



Erregistro SARRERA / ENTRADA

14/11/2023 11:33

REG/ALK/2023/EE/043440

CSV: ALK/REG/2023/98755 HfoRBNF1t8

A pesar de no constar firmas manuscritas, este documento tiene validez legal. En la Página Web Municipal (http://www.getxo.eus/Oficina de Administración Electrónica) podrá obtener una copia auténtica de este documento en formato digital, mediante el Código Seguro de Verificación que aparece en el margen izquierdo.

Agiri honek eskuz idatzitako sinadurik ez izenperik ez duen arren, legezko balioa du. Getxoko Udaltarain web-orrialdean (http://www.getxo.eus/administrazio elektronikoko bulegoa) agiri honen benetako kopia eskuratu ahal duzu formatu digitala, ezkerrean ageri denegiazitapen-kode segurua erabiliz.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIAFirmado por:
Luis Javier Murgoitio Estefanía,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Paula Platas García,
Luis Ángel Garrido Bengoetxea,
Jose Antonio González Sáiz,
Jose Maria Ontuendo Rocandio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 09/11/2023 09:39

CSV: 4802033100-60f6aabe554fae52451955285269d52eMHxjAA==

Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del
Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusiaren Administrazio-
Auzien Kasazio Atala

Bilbao,
0000023/2023 Sección: PRA Recurso de Casación Autónomo / Kasazio-errekurtso autonomikoa
NIG: 4802045320200000873
Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
0001063/2021 - 0

AUTO N.º 000016/2023

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:
D. LUIS ÁNGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA
D.ª JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SÁIZ
D.ª TRINIDAD CUESTA CAMPUZANO
D.ª PAULA PLATAS GARCÍA

Siendo **Ponente** D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

En Bilbao, a 2 de noviembre del 2023.

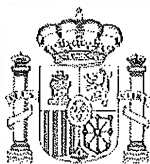
I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Sección Segunda de esta Sala se dictó la Sentencia nº 248/2023, de 16 de mayo, en el Recurso de Apelación nº 1063/2021, seguido a instancia del Ayuntamiento de Getxo contra la Sentencia del Juzgado de lo C-A nº 2 de Bilbao, de 29 de junio de 2.021, que estimó el R.C-A nº 163/2020, interpuesto por [REDACTED], contra la reactivación por el Ayuntamiento de las obras de ejecución de rotonda en la confluencia de las estradas de Goienetxe y Zientotxe (Azkorri), declarando dicha actuación contraria a derecho y condenando a la Administración demandada a reponer los terrenos afectados a su estado originario.

SEGUNDO.- La aludida Sentencia de apelación desestimaba el recurso y confirmaba la resolución apelada con imposición de costas al Ayuntamiento recurrente con el límite de 1.000 €.

TERCERO.- Frente a la Sentencia de segunda instancia, solicitó la representación del Ayuntamiento de Gexto, en fecha de 29 de junio de este año, que se tuviese por preparado Recurso de Casación de competencia de la Sección Especial de esta Sala, argumentando sobre el interés casacional objetivo en base al supuesto del artículo 88.2.) de la LJCA, de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

fijar la sentencia recurrida, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de normas de derecho autonómico contradictoria con la fijada en la Sentencia de esta Sala, y misma Sección Segunda, nº 211/2016, de 10 de mayo, recaída en Recurso de Apelación nº 759/2015.

CUARTO.- Por medio de Auto de 5 de julio de 2023, y con alusión a dicho supuesto, la referida Sección de esta Sala tuvo por preparada la casación ante la Sección Especial de la misma, emplazando a las partes y acordando la remisión de los autos y el expediente administrativo.

QUINTO.- Personadas ambas partes, la representación de [REDACTED] se oponía a la admisión de la casación por medio de escrito presentado el 19 de setiembre de este año, tras lo cual, en fecha de 21 de ese mes, la Diligencia de Ordenación de la Sección de Casación tenía por recibidas las actuaciones, ordenaba formar el rollo de sala, y designaba el Tribunal al que correspondía el enjuiciamiento de acuerdo con las normas orgánicas y de reparto aplicables, uniendo los escritos de personación con la exigencia de las subsanaciones pertinentes que quedaron y se tuvieron por cumplimentadas.

SEXTO.- Por Providencia de la Sección Especial de 16 de octubre de 2023, se señaló el día 25 del mismo mes y año a las 11,30 horas para examinar la admisión o inadmisión del recurso, precisando definitivamente la composición del Tribunal por baja temporal de uno de sus miembros iniciales, y reuniéndose a tal efecto la Sección en el día y hora señalados con asistencia de todos los convocados.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Debidamente circunscrito ya en la parte preparatoria de este recurso, el supuesto de entre los que establecen los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la LJCA, al de la letra a) del artículo 88.2, corresponde ahora verificar si la Sección sentenciadora frente a cuyo fallo se recurre, ha fijado una interpretación contradictoria con la de la sentencia de contraste que se identifica.

