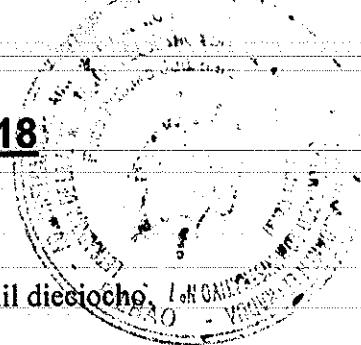


2018 EKA: 6
SARRERA
ENTRADA
REGISTRO
ZK/Nº 16300

SENTENCIA Nº 77/2018



En BILBAO (BIZKAIA), a treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho.

El/La Sr/a. FERMINA PITA RASILLA , MAGISTRADO(A) del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de BILBAO (BIZKAIA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 338/2017 y seguido por el procedimiento ORDINARIO , en el que se impugna: URBANISMO. RCA C/ LA DESESTIMACION PRESUNTA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DEL RECURSO DE REPOSICION INTERPUESTO EL DÍA 28 DE JULIO DE 2017, FRENTE AL ACUERDO ADOPTADO POR LA JUNTA DE GOBIERNO LOCAL DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO DE FECHA 27 DE JUNIO DE 2017..

Son partes en dicho recurso: como recurrente ANDRES CORTINA SOCIEDAD COOPERATIVA , representado por el Procurador GERMAN ORS SIMON /a y dirigido/a por el/la letrado/a ANA FALCES VALLE.

; como demandada AYUNTAMIENTO DE GETXO, representado/a y dirigido/a por el/la letrado/a LARRAITZ ABERASTURI

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte demandante mencionada anteriormente se presentó escrito de demanda de Procedimiento Ordinario, contra la resolución administrativa referenciada , en el que tras exponer los Hechos y Fundamentos de Derecho que estimó pertinentes en apoyo de su pretensión terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por proveído , se acordó su sustanciación por los trámites de Procedimiento Ordinario, formalizándose la demanda por escrito que consta en autos..

TERCERO.- En este procedimiento se han observado las prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se formula contra la desestimación presunta por silencio administrativo del recurso de reposición interpuesto el día 28 de julio de 2017 frente al Acuerdo adoptado en la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getxo de 27 de junio de 2017 que concede a la demandante la licencia de obras solicitada para la construcción de un edificio de 19 viviendas trasteros y garajes en la C/ Andikoetxe nº 1 y 3, esquina c) Andres Cortina nº 8 según

proyecto básico de fecha diciembre de 2016, y en el que se impugna el epígrafe II de dicha resolución que acuerda que la participación de la Comunidad en las Plusvalías generadas por la acción urbanística. Habrá que ceder gratuitamente y a favor del Ayuntamiento de Getxo el suelo correspondiente al 15% del incremento sobre la edificabilidad ponderada previamente materializada libre de cargas de urbanización, equivalente a 281,73 unidades de aprovechamiento de uso y tipología edificatoria característicos, sustituyéndose dicha cesión por el abono en metálico de su valor fijado en 298.504,20 euros. Importe que en todo caso queda adscrito al patrimonio público del suelo.

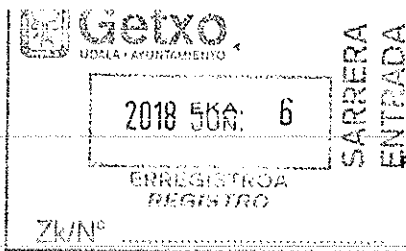
SEGUNDO.- La parte demandante suplica se dicte sentencia por la que estimando el presente recurso :

- a) Se declare contraria a derecho y se anule el apartado II sobre "participación de la comunidad de las plusvalías generadas por la acción urbanística, de la resolución dictada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getxo de fecha 27 de junio de 2017 .
- b) Se ordene dejar sin efecto el requerimiento de pago de la cantidad solicitada y en consecuencia se ordene la devolución a la demandante de la caución o garantía por importe de 298.504,20 euros .
- c) Se ordene a la Administración demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, así como que se condene al pago de las costas y gastos del presente procedimiento.

