

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN N° 657/2016

SENTENCIA NUMERO 202/2017

ILMOS. SRES.
PRESIDENTE:
D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA

MAGISTRADOS:
D^a. MARIA JOSEFA ARTAZA BILBAO
D. JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ

En la Villa de Bilbao, a veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

La Sección 3^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los/as Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación, contra la sentencia dictada el 6 de abril de 2016 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n° 4 de BILBAO (BIZKAIA) en el recurso contencioso-administrativo número 8/2015.

Son parte:

- **APELANTE:**

■
.....
representados por la
Procuradora D^a. MARIA BASTERRECHE ARCOCHA y dirigido por la letrada D^a.
CONSUELO SAINZ DE ROZAS DE LA PEÑA.

- **APELADO:** AYUNTAMIENTO DE SANTURTZI, representado y
dirigido por la letrada D^a. MIREN IZASKUN IÑARRA GARCIA.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOETXEA.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por [] recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia .

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación .

TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 7/3/2017, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Que por [] se recurre en apelación la sentencia de 6 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Bilbao, sobre ocupación directa de terrenos para dotación pública.

La apelación se basa en afirmar que no existe ordenación pormenorizada al haberse anulado el Plan Especial de Ordenación Urbanística del Area con lo que no habría declaración de utilidad pública legitimadora de la ocupación directa; y que el Ayuntamiento demandado ha incurrido en desviación de poder.

SEGUNDO.- Que la sentencia apelada procedió a desestimar el recurso interpuesto por los interesados al considerar, en sus fundamentos de derecho 2º y 3º, que;

"SEGUNDO.- Cobertura legal de la decisión de proceder a la ocupación directa

Según la demanda, la ocupación directa de terrenos en el ámbito urbanístico es una modalidad de la expropiación forzosa, y como tal requiere la previa declaración de utilidad pública, ausente en el presente caso. A estos efectos cita tanto la STC nº 61/1997 como la STS en el recurso nº 36/2007, que estiman que la ocupación directa es una modalidad singular de expropiación. Lo que se corresponde con el concepto contenido en el art. 1.1 de la LEF, que caracteriza como tal cualquier forma de privación singular de la propiedad privada, exigiendo su art. 9 la previa declaración de utilidad pública o interés social.

Asimismo, niegan los recurrentes que pueda admitirse la existencia de de una declaración de utilidad pública implícita, porque no se corresponde con una dotación pública prevista en un planeamiento de ordenación pormenorizada. Y ello porque la STSJPV nº 511/2015, de 4 de noviembre, anula la aprobación definitiva del Plan Especial de Ordenación Urbana del AGI 231 (Balparda). Al desaparecer el Plan Especial, queda el ámbito sin proyecto de urbanización, pues las dotaciones locales (como es el caso del vial interior para cuya construcción se ha acordado la ocupación de terrenos) no forman parte de la dotación estructural; en este sentido, el art. 52 del RGU admite la ocupación directa sin expropiación forzosa si los terrenos están destinados a sistemas generales en un plan parcial o especial, que ya no existe al haber sido anulado.

Para el Ayuntamiento, la declaración efectuada en la STC citada resulta de aplicación únicamente a los efectos de la determinación de la competencia sobre la legislación en la materia. Por el contrario, la regulación de la ocupación directa en la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, no establece como trámite la previa declaración de utilidad pública; por el contrario, el art. 188.4 establece la posibilidad para el propietario, transcurridos cuatro años desde el acta de ocupación sin aprobación de la reparcelación definitiva, de instar la expropiación conforme al art. 185, con lo que resulta evidente la diferencia entre ambas instituciones. No hay obligación legal, por tanto, de declarar la utilidad pública antes de la ocupación directa de terrenos.

Subsidiariamente alega la Administración que la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística conllevan la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes correspondientes, entre los que se deben entender incluidos los terrenos precisos para las conexiones exteriores con las redes, sistemas de infraestructuras y servicios generales, según el art. 88 RGU. Por su parte, el art. 10 LEF declara que la utilidad pública se entiende implícita en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio. El PGOU de 1998 ya recogía respecto del Área de Gestión Industrial 231 la ordenación pormenorizada, como lo demuestra que se haya efectuado e inscrito la reparcelación. La obra ejecutada se circunscribe a la ordenación pormenorizada contemplada en el PGOU, sin que la parte actora impugnara la aprobación del proyecto de construcción del vial interior, llevada a cabo mediante acuerdo de 14 de marzo de 2014, por lo que este acto ha devenido firme y consentido, sin que conste prueba que permita suponer que dicha obra no se haya ajustado a la ordenación pormenorizada contenida en el PGOU.

