Administración Autónoma del País Vasco de las fincas registrales del área Kortazar (inmuebles 346-10002 y 346-10003 del Inventario Municipal de Bienes) para la construcción de viviendas sociales en régimen de arrendamiento, las resoluciones del Gobierno Vasco de aprobación y publicación del Convenio de Colaboración suscrito con el Ayuntamiento de Zarautz y la Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales de 17 de febrero de 2009, resultando procedente, por ello, la devolución de los terrenos al indicado Ayuntamiento.

No debemos, sin embargo, acceder a la pretensión formulada por la comunidad de propietarios demandante y recurrente en casación para que los terrenos devueltos se destinen al dominio y servicio públicos para el que fueron cedidos en su día por los propietarios, ya que ello implicaría determinar nosotros la forma en que habrán de quedar redactados los preceptos del Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz con imposición de un determinado contenido discrecional a la Administración urbanística, lo que está vedado a esta Jurisdicción, según lo expresamente dispuesto en el apartado 2 del artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**DECIMO** .- La estimación de los motivos de casación sexto y octavo es determinante de la declaración de haber lugar al recurso interpuesto sin que, por tanto, proceda hacer expresa condena al pago de las costas causadas con el mismo, según dispone el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, ni tampoco deben imponerse las devengadas en la instancia a cualquiera de los litigantes por no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 72.2, 86 a 95 y 107.2 de la Ley de esta Jurisdicción.

## FALLAMOS

Que, con estimación de los motivos de casación sexto y octavo y desestimando los demás, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el Procurador Don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de Elizelai, contra la sentencia pronunciada, con fecha 19 de abril de 2012, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 530 de 2009, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, estimando el recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios de Elizelai y parcialmente las pretensiones formuladas en su demanda, debemos declarar y declaramos nula, por ser contraria a Derecho, la recalificación del ámbito 12.3 OD Kortazar del nuevo Plan General de Ordenación Urbana de Zarautz, aprobado definitivamente el día 13 de febrero de 2008 (BOG nº 46 de 5 de marzo de 2008), y, por tanto, nulos y sin valor ni efecto alguno los actos de aplicación de tal ordenación y concretamente el convenio de colaboración suscrito entre el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y el Ayuntamiento de Zarautz para promover vivienda protegida en el área urbanística 12.3 OD Kortazar, así como la cesión gratuita a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco de las fincas registrales del área Kortazar (inmuebles 346-10002 y 346-10003 del Inventario Municipal de Bienes) para la construcción de viviendas sociales en régimen de arrendamiento y las resoluciones del Gobierno Vasco de aprobación y publicación del Convenio de Colaboración suscrito con el Ayuntamiento de Zarautz y la Orden del Consejero de Vivienda y Asuntos Sociales, de 17 de febrero de 2009, por la que se desestima la impugnación del referido Convenio de Colaboración con el Ayuntamiento de Zarautz, y ordenamos a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco que restituya al Ayuntamiento de Zarautz los terrenos cedidos, mientras que desestimamos la pretensión, formulada en la demanda, relativa a que esos terrenos devueltos al Ayuntamiento se destinen al dominio y servicio público para los que, en su día, fueron cedidos por los propietarios, sin formular expresa condena al pago de las costas procesales causadas en la instancia y en este recurso de casación.



Así por esta nuestra sentencia, **cuya parte dispositiva y determinaciones declaradas nulas se publicarán en el mismo diario oficial en que, en su día, fueron publicadas**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