La demandante fundamenta su pretensión, alegando que los motivos de disconformidad de su parte están justificados porque el Ayuntamiento de Getxo ha calculado los deberes urbanísticos del solar que nos ocupa como si tratara de una nueva actuación edificatoria y no de una actuación de sustitución para atender a lo dispuesto en la ficha urbanística del Plan General de Ordenación Urbana del municipio. En este sentido señala se puede observar que, el área de reparto nº 28 del POGU de Getxo se encuentra consolidada, motivo por el cual las posibles actuaciones a realizar en la misma se llevan a cabo mediante sustitución de las edificaciones preexistentes entre las que se encuentran consideradas por el Ayuntamiento (C/Andikoetxe nº 1y nº 3) y la de Andres Cortina Cortina nº 8 por medio de actuaciones asintomáticas, es decir actuaciones de licencia directa, toda vez que no se delimita ninguna Unidad de ejecución en dicha área de reparto. Nos encontramos ante un supuesto en que la edificabilidad que resulta materializable para acometer la construcción del edificio proyectado de viviendas garajes y trasteros no puede superar los 2000m2 edificables, dicha premisa se cumple como se desprende del Proyecto Básico presentado y sometido a consideración del Ayuntamiento de Getxo para la obtención de la licencia de obras, el nuevo edificio proyectado cuenta con una edificabilidad de 1.992,84mts. Añade la recurrente que es evidente que si no se supera la edificabilidad máxima permitida en el PGOU de Getxo en el Área de reparto nº 28 del Andikoetxe y dado que nos encontramos en un suelo urbano consolidado, en el que no existe incremento edificatorio, no puede resultar de aplicación el 15% en concepto de plusvalía generada por la actuación urbanística. La demandante discrepa del planteamiento municipal ya que considera este que el suelo que nos ocupa es un suelo urbano no consolidado. Pero el recurrente señala que para considerar que el suelo es urbano no consolidado por incremento de edificabilidad existente se deben cumplir dos requisitos: 1 que exista un nuevo instrumento de ordenación que modifique la edificabilidad existente y cuyo procedimiento de aprobación se produzca con posterioridad al 1 de julio de 2007 que en este caso no se produce.

Y el 2º requisito es que el cambio de ordenación disponga una modificación del incremento de edificabilidad cuestión que tampoco se da en este caso.

Alega la actora que el Ayuntamiento de Getxo basa la obligación de ceder al Ayuntamiento el 15% del incremento de edificabilidad conforme al art 27.2 de la Ley 11/2008 de 28 de noviembre, por la que se modifica la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística pero pone de manifiesto la demandante que dicho artículo regula dicha participación, cuando nos encontramos ante un suelo urbano no consolidado y en suelos urbanizables. Sin embargo en este caso nos encontramos con un suelo urbano consolidado sobre el que no se atribuye edificabilidad urbanística ponderada superior respecto a la previa existente, por lo que dicho artículo no es de aplicación. No se ha producido un incremento sobre la edificabilidad urbanística ponderada. No se ha valorado en ningún momento si el solar de que se trata ostenta de acuerdo al Plan General de Ordenación Urbana del año



2000 una edificabilidad superior, lo que no se produce, y tampoco si a la entrada en vigor del citado Plan General habían transcurrido los plazos previstos para la ejecución.

En el caso del suelo que nos ocupa nos encontramos con un suelo urbano consolidado solicitado, sobre el que no se le atribuye edificabilidad urbanística ponderada superior, respecto de previa existente por que art 27 no es de aplicación al supuesto enjuiciado. Tampoco resulta aplicable porque al no existir instrumento de ordenación alguno que haya producido incremento de edificabilidad al solar que nos ocupa el plazo para llevar a cabo la ejecución del mismo no puede operar, al faltar el primer requisito. Y en consecuencia tampoco opera para calcular la participación, la edificabilidad materializada. Inexistencia de incremento edificatorio respecto de la ordenación anteriormente atribuida a efectos de la cesión de aprovechamiento. La edificabilidad del Plan General reconoce al solar que nos ocupa 3,16m²/m², no se ha modificado desde la entrada en vigor del mismo en 2001 cabe el demandante concluye que no se ha producido incremento de edificabilidad y que por tanto no puede exigirse una plusvalía de un incremento inexistente.