La STC nº 183/2013, de 23 de octubre, recuerda los pronunciamientos contenidos en las anteriores sentencias 61/1997 y 164/2001, concluyendo, en lo que ahora importa, que “de la doctrina transcrita se deduce que la ocupación directa y la expropiación forzosa son instituciones distintas bien que inescindiblemente relacionadas entre sí, pues en la primera se entrelazan, junto a aspectos de las técnicas de gestión urbanística, elementos propios de la expropiación forzosa”.

En efecto, la obtención de terrenos para usos dotacionales puede llevarse a cabo mediante distintos mecanismos, como son la inclusión de los suelos en unidades de ejecución, los acuerdos de cesión, venta o distribución de los aprovechamientos urbanísticos, la expropiación forzosa o la ocupación directa. Que estas últimas compartan algunas notas de sus respectivos regímenes jurídicos no llega a confundir su específica

función, requisitos y procedimientos. De ahí que, por ejemplo, la ocupación sin aprobación definitiva del instrumento de redistribución confiera el derecho, transcurridos cuatro años, a instar la iniciación del expediente de justiprecio, propio del proceso expropiatorio, con lo que ocupación y expropiación se suceden sin confundirse.

Es lo cierto que la diferencia entre expropiación y ocupación directa no llega hasta el extremo que considerar que ésta última autorice a la Administración actuar de plano, obviando las garantías que son inherentes a aquella. Cualquier ablación forzosa del derecho de propiedad debe realizarse dentro de los límites que impone la protección de este derecho fundamental.

Es por eso que la Administración debe ejercer su discreción en la gestión urbanística con atención a garantías que armonicen el interés general con los derechos de los particulares: la Administración tiene que determinar con carácter previo el aprovechamiento que corresponde al titular (que el ámbito de la legislación vasca se traduce en la edificabilidad –art. 188.2 de la LSUPV), determinar la unidad de ejecución en que deberá hacerse éste efectivo y respetar el plazo máximo que establezca la normativa de aplicación a los efectos de actuar dentro del que se abra con la aprobación del instrumento que legitime o ampare la ocupación directa. A la Administración también se le exige cumplir con unos requisitos procedimentales esenciales, cuales son: la notificación a los interesados de la relación de terrenos y propietarios afectados, con especificación del aprovechamiento que les corresponde y su definitiva ubicación; la actuación sólo tras el transcurso de un plazo que permita a aquellos reaccionar de manera eficaz; y la formalización mediante un acta de la efectiva ocupación, haciendo constar los requisitos sustantivos enumerados anteriormente.

Examinando las posiciones de las partes y la prueba aportada al procedimiento, hay que comenzar por subrayar que el Jefe del Servicio de Gestión Urbanística del Ayuntamiento demandado, compareciendo como testigo, declaró en el plenario que el ámbito se reparceló sin ordenación pormenorizada, porque ésta estaba ya definida en el Plan General. En el mismo sentido, la testigo Directora del Área de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento declara que el PGOU contiene para este ámbito una ordenación suficientemente pormenorizada como para que se haya producido una reparcelación que la desarrolla.

Este grado de determinación del planeamiento explica que en el acuerdo de incoación del expediente de ocupación directa se recojan los parámetros urbanísticos del PGOU, la relación de las parcelas de la reparcelación afectadas (con su superficie total y la que resulta afectada por la necesidad de ocupación) y la edificabilidad urbanística (folios 33 a 36 del expediente administrativo). El acto cumple con todas las exigencias de contenido exigibles y enumeradas con anterioridad. Su suficiencia jurídica asimismo explica que la reparcelación se haya inscrito, como sin controversia admiten las partes.

En un informe del Área de Obras y Servicios del municipio se solicita del Área de Urbanismo poner a disposición del mismo el suelo preciso para la construcción del vial interior, tal y como aparece descrito en el PGOU (folio 15 ss. del expediente), lo que despeja las dudas sobre la predeterminación del destino del suelo controvertido conforme al planeamiento, por mucho que el instrumento que habitualmente debería haber

desempeñado tal función de especificación de dotación locales haya sido anulado por resolución del TSJPV.