1.-) En la que es materia del recurso (de 16 de mayo de 2023 (ROJ: STSJ PV 778/2023) Sentencia: 248/2023 Recurso nº 1063/2021, la razón de decidir se sintetiza en las siguientes consideraciones finales de la misma;

“En un suelo calificado como sistema general de espacios libre, sin previa descalificación, no cabía ejecutar infraestructura de vialidad rodada.

Con ello, debemos ya dar respuesta a la auténtica cuestión de fondo, que consiste en *si podía realizarse una infraestructura de vialidad en un suelo calificado como sistema general de espacios libres.*



Firmado por:
Luis Javier Murgolito Estefanía,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Paula Piatas García,
Luis Angel Garrido Bençobea,
Jose Antonio Gonzalez Saiz,
Jose Maria Ortundo Rocandio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaren URL.a: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 09/11/2023 09:39

CSV: 4802033100-60f0c9aabe54fae52451955285269d52eMHx/AA==

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

CSV: ALK/REG/2023/98755 Hf0RBNF1i8

A pesar de no constar firmas manuscritas, este documento tiene validez legal. En la Página Web Municipal (http://www.gbxo.eus/Oficina de Administración Electrónica) podrá obtener una copia auténtica de este documento en formato digital, mediante el Código Seguro de Verificación que aparece en el margen izquierdo.

Agiri Honet eskuz idatzizako sinadurik ez izanperik ez duen arren, legezko balioa du. Getxoko Udaltzaletan web-orri bidez (http://www.gbxo.eus/administrazio elektronikoko bulegoa) agiri nomien bideztao kopio eskuratu ahal duzu formatu digitalean, ezkerrekoan ageri denegiaztaoen-kode segurua erabiliz

Firmado por:
Luis Javier Murguio Estefanía,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Paula Plata García,
Luis Angel Garrido Benquetxea,
Jose Antonio Gonzalez Saiz,
Jose Maria Ortuondo Rocandio

URL firma electrónica:/Sinadura elektronikoaren URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 09/11/2023 09:39

CSV: 4802033100-60fdaabe554fae52451955285269d52eMHxjAA==

EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

No está en cuestión la calificación del suelo afectado, remitiéndonos al contenido del expediente y a la documentación gráfica que se incorporó a los autos, con el informe de 17 de diciembre de 2020 de la Arquitecta de la Oficina del Plan General, en concreto al identificado como plano Z2, análisis rotonda en Zientoetxe y vialidad inicial de rotonda ejecutada y al plano Z3, análisis rotonda en Zientoetxe ordenación del PGOU de 2001 y rotonda ejecutada, deteniéndonos en la afección de sistema general de espacios libres; folios 208 y 209 de los autos.

Como estamos ante un ámbito de suelo urbanizable, no desarrollado por Plan Parcial, la regulación sobre uso y actividades la encontramos en el art. 32 de la Ley del Suelo y Urbanismo del País Vasco, con la remisión que se hace de los usos del suelo no urbanizable y, asimismo, a los usos provisionales del art. 36.

Regulación toda ella que no ampara la alteración de la previsión en el Plan General de Ordenación Urbana de un sistema general de espacios libres, sin que tampoco pueda alterarse, sin previa modificación de la calificación, en lo que parece avanza la aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbana de 30 de septiembre de 2022, a la que antes nos referíamos.

Ello tiene como directa conclusión la disconformidad a derecho de la ejecución de la rotonda como sistema de vialidad, al incidir en un suelo calificado como sistema general de espacios libres, lo que no puede quedar alterado por las consideraciones que se hacen por el Ayuntamiento, insistiendo en lo que defendió en primera instancia en relación con el principio de proporcionalidad, principio que ha tenido matizaciones y restricciones en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, incluso en el ámbito de la ejecución en materia de disciplina urbanística, en el ámbito más significativo como es del de la demolición de construcciones no legalizables.

En este caso no se puede considerar que el principio de proporcionalidad dé amparo a desconocer la calificación como sistema general de espacios libres recogida en el Plan General de Ordenación Urbana."

2.-) Por su parte, la Sentencia de contraste, (de 10 de mayo de 2016 (ROJ: STSJ PV 1311/2016) Sentencia: 211/2016 Recurso: 759/2015, recayó en el recurso de apelación promovido contra la sentencia de fecha 27 de mayo de 2015, dictada en el R.C-A nº 232/2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Bilbao, que estimó el recurso interpuesto contra el Decreto 258/2013 de 30 de julio de 2013, del Ayuntamiento de Zierbena, acordó conceder a [REDACTED] autorización excepcional de obra y usos provisionales para el ejercicio temporal y en precario de la actividad de "chiringuito" en el terreno de su propiedad situado en la zona denominada el "Bocal" en el Barrio del Puerto. Se trataba de un suelo urbano no consolidado calificado de espacio libre de uso público, formando parte de un sistema general, y resultaban de aplicación los arts. 32.1 y 36.1 de la Ley 2/2006.