Cita sentencia de TSJ del País Vasco nº 302/2016 de 22 de junio.

Alega la demandante incorrecta actuación del Ayuntamiento en el cálculo realizado de exigir porcentaje de participación en las plusvalías generadas por la actuación urbanística. El Ayuntamiento exige al recurrente el cumplimiento de un conjunto de deberes urbanísticos calculando el incremento de edificabilidad urbanística ponderada que considera tiene lugar con la actuación promovida por la demandante, sin embargo la demandada obvia la obligación de comparar la edificabilidad que presentaba el solar en el planeamiento vigente al momento de solicitarse la licencia con la edificabilidad urbanística establecida con el planeamiento anterior, donde no se aprecia cambio o incremento de edificabilidad alguno y concluye que la actuación correcta por parte del Ayuntamiento de Getxo sería la ausencia de requerimiento de pago por incremento edificatorio respecto de la ordenación anterior a efectos de cesión de aprovechamiento puesto que dicha cesión del 15% se calcula sobre el incremento de la edificabilidad urbanística atribuida respecto a la previamente materializada y, al resultar la edificabilidad ponderada del nuevo proyecto inferior a la edificabilidad física 1892,84 m² frente a 2000m² permitidos por el planeamiento, no cabe exigir algo sobre lo que ya se cedió respecto de lo cual no hay un incremento.

TERCERO.- El Ayuntamiento de Getxo suplica, se dicte sentencia, por la que declare conforme al ordenamiento jurídico el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local impugnado con expresa imposición de costas a la demandante.

Fundamenta su pretensión alegando el Marco normativo de aplicación y actuaciones de dotación de las técnicas de distribución de beneficios y cargas de las áreas de reparto y aprovechamiento tipo que se contemplan en el POGU de Getxo respecto a su vigencia y aplicabilidad no es objeto de discusión por la demandante, el Ayuntamiento de Getxo considera que no es posible hablar de actuaciones de dotación con el vigente POGU no adaptado a las determinaciones de la Ley 2/2006 que descansa en las técnicas del área de reparto y el aprovechamiento tipo. El POGU del municipio de Getxo descansa en las técnicas de equidistribución de beneficios y cargas de las áreas de reparto y aprovechamiento tipo contempladas inicialmente en el Texto refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por RDL1/1992 de 26 de junio y tras la declaración de inconstitucionalidad por st TC 61/97 y su derogación por ley 6/1998, por las leyes vascas 3/1997 por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística y 5/1998 de medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana leyes que recepcionaron en el ordenamiento autónomo tales técnicas. Concretamente el PGOU de Getxo incluye los suelos en cuestión C/ Ardikoetxe nº 1y3 esquina Andrés Cortina nº 8 en el área de reparto nº 28 para la que se fija un aprovechamiento tipo de 3,16m²/m² cita la Disposición Transitoria 6 de la Ley 2/2006 Se descarta la actuación de dotación en el marco de la vigente PGOU y consecuentemente, el levantamiento de la carga dotacional o su indemnización económica sustitutoria pues para la determinación del aprovechamiento tipo ha sido considerada la superficie destinada a dotaciones públicas no existentes, de manera que las mismas se hagan efectivas precisamente mediante las técnicas equidistributivas del aprovechamiento tipo y ello en el suelo urbano a través de dos tipos de actuaciones sistemáticas y actuaciones asistemáticas. Estos tipos de actuación, en

orden a propiciar la ejecución de la ordenación no son los que contempla la Ley 2/2006 que prescinde de las técnicas del área de reparto y aprovechamiento tipo y señala las siguientes actuaciones aisladas actuaciones de dotación y actuaciones integradas y actuaciones de ejecución de dotaciones públicas de las redes de sistemas generales y locales

Las actuaciones de dotación se dirigen a completar en situaciones de incremento de edificabilidad urbanística, las cesiones de dotaciones necesarias para garantizar el necesario equilibrio entre usos lucrativos y dotacionales previstos en la ordenación urbanística. De esta manera, la obtención de las dotaciones, en lo que a las actuaciones de dotación se refiere se obtienen según se determine la Ley 2/2006, pero esta finalidad en el POGU de Getxo se logra a través de las técnicas del área de reparto y del aprovechamiento tipo de las que se vale la vigente PGOU.