Por tanto, lo relevante, a los efectos que ahora interesan –es decir, a la hora de apreciar si la Administración actuaba bajo una cobertura legal suficiente para acordar la ocupación directa- es que los instrumentos vigentes y aplicados tenían un grado de concreción suficiente. Y que eran conocidos por la parte recurrente, a quien asimismo se le notificaron los acuerdos previos a la ocupación y que no impugnó el acto por el que se acordó la aprobación del proyecto de construcción del vial interior, es decir, el acuerdo de 14 de marzo de 2014, respecto del que se aquietó. Estando la declaración del interés público implícita en la declaración de ocupación, tanto por la alegada cláusula del art. 10 LEF como por la naturaleza de instrumento para la gestión urbanística que corresponde a la ocupación directa -al aparecer ordenada a proporcionar terrenos afectos por el planeamiento a dotaciones públicas-, no puede estimarse que, en el caso presente, el Acuerdo recurrido incurra en vicio de ilegalidad por haber actuado el Ayuntamiento demandado al margen de la cobertura legal requerida.

TERCERO.- Desviación de poder

La desviación de poder es, según el art. 63.1 de la Ley 30/1992, un vicio de anulabilidad de los actos administrativos, cuya definición legal está en el art. 70.2 de la LJCA, para el cual “se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”. Esta regulación es reflejo de lo previsto en el art. 103.1 CE, a tenor del cual “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, constando ya asegurada la interdicción de la arbitrariedad en el art. 9.3 CE, y el control jurisdiccional en el art. 106.1, en relación con el art. 117.3 del mismo texto. Además, la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 establece que “la Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla”.

No puede exigirse una prueba plena sobre su existencia, pero tampoco fundarse ésta en meras presunciones o conjeturas. La STS de 21 de octubre de 1988 afirma que “la desviación de poder no ha de fundarse en meras presunciones ni en suspicacias y espasiosas interpretaciones del acto de autoridad sino en hechos concretos y es menester una demostración clara y palmaria de que el ejercicio de las potestades administrativas se ejercieron torcidamente”, pero, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003, también se permite, por la dificultad de probar la desviación de poder, que solamente se consiga “la convicción moral de que las motivaciones del acto o de la sentencia, fueron ajenas al interés público concreto que la potestad conferida por el ordenamiento debe servir, sin que basten simples conjeturas, meras presunciones o errores en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico”. Es necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el juez o tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde

antiguo, considera que la institución de la desviación de poder solo debe intervenir de forma subsidiaria para hacer frente a actos administrativos exteriormente acordes con las reglas de competencia y de procedimiento e incluso con las de derecho material aplicado, pero que internamente suponen “una contravención del sentido teleológico de la actividad administrativa desarrollada” (STS de 7-4-86), “una distorsión de la normal finalidad del acto” (STS de 11-4-89), una “no utilización de la potestad administrativa de forma objetiva, acorde con la finalidad perseguida” (STS de 12-5-86) , exigiéndose una “demostración de una finalidad torcida” (STS de 9-6-86), la demostración de “perseguir una finalidad espuria” (STS de 11-6-86), “un propósito de satisfacer intereses extraños al bien público” (STS de 26-12-60), siendo preciso demostrar que el acto impugnado, ajustado a la legalidad extrínseca, “no responde en su motivación interior al sentido teleológico de la actividad administrativa” (STS de 9-4-87) , no cabiendo confundir la desviación de poder con el mayor o menor acierto del acto (STS de 19-5-86), siendo insuficiente frente a la presunción de legalidad del acto, presentar meras conjeturas o sospechas (STS de 9-6-86), exigiéndose igualmente proporcionar los datos para crear en el Tribunal la convicción moral de su existencia (STS de 14-4-86).

En el caso presente, la demanda pretende fundar la desviación de poder en el hecho de que el resultado de la acción administrativa impugnada sólo favorece a una determinada empresa de distribución, que posee un supermercado en las inmediaciones del vial para cuya construcción se ha acordado ocupar terrenos propiedad de los recurrentes.

Sin embargo, como se ha razonado en el anterior fundamento jurídico, el vial ejecutado es una parte de la urbanización del ámbito prevista en el propio PGOU, que fue aprobado 16 años antes del acuerdo ahora fiscalizado.