En este supuesto, la Sentencia de instancia invalidaba las autorizaciones municipales concedidas al propietario del suelo, entre otras razones, porque se trataría de un uso comercial prohibido conforme a las NNSS.

En cambio, la Sentencia de segunda instancia tenía en cuenta que se trataba de un suelo no adscrito a actuación integrada alguna, por lo que su obtención debía ser mediante expropiación. El hecho es que esta

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Luis Javier Murgoitio Estefanía,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Paula Platas García,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Jose Antonio Gonzalez Saiz,
Jose Maria Ortuondo Rocantio

URL firma electrónica/Sinadura elektronikoaren URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 09/11/2023 09:39

CSV: 4802033100-50fdaabe54fae52451955285269d452eMHxjAA==

expropiación no se había producido; y, por lo tanto, el suelo seguía siendo de titularidad privada, de su propietario el [REDACTED]

En segundo lugar, se centraba en que la sentencia apelada sostenía que la licencia concedida vulneraba el art. 36.2 de la LSU, porque tratándose de un uso comercial, sólo era posible en instalaciones preexistentes, y señalaba que dicha Ley 2/2006, se refiere en el art. 32.1.b) a los "Usos y actividades en suelo urbanizable y urbano no consolidado hasta la aprobación de programa de actuación urbanizadora", remitiendo a la Sección cuarta (arts. 36 y ss).

Así las cosas, el art. 36.1 de la LS 2/2006 establece:

"1.- Son usos provisionales los comprendidos en áreas, sectores o unidades de ejecución en los que aún no se ha aprobado la ordenación pormenorizada. Estos usos excepcionalmente son autorizables cuando no se hallen expresamente prohibidos por la legislación o el planeamiento territorial o urbanístico ni dificulten la ejecución del referido planeamiento, y pueden ser los siguientes:

a) El uso agrícola, ganadero o forestal, así como el comercial relacionado con el anterior.

b) El mero almacenamiento o depósito, sin instalación alguna, de materias no inflamables, tóxicas o peligrosas.

c) La prestación de servicios particulares a ciudadanos.

d) Los usos de ocio, deportivo, recreativo y cultural.

e) Los usos de oficina y comercial."

El art. 36.4 dice:

"Los usos a que se refiere el número 1 de este artículo únicamente pueden desarrollarse mientras no se haya incoado procedimiento de reparcelación o de expropiación, y en suelo urbanizable, en suelo urbano no consolidado, o en suelo, cualquiera que sea su clasificación, destinado a servir de soporte a elementos de las redes de infraestructuras y dotaciones públicas."

Abordaba luego la segunda cuestión, acerca del apartado en el que debía incluirse el "chiringuito", dado que el art. 36.1.d) se refiere a los usos de ocio, deportivo, recreativo y cultural, y el art. 36.1.e), a los usos de oficina y comercial, siendo así que el art. 36.2 establece que "los usos de oficina y comercial únicamente son posibles en las construcciones, edificaciones e instalaciones preexistentes en áreas o sectores pendientes de ordenación pormenorizada cuando no alteren su régimen ni prolonguen su periodo de vida."

Y frente a la sentencia del Juzgado nº 1 de Bilbao, que entendía que, como la instalación del "chiringuito" no era preexistente, no era por ello posible el uso provisional comercial, al considerar que tal uso hostelero estaría incluido dentro del art. 36.1.e) de la LS 2/2006, como uso comercial, la Sentencia de la Sección Segunda no compartió esa



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

CSV: ALK/REG/2023/98755 Hf0RBNNF1t8

A pesar de no constar firmas manuscritas, este documento tiene validez legal. En la Página Web Municipal (http://www.getxo.eus/Oficina de Administración Electrónica) podrá obtener una copia auténtica de este documento en formato digital, mediante el Código Seguro de Verificación que aparece en el margen izquierdo.