Alega existencia de incremento de edificabilidad señala que nos encontramos ante un suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente. El Ayuntamiento demandado ha considerado sobre los suelos en cuestión que se plantea con la licencia una actuación asistemática no se halla la finca incorporada a ninguna unidad de ejecución y nos encontramos en un suelo urbano no consolidado por incremento de edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente a partir de una interpretación que liga la edificabilidad preexistente con la materializada. Entiende el Ayuntamiento de Getxo que estamos ante un suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad urbanística ponderada sobre la preexistente, porque alegan que se debe considerar como tal la materializada por la que se pretende sustituir y así lo ha entendido atendiendo al marco normativo de aplicación a la fecha de la solicitud de la licencia por lo que se refiere en la Ley 2/2006 siguiendo el esquema de la Ley 6/1998, distingue en lo que al suelo urbano se refiere entre consolidado y no consolidado, y pasa a precisar en su ámbito territorial y en los límites de la realidad que deben entenderse en su art 11 y resulta aplicable el art 25 de dicha Ley y el 27 según la redacción vigente a partir del 26 de septiembre de 2015 resultante de la Ley 3/2015 de Vivienda del País Vasco.

Añade Ayuntamiento de Getxo que en este caso han vencido con creces los plazos de ejecución recogidos en el planeamiento general anterior que era el regulado por las NNSS de 1985 como del actual PGOU. En síntesis la argumentación municipal para la exigencia de la indemnización económica sustitutoria del deber de cesión del 15% se basa en que es un suelo urbano no consolidado ya que el PGOU le asigna una edificabilidad media ponderada, en este caso la derivada del aprovechamiento tipo de su área de reparto que es superior a la materializada, término de comparación a aplicar en virtud de lo dispuesto en el art 27 de la Ley 2/2006 y lo determinado respecto al plazo de ejecución de una actuación asistemática en el PGOU de Getxo. Por último el Ayuntamiento de Getxo alega inaplicabilidad de la sentencia del TSJPV nº 302/2016 de 22 de junio.

CUARTO.- Centrando el tema a debate habrá que determinar si es procedente solicitar a la demandante el 15% del incremento sobre la edificabilidad ponderada previamente materializada en concepto de participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística. Y si se da en este caso la existencia de un instrumento que modifique la ordenación que prevea un incremento de edificabilidad.

La Ley 2/2006 establece que los Planes Generales y las NNSS así como sus modificaciones y revisiones aprobadas definitivamente a la fecha de entrada en vigor de esta ley mantendrá su vigencia.

Destacando la figura de "las actuaciones de dotación" introducidas a través de la Ley del Suelo y Urbanismo Vasca 2/2006 y por la Ley Estatal 8/2007 de Suelo.

Siendo dichas actuaciones de dotación una modalidad de actuación en la ejecución de la ordenación diseñada por el planeamiento, existiendo, como señala la actora incógnitas respecto a cuando nos encontramos con esta figura y no ante una actuación aislada cual es el alcance concreto de los deberes urbanísticos por lo que se hace referencia a la sentencia del TSJPV 302/16 de 22 de junio, en la que concluye que una actuación de dotación sujeta como tal, a los repetidos deberes de cesión del 15% y del levantamiento de la carga dotacional requiere la existencia de incremento de edificabilidad reconocido a través de planeamiento pero que además el planeamiento del que resulte el incremento haya sido

aprobado inicialmente con posterioridad al 1 de julio de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley Estatal 8/2007)

Hay que poner de manifiesto que la Ley 8/2007 de Suelo cuando introduce las cesiones de carácter dotacional prevé que los deberes previstos por dicha Ley para las actuaciones de dotación serán de aplicación a los cambios de ordenación que prevean un incremento de edificabilidad o de densidad o el cambio de usos cuyo procedimiento de aprobación se inicie a partir de la entrada en vigor de esta Ley .

