
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA DE REFUERZO
Recurso nº 1086/1998. Sentencia nº 1031 (12-12-2002)

TEMA: PLANEAMIENTO

PLAN PARCIAL. APROBACIÓN DEFINITIVA. SECTOR 52.B.1.2.

Transferencia de aprovechamientos urbanísticos sobrantes entre parcelas sin autorización de sus titulares.

Incumplimiento del derecho de propiedad.

Ejercicio de la potestad del «ius variandi» por la potestad municipal.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Javier Albar García

MAGISTRADOS

D. José Alfonso Tello Abadía

D. Juan Carlos Zapata Híjar

En la Ciudad de Zaragoza a 12 de diciembre de dos mil dos.

Vistos por la Sección Cuarta de refuerzo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, los presentes autos de Recurso contencioso-administrativo nº 1.086/98 seguidos a instancia de M.I.I., representado por el procurador, Sr. J.G., que renunció, y defendido por el letrado, Sr. M., que sustituyó al Sr. C., contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 29-5-1998 que aprobó definitivamente la Modificación del Plan Parcial 52.B.1.2 según proyecto redactado por E.M.A.U., y siendo promovido por J. y M. L., S.L., C. y O. P., S.A. y C.A.S., S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.— Con fecha 3-8-1998 fue turnado a esta Sala escrito interponiéndose recurso contencioso administrativo por la actora contra la resolución señalada más arriba. Mediante proveído de fecha 16-10-1998, se tuvo por interpuesto el recurso contencioso administrativo, y se reclamó el expediente administrativo, publicándose los correspondientes edictos. Tras la recepción del expediente administrativo, se dio traslado a la actora para deducir la demanda, presentándose con fecha 21-12-1998 y en la que se suplicaba se declarase nula la resolución impugnada. Mediante proveído de fecha 22-12-1998 se tuvo por formalizada la demanda y se dio traslado a la Administración demanda para que contestase a la demanda, trámite que evacuó con fecha 22-1-1999. Tras recibirse el recurso a prueba se practicó la que consta en autos, y después de personarse J. y M. L., S.L., C. y O. P., S.A. y C.A.S. S.A y presentarse escritos de conclusiones, en fecha 24-7-2000 quedó pendiente de señalamiento. Mediante Acuerdo de la Presidencia de la Sala de 2-9-2002 se constituyó la Sección Cuarta de refuerzo a la que se atribuyeron entre otros el

presente recurso. Mediante proveído de fecha 7-10-2002 se designaba nuevo ponente y se señalaba para votación y fallo el 12-12-2002.

SEGUNDO.— En la tramitación de este recurso se han observado los trámites y prescripciones legales, y su cuantía es indeterminado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.— Por la recurrente se alega que se ha infringido lo prescrito en la aprobación provisional; que se han transferido unos aprovechamientos sin la autorización de todos sus titulares, en concreto desde las parcelas A y B, que se dividieron en 102, a la parcela C, sin respetar la patrimonialización que de tales aprovechamientos corresponde al recurrente, entre otros, con lo cual, y es el tercer motivo, se ha infringido el derecho de propiedad.

SEGUNDO.— Antes de entrar en el fondo del asunto, habría que hacer un breve resumen de los hechos que han dado lugar a la compleja situación. Así, el 8-8-1994 la C.E., propietaria de las parcelas A, B y C, solicitó la modificación del Plan Parcial, al objeto de transferir los aprovechamientos sobrantes en las parcelas A y B, en las que se habían construido unifamiliares y que por el tipo de construcción hacían difícil agotar dichos aprovechamientos, hacia la parcela C. Como entró en suspensión de pagos la citada Cooperativa, la Comunidad de Propietarios A.—A. pidió ser parte y continuar con la modificación, ello con fecha de 2-4-1996. Se aprobó inicialmente la modificación el 24-4-1996. Por la mencionada Comunidad se llegó a un acuerdo con la AIE Avenida de la Jota, 10-7-1996, por la que la misma, que había adquirido la parcela C, se comprometía a continuar con las obras, que estaban sin concluir, de los unifamiliares, a cambio de lo cual la Comunidad pagaría una cantidad determinada y además, lo que se plasmó en otro contrato, cedería los aprovechamientos sobrantes, todo ello a fin de solucionar el problema grave creado a los propietarios de las parcelas que veían inconclusos sus unifamiliares, En el mismo contrato de obra figura que el hoy recurrente había revocado sus poderes a la Comunidad. El 12-12-1996, E. reconoció en escritura pública la titularidad de los propietarios de las parcelas respecto de los aprovechamientos. En la misma fecha consta la mencionada cesión a la AIE condicionada a la conclusión de la obra. El 7-2-1997, la AIE vende la propiedad de la finca que hay sobre la parcela C a Residencial L.J., la cual el 28-5-1997 la vende a los actuales propietarios. Aparte del recurrente, había un pequeño grupo de disidentes de la Comunidad, folios 493 y 732 por diversos motivos, que no han recurrido. El 17-3-1998 se aprobó provisionalmente la modificación, y finalmente el 29-5-1998 se aprobó la resolución hoy recurrida.