Según la prueba practicada, el desarrollo del ámbito se tramitó a propuesta de la mayoría de las empresas que estaban en la zona y porque no se había ejecutado por la Diputación el denominado “Eje del Ballonti”, que da acceso al área en que se ubica un centro comercial; en la zona hay empresas con tráfico pesado (Carpintería Comercial Sifer), talleres mecánicos, una empresa de excavaciones con maquinaria importante y dos supermercados (el DYA al que se refiere la demanda y un nuevo Lidl); además hay unas 10 o 12 viviendas habitadas, por lo que el Área de Obras se vio obligada a instalar un semáforo para que mejorara la comunicación, porque había muchas quejas (declaración en el juicio de la Directora de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento). Según los planos obrantes en el expediente, el vial ejecutado no conduce exclusivamente a la parcela donde se instalará el futuro supermercado y constituye una mejora desde el acceso del Sistema General (en concreto desde la Avenida Antonio Alzaga).

Finalmente, si la construcción del vial no está ordenada a la satisfacción del interés general, no se entiende por qué la parte demandante no se ha alzado contra la decisión de construirlo, limitándose a impugnar la actuación instrumental destinada a procurarse suelo por parte de la Administración.

Por estos motivos, no se puede admitir que la parte que alega el severo vicio de la desviación de poder haya colmado la carga de la prueba que le incumbe, de manera que tampoco por este motivo puede ser estimada la demanda."

TERCERO.- Que el primer motivo de la apelación es el relativo a que la parte apelante aduce que no existe ordenación pormenorizada al haberse anulado el Plan Especial de Ordenación Urbanística del Area, con lo que no habría declaración de utilidad pública legitimadora de la ocupación directa.

La cuestión parte de que esta Sala, en setencia de 4 de noviembre de 2015 , procedió a anular el acuerdo de 28 de abril de 2014 del Ayuntamiento de Santurtzi, de aprobación definitiva del Plan Espeicial de Ordenación Urbana del AGI 231 Balparda (BOB 28-7-2014). El motivo que llevó a dicha anulación fue que se acreditó en el proceso la inviabilidad económica de dicho Plan Especial.

La parte apelante entiende que esto deja al área sin ordenación promenoriza generando la no conformidad a derecho de la ocupación directa que aquí si impugna.

La sentencia apelada hace referencia al resultado de las pruebas testificales del Jefe del Servicio de Gestión Urbanística del Ayuntamiento y de la Directora del Area de Urbanismo y Medio Ambiente del mismo, así como un informe del Area de Obras y Servicios, obrante a los folios 15 y ss. del expediente administrativo, habiéndose recogido sus extremos en el anterior fundamento jurídico de esta sentencia. Con estos elementos, concluye la sentencia apelada que los instrumentos urbanísticos vigentes y alicadas por el Ayuntamiento al caso poseían un nivel de concreción suficiente para su directa ejecución.

Insiste la parte actora en que tal concesión no se da en este caso con la anulación del Plan Especial.

Sin embargo, no hay prueba sobre esta alegación que destruya la convicción a la que ha llegado el Juzgador de instancia, y que la Sala ha de compartir, de acuerdo con el resultado de las pruebas practicadas y recogidas con anterioridad. Es decir, ha faltado una prueba idónea (como pudiera ser una pericial) que acreditase que el PGOU no contuviera una ordenación suficientemente pormenorizada como para ejecutar el área.

Partiendo, por tanto, de la congruencia de tal ordenación promenorizada, la ocupación directa recurrida tendrá declaración de interés público derivada de aquélla.

Por tanto, este motivo del recurso no podrá prosperar.

CUARTO.- Que la segunda cuestión que alegan los apelantes es la relativa a que entienden que el Ayuntamiento demandado ha incurrido en desviación de poder al considerar que la actuación recurrida sólo favorece a una empresa que es titular de un supermercado en las inmediaciones del vial para cuya construcción se ha acordado ocupar terrenos de los actores.

Ahora bien, como hemos señalado en el anterior fundamento jurídico, tal ocupación no es disconforme a derecho sino que ejecuta previsiones del PGOU que puede ejecutarse dado su grado de detalle.

No siendo disconforme a derecho al acto impugnado, la Sala entiende que no cabe apreciar la desviación de poder a la que se refieren los apelantes.

QUINTO.- Que, si bien la apelación es desestimada, no procederá efectuar imposición de costas a la parte apelante que ha planteado una apelación jurídicamente compleja y profunda (art. 139 Ley 29/98).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III. FALLO

QUE, DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACION INTERUESTO
POR

CONTRA LA SENTENCIA DE 6 DE
ABRIL DE 2016, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 4 DE BILBAO, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS
LA SENTENCIA APELADA; SIN HACER EXPRESA
IMPOSICION DE LAS COSTAS DE ESTA INSTANCIA.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 01 0657 16, 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 nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.