En el caso concreto que nos ocupa se va a efectuar la actuación edificatoria de 19 viviendas trasteros y garajes que ha de ser conforme al PGOU de Getxo 2000.

El incremento de edificabilidad en el solar de dicha actuación no es posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2007, ya que el aprovechamiento tipo aplicable en virtud del PGOU vigente para ese solar es de 3,16,m2/m2 y la edificabilidad máxima del mismo es de 2000 m2, y el del Proyecto básico presentado al Ayuntamiento de 19 viviendas garajes y trasteros en el solar que nos ocupa resulta ser de 1.992,82m2 (expediente administrativo folio 73) , por lo que no nos encontramos con una actuación de dotación, manifestada en incremento de edificabilidad o de densidad o cambio de uso prevista en cambio de ordenación inicialmente aprobada tras el 1 de julio de 2017 , se puede afirmar que no se ha producido modificación alguna respecto a la edificabilidad desde la entrada en vigor del Plan General de Ordenación Urbana de Getxo.

La Administración demandada considera y así acuerda que la demandante tiene la obligación de ceder al Ayuntamiento el 15% del incremento de edificabilidad conforme al art 27,2 de la Ley 11/2008 de 28 de noviembre

2- En suelo Urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada, los propietarios tienen la obligación de ceder gratuitamente al ayuntamiento libre de cargas de urbanización, el suelo correspondiente al 15% de dicho incremento sobre la edificabilidad urbanística ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior, salvo que hubiesen vencido los plazos de ejecución establecidos en la misma o, en su defecto en el art 189 de esta ley, en cuyo caso tendrá en cuenta la edificabilidad materializada.

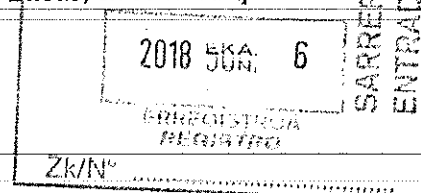
Sin embargo en este caso no se produce un incremento de edificabilidad a la que se refiere dicho artículo, pues no ha habido un incremento de edificabilidad urbanística sobre atribuida a la ordenación anterior y cambio de ordenación inicialmente aprobada tras el 1 de julio de 2007.

Hay que destacar lo señalado en la sentencia del TSJPV, 302/16 de 22 de junio , si bien en dicha sentencia se aplica una disposición que esta actualmente derogada lo cierto es que como se señala en la sentencia que el único requisito que exige el art 27.2 es la existencia de incremento de edificabilidad urbanística sobre la atribuida por la ordenación anterior y como se señala por la actora la legislación se remite a la comparación entre la nueva edificabilidad asignada por el planeamiento y la que previamente tenía materializada el propietario.

Se señala en la sentencia en el fundamento quinto :

La argumentación preferente del recurso de apelación, que la vemos recogida en los motivos que hemos identificado como primero y segundo, centra el debate en el sentido de exigir, como defiende la apelante, que, por un lado, la actuación de dotación debe venir definida en el plan y, asimismo, que debe representar incremento en relación la regulación previa.

Con los argumentos que vamos a trasladar la Sala deberá acoger el planteamiento sustantivo y central del recurso de apelación, en síntesis, anticipando el soporte argumental que dará la Sala, porque en este supuesto no hubo modificación del planeamiento municipal de Bilbao, en concreto que se iniciará tras el



1 de julio de 2007 y ello porque en relación con el marco normativo de aplicación a la fecha de solicitud de licencia, así como de las resoluciones recurridas en la instancia, respectivamente el 28 de octubre de 2011 y el 10 de febrero de 2012, era de aplicación la Disposición Transitoria 2a del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en el fondo traslación de la Disposición Transitoria 2 a sobre los deberes de las actuaciones de dotación de la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de suelo, Disposición Transitoria 2 a del Texto Refundido de 2008 según la cual:

< < Disposición transitoria segunda. Deberes de las actuaciones de dotación.