Agiri Honak eskuz idatzitako sinadurik ez izenperik ez duen arren, legezko balioa du. Getxoko Udalaren web-orriraldetik (http://www.getxo.eus/administrazio elektronikoko bulegoa) agiri honen benetako kopia eskuratu ahal duzu formatu digitalean, ezkerrekoan ageri denegiaztepen-kode segurua erabiliz

Firmado por:
Luis Javier Murgoitio Estefanía,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Paula Platas García,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Jose Antonio Gonzalez Saiz,
Jose Maria Ortuondo Rocandio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoaaren URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 09/11/2023 09:39

CSV: 4802033100-60fdaabe554fae52451955285269d52eMHxJAA==

conclusión, *“puesto que las NNSS de Zierbena lo incluyen claramente en el “uso de entretenimiento y recreo”, como servicio terciario, lo que permite su inclusión en el apartado d) del art. 36.1. Y, por lo tanto, no es de aplicación el art. 36.2, puesto que no se trata de un uso comercial, sino recreativo según resulta de las propias NNSS de Zierbena, que son las que integran el concepto que contempla el art. 36 de la LS 2/2006, en el supuesto que nos ocupa.”*

SEGUNDO.- Como se ha señalado más arriba, el Auto de la Sección Segunda que ha tenido por preparada la casación autonómica, se fundamenta en el supuesto del artículo 88.2 a) LJCA, pues el municipio recurrente sostiene que entre ambas sentencias, -en supuestos sustancialmente iguales, según dicha parte-, se fija una interpretación de normas de derecho autonómico de carácter contradictorio, pues entiende que en la de contraste de 10 de mayo de 2.016, la Sala parte de una única situación a efectos de usos provisionales, -la del planeamiento general pendiente de desarrollo, como sería el caso-, y considera que, para el caso, resulta secundario que en el sistema general de espacios libres sea uso tolerado o no el de *entretenimiento y recreo*, pues, de hecho, la expropiación no se ha llevado a cabo.

Sin embargo, la comparación que permiten ambas sentencias no lleva, a criterio de esta Sección Especial, a ninguna equiparación sustancial entre los supuestos, de modo y manera que las soluciones dispares en cada proceso, no son consecuencia de un cambio de enfoque inmotivado e inconsciente por parte del tribunal, sino de aplicar disposiciones legales de la CAE a supuestos subsumibles en ellas, que son diferentes y hasta contrapuestos, y que por pura imperatividad y coherencia han de conducir a respuestas judiciales distintas.

Y es que, en medida alguna puede asimilarse la situación actual, en que el uso de que se trata no esté contemplado como provisional por el planeamiento aplicable -dentro de los que el artículo 36.1 delimita-, a aquella otra situación es que el uso provisional y precario está incorporado a las NN.SS, y *dentro* de los variados usos enumerados por el artículo 36.1 de la LSU (recreativos), lo que es condición necesaria y totalmente imprescindible para su autorización que se adoptaba, muy al margen de que, como en la sentencia se abundaba, correspondiera o no con los tolerados definitivamente por las NN.SS cuando el sistema general finalmente se ejecutase mediante expropiación.

Esto es lo que nos dicen ambas sentencias con plena coherencia conceptual entre sí, y ninguna mejor prueba de que no se contradicen es que, a diferencia de lo ocurrido con el uso propio de las infraestructuras varias dedicadas al tráfico rodado, (rotonda), todo indica que, conforme a los usos provisionales previstos por el PGOU de Getxo para tales espacios libres sin desarrollo, se incluye el *recreativo*, lo que precisamente permitiría, -de darse determinadas condiciones-, alcanzar en tal supuesto las mismas conclusiones que en la sentencia de 10 de mayo de 2.016, y de no haber sido así, plantear que, -ahora sí-, en supuestos esencialmente iguales, la interpretación normativa había sido contradictoria y originaba la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por:
Luis Javier Murgotio Estefanía,
Trinidad Cuesta Campuzano,
Paula Platas García,
Luis Angel Garrido Bengoetxea,
Jose Antonio Gonzalez Saliz,
Jose Maria Ortundo Rocandio

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 09/11/2023 09:39

CSV: 4802033100-60fdaabe554fae52451955285269d52eMHxjAA==



conveniencia de un pronunciamiento de esta Sección Especial por interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia..

No siendo así, procede declarar la inadmisión a trámite del recurso de conformidad con el artículo 90 de la LJCA.

TERCERO.- En cuanto a la imposición preceptiva de costas a la parte recurrente que establece el artículo 90.8, se cifran en 300 €.

En virtud de cuanto antecede, la Sección Especial de casación, òr unanimidad de sus miembros,

A C U E R D A

INADMITIR A TRÁMITE EL RECURSO DE CASACIÓN AUTONÓMICO PREPARADO POR LA REPRESENTACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO CONTRA SENTENCIA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE ESTA SALA DE 16 DE MAYO DE 2.023, RECAIDA EN RECURSO DE APELACIÓN Nº 1063/2021, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A DICHA PARTE EN LOS TÉRMINOS DEL ANTERIOR FUNDAMENTO JURIDICO.

Comuníquese esta resolución al tribunal de origen, al que se devolverán las actuaciones junto con el expediente administrativo, y archívese el rollo.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno (artículo 90.5 de la LJCA).

Así por este su auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados antes nombrados, componentes de este Tribunal, de lo que yo, Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.