Los deberes previstos en esta Ley para las actuaciones de dotación serán de aplicación, en la forma prevista en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, a los cambios de la ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o de densidad o el cambio de usos cuyo procedimiento de aprobación se inicie a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

Si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la misma, dicha legislación no tiene establecidas las reglas precisas para su aplicación, desde dicho momento y hasta su adaptación a esta Ley serán aplicables las siguientes:

a) El instrumento de ordenación delimitará el ámbito de la actuación, ya sea continuo o discontinuo, en que se incluyen los incrementos de edificabilidad o densidad o los cambios de uso y las nuevas dotaciones a ellos correspondientes y calculará el valor total de las cargas imputables a la actuación que corresponde a cada nuevo metro cuadrado de techo o a cada nueva vivienda, según corresponda.

b) Los propietarios podrán cumplir los deberes que consistan en la entrega de suelo, cuando no dispongan del necesario para ello, pagando su equivalente en dinero.

c) Los deberes se cumplirán en el momento del otorgamiento de la licencia o el acto administrativo de intervención que se requiera para la materialización de la mayor edificabilidad o densidad o el inicio del uso atribuido por la nueva ordenación > > .

Ya debemos precisar que la citada Disposición Transitoria 2a, tanto de la Ley 8/2007, de Suelo, como del Texto Refundido de 2008, al establecer las reglas de aplicación con carácter subsidiario mientras no hubiera desarrollo en la normativa autonómica, en la regla c), hace expresa referencia a la mayor edificabilidad o densidad o al inicio del uso atribuido por la nueva ordenación, con remisión a los cambios de ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o densidad o cambio de uso cuyo procedimiento de aprobación se inicia a partir del 1 de julio de 2007.

Asimismo ello ha de ponerse en relación, siguiendo con la regulación vigente a la fecha de la solicitud de licencia y de las resoluciones recurridas, con el artículo 14 del Texto Refundido de 2008, referido a las actuaciones de transformación urbanística, en el que en su punto 1, dentro de las actuaciones de transformación urbanística, refiere en el apartado b) las actuaciones de dotación considerando como tales:

< < [...] las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de este > > .

En relación con ello artículo 16 se refiere a los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, en concreto en relación con el incremento de edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación de dotación, en el porcentaje de la normativa básica fija del 5 al 15%, regulación ya recogida en el artículo 16 de la Ley 8/2007, que en soporte de ella fue por lo que la Ley 11/2008 del Parlamento Vasco, al reformar el artículo 27 de la Ley

de Suelo y Urbanismo del País Vasco , incrementó del 10% de cesión al 15%, el máximo recogido en la normativa básica.

Se ha venido debatiendo sobre las precisiones que recoge el ordenamiento jurídico, en concreto la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, cuando alude a edificabilidad urbanística ponderada superior a la previa existente o la preexistente, la Sala ha concluido, entre otras, en la sentencia 196/2014, de 2 de abril, recaída en el recurso de apelación 560/2012 , [- que recayó en relación con una de las sentencia que se han venido trasladando por el Ayuntamiento de Bilbao, la sentencia 92/2012, de 25 de abril, recaída en el procedimiento ordinario 1056/2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Bilbao -], que ha de estarse a la atribuida por la ordenación urbanística anterior; para concluir en ello, en la citada sentencia, en su FJ 4o la Sala razonó como sigue:

< < [¿] El art. 11.3.b).2 LSU refiere la calificación de suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad urbanística ponderada a la resultante de la atribuida por el planeamiento vigente respecto de la "previa existente", y el art. 25.2 LSU al imponer a los propietarios de dicha clase de suelo el deber de levantar la carga dotacional que compense el incremento de edificabilidad, a los efectos de calcular el incremento de edificabilidad, se refiere asimismo a la edificabilidad "preexistente", concepto que reitera el art.27.3 LSU a los efectos determinar el porcentaje de cesión de aprovechamientos correspondiente a la participación de la comunidad en las plusvalías generadas.

Dicho marco normativo planteó inicialmente la cuestión de si con dicha locución (edificabilidad preexistente) el precepto aludía a la reconocida por el anterior planeamiento o a la efectivamente materializada en los supuestos de que fuera inferior.

El art. 2 del Decreto 105/2008, de 3 de junio , optó por la interpretación que liga la edificabilidad preexistente a la materializada, si bien en su disposición transitoria primera refirió el incremento no a la edificabilidad efectivamente materializada sino a la atribuida por la ordenación urbanística anterior, con el siguiente tenor:

< < En solares o en parcelas vacantes o edificadas conforme a un régimen urbanístico anterior al vigente, los incrementos de edificabilidad serán referidos al incremento respecto a la edificabilidad ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior siempre que no hubieren vencido los plazos de ejecución de la misma, en cuyo caso se estará a la edificabilidad materializada.

En el supuesto de no existir expresamente plazos máximos de ejecución, se aplicarán los plazos máximos del cumplimiento del deber de edificar especificado en el art. 189 de la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo > > .

Finalmente, la Ley Vasca 11/2008, de 28 de noviembre, al dar nueva redacción al art. 27 LSU, aun cuando no operó simultáneamente la modificación de los arts. 11.3.b.2 , y 25.2 , vino a despejar dicha incertidumbre, al referir el deber de cesión del 15% del incremento de edificabilidad a la atribuida por la ordenación urbanística anterior, lo que obliga, por razones de coherencia, a interpretar en idéntico sentido los arts. 11.3.b.2, y 25.2. Así se infiere del núm.2 del art.27 en su nueva redacción, del siguiente tenor:

< < En suelo urbano no consolidado por incremento de la edificabilidad ponderada, los propietarios tienen la obligación de ceder gratuitamente al ayuntamiento, libre de cargas de urbanización, el suelo correspondiente al 15% de dicho incremento sobre la edificabilidad urbanística ponderada atribuida por la ordenación urbanística anterior, salvo que hubiesen vencido los plazos de ejecución establecidos en la misma o, en su defecto, en el art. 189 de esta ley , en cuyo caso se tendrá en cuenta la edificabilidad materializada > > .

2018 EKA. JUN. 6

REGISTRO

ZK/Nº

SAPARRA ENTRADA

Además, la Ley 11/2008 previó su aplicación a los supuestos en que se solicite licencia con posterioridad a su entrada en vigor (DT1a-2), lo que acontece en el supuesto de autos.

Pues bien, como consecuencia de ello, tanto a los efectos de determinar la participación de la comunidad en las plusvalías, esto es, de determinar la cesión del 15% del aprovechamiento lucrativo prevista por el art. 27.2 LSU, como a los efectos del levantamiento de la carga dotacional exigido por el art. 25.2 LSU, habremos de referir tales cargas al incremento de edificabilidad ponderada sobre la atribuida por el ordenación anterior

"salvo que hubiesen vencido los plazos de ejecución establecidos en la misma o, en su defecto, en el art. 189 de esta ley, en cuyo caso se tendrá en cuenta la edificabilidad materializada."

[i] > > .

Aquí ya debemos señalar que a los efectos que nos ocupan, para configurar la actuación de dotación, si, por un lado, debe existir incremento de la edificabilidad en relación con la regulada en la normativa o planeamiento previo, debe serlo asimismo en relación con instrumentos de ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o densidad o cambio de uso, cuyo procedimiento de aprobación se inicie con posterioridad al 1 de julio de 2007, la fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2007, de suelo, por así desprenderse del mandato recogido en la Disposición Transitoria 2 a, en relación con los deberes de las actuaciones de dotación, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, texto al que nos hemos referido.

Aquí recogeremos que la STS de 1 de julio de 2015, Recurso de Casación 2645/2013, en su FJ 5 concluye que si la previsión de dotación de aprovechamiento no está contemplada en la Modificación del Plan no puede exigirse su cumplimiento.

El texto de dicha Disposición Transitoria 2a no implica remisión a la legislación de ordenación territorial y urbanística de las comunidades autónomas, en nuestro caso del País Vasco, en relación con el presupuesto de los deberes previstos en la ley para las actuaciones de dotación, porque el presupuesto es estar ante cambios de ordenación que prevean el incremento de edificabilidad o densidad o cambio de uso, cuyo procedimiento de aprobación se inicie a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, por ello el 1 de julio de 2007, dado lo que establece, como remisión a la normativa autonómica de ordenación del territorio y urbanística, es la forma de su aplicación, estableciendo una previsión de aplicación en falta de desarrollo por las comunidades autónomas, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la ley, de la Ley 8/2007, por ello hasta el 1 de julio de 2008.

Se destaca de dicha sentencia: Con los razonamientos y conclusiones alcanzadas, la Sala precisa el ámbito de aplicación de las normas que inciden en la cuestión jurídica que resolvemos, superando y matizando conclusiones alcanzadas en previos pronunciamientos, por un lado, en la sentencia 435/2013, de 22 de julio, recaída en el recurso de apelación 102/2012, que recayó en relación con la sentencia de 10 de noviembre de 2011 recaída en el recurso 1071/2010, seguida ante al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Donostia-San Sebastián, referida en las actuaciones, a la que también se refiere la sentencia apelada, en los términos que recogemos en el FJ 2o [- referida a un supuesto de levante -], al tener que ratificar la relevancia, por un lado, de la exigencia de que exista incremento de edificabilidad por parte del planeamiento y, asimismo, que ello se produzca con instrumentos de planeamiento cuya aprobación inicial sea posterior al 1 de julio de 2007, al concluir que en esos términos debe interpretarse y aplicarse la regulación previa recogida en la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

Se pone de manifiesto a tenor del criterio de la Sala que ratifica la relevancia por un lado de la exigencia de que exista incremento de edificabilidad por parte del planeamiento y asimismo, que ello se produzca con instrumentos de planeamiento cuya aprobación inicial sea posterior al 1 de julio de 2007

concluyendo que en estos términos debe interpretarse y aplicarse la regulación previa recogida en la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

En este caso como ya se apunta anteriormente, no se ha producido dicho incremento de edificabilidad en cambio de ordenación inicialmente aprobada tras el 1 de julio de 2007, nos encontramos en suelo urbano consolidado ya que la edificabilidad que el POGU de Getxo reconoce al solar, no se ha modificado desde la entrada en vigor del dicho Plan en 2001., por lo que no procede participación de la demandante en las plusvalías generadas por la acción urbanística que nos ocupa .

Por todo lo expuesto proceza estimar el recurso declarando la no conformidad a derecho del epígrafe II del Acuerdo recurrido en el que se adopta: la participación de la Comunidad en las Plusvalías generadas por la acción urbanística.

QUINTO.- Las costas se impondrán a la parte demandada, conforme al art 139 de la LJCA .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por Andrés Cortina Sociedad Cooperativa contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento Getxo , declarando la no conformidad a derecho y anulando epígrafe II de dicha resolución que acuerda que la participación de la Comunidad en las Plusvalías generadas por la acción urbanística . Habrá que ceder gratuitamente y a favor del Ayuntamiento de Getxo el suelo correspondiente al 15% del incremento sobre la edificabilidad ponderada previamente materializada libre de cargas de urbanización , equivalente a 281,73 unidades de aprovechamiento de uso y tipología edificatoria característicos , sustituyéndose dicha cesión por el abono en metálico de su valor fijado en 298.504,20 euros. Importe que en todo caso queda adscrito al patrimonio público del suelo.

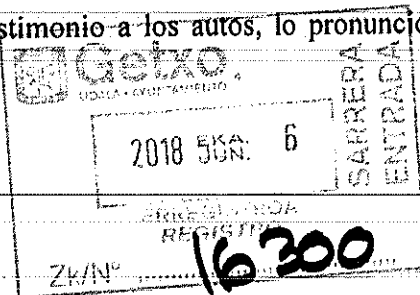
Ordenando dejar sin efecto el requerimiento de pago de la cantidad solicitada , y en consecuencia se proceda a la devolución a la demandante de la caución o garantía por importe de 298.504,20 euros .

Condenando al Ayuntamiento de Getxo al abono de las costas procesales.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS , por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA), y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4765, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio,



mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el/la Ilmo/a. Sr/a. **MAGISTRADO(A)** que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.