TERCERO.— La cuestión de fondo, pese a lo complejo del expediente, es en realidad muy concreta, y versa sobre la posibilidad de que en una Modificación de un Plan Parcial se produzca una transferencia de aprovechamientos de unas a otras parcelas, debate que no se ha de ubicar propiamente en la posibilidad de transferencia de aprovechamientos, eso viene después, sino en la

posibilidad que tiene el planeamiento de modificar aprovechamientos anteriores no realizados, tal y como propugna el Ayuntamiento. En efecto, aquí nos encontramos con que en desarrollo del Plan Parcial se dejó sin materializar unos aprovechamientos, materialización que además, según los informes —cuyos párrafos han sido selectivamente invocados por el recurrente— del Jefe de Departamento de Planeamiento Público, C.B., folio 1.410 y ss. y el jurídico del mismo Departamento de 6-3-1998, folio 1.417, eran imposibles de materializar, ya que al haberse construido como unifamiliares, lo que conlleva unas limitaciones de planta, alturas, etc., han visto limitado dicho aprovechamiento, de modo tal que las licencias, a cambio de ganar calidad en las viviendas, no han podido materializar al máximo dichos aprovechamientos. Es aquí donde se debe de hacer una breve reflexión sobre el «ius variandi». Así, la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el «ius variandi» que en este ámbito se reconoce a la Administración, y por ello, la revisión o modificación de un instrumento de planeamiento, no puede, en principio, encontrar límite en la ordenación establecida en otro anterior de igual o inferior rango jerárquico o en posibles derechos adquiridos, que podrían ser objeto de diversas formas de compensación, como al fin y a la postre ocurre siempre en la materia urbanística, en la que hay múltiples maneras de que el derecho abstracto de cada uno alcance, en aprovechamientos o indemnizaciones, satisfacción concreta suficiente. Este «ius variandi» reconocido a la Administración por la legislación urbanística —artículos 47, 48, 49 y 50 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976— se justifica en las exigencias del interés público, actuando para ello discrecionalmente —no arbitrariamente— y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución.

Esta facultad innovadora de la Administración, plasmada en la ordenación urbanística, tiene sus propios límites, derivados del necesario acatamiento de los estándares urbanísticos previstos en la legislación general y básica sobre ordenación del suelo, no menos que a la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público, a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial, con ausencia de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de la problemática urbanística planteada dentro de una realidad social determinada. (STS 23 de abril de 1998 y de 2 de noviembre de 1999 , entre muchas otras).

Es doctrina harto consolidada del Tribunal Supremo (Sentencias de 18 marzo 1998, 11 diciembre 1997 y las en ellas citadas), que en el ejercicio del «ius variandi», que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente —que no arbitrariamente— y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental, frente al ejercicio de tal potestad en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la

función social de la propiedad, o la estabilidad, o la seguridad jurídica, o con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 de la Ley del Suelo.

En el caso presente, la anterior propietaria ya había promovido la modificación, respecto de la cual no hubiesen tenido más remedio que aceptar los futuros compradores, todo ello con el fin de sacar el máximo rendimiento al aprovechamiento urbanístico, que por la forma de construcción no había sido posible agotar en las unifamiliares. Al producirse la suspensión de pagos de la C.E. se creó una situación social difícil, al dejar sin terminar las viviendas, para cuya solución, entre otras cosas, se pretendió la continuación de la modificación, a fin de que los propietarios de las parcelas procedentes de las A y B pudiesen sacar un rendimiento económico a los aprovechamientos «desaprovechados», valga la expresión, y es lo que se ha venido a aceptar por el Ayuntamiento, salvando unos obstáculos que no habrían existido si no se hubiera arruinado la Cooperativa. Por tanto, en principio no hubo arbitrariedad, ni agresión a la función social de la propiedad, ni desviación de poder ni atentado a los intereses generales ni a la seguridad jurídica. Los únicos obstáculos pueden provenir de lo que el recurrente considera un «despojo» de sus derechos, que considera patrimonializados, con lo que ello supone de ataque a la propiedad, y de un incumplimiento en la aprobación definitiva de lo previsto en la aprobación provisional

CUARTO.— En cuanto a la «patrimonialización» del derecho, debe de tenerse en cuenta varias cuestiones.

En primer lugar, cuando se habla de aprovechamientos urbanísticos una cosa es que se posea un derecho más o menos abstracto a aprovechar una determinada volumetría o superficie y otra que tal derecho, cuando no se usa, se convierta en una suerte de derecho «erga omnes», ligado al inmueble, de modo tal que no pueda estar sujeto a alteración. Al contrario, los aprovechamientos urbanísticos se caracterizan por un cierto carácter abstracto, desligado de la misma propiedad, de modo tal que, según el tipo de sistema de gestión, al final le corresponda a alguien incluso una parcela, con un determinado derecho de edificación, que no tenga, físicamente, nada que ver con la finca de la que es originariamente propietario, o bien un simple derecho de indemnización, si no puede obtener una parcela o unidad mínima edificable. Ello ya relativiza enormemente la pretensión del recurrente, que no puede pretender oponerse al «ius variandi» de la Administración por el simple hecho de no estar de acuerdo, y además a unos noventa propietarios, con base en ese derecho. Por el contrario, lo que se confiere es un derecho de aprovechamiento, que puede agotarse o no, y que cuando no se agota puede ser susceptible de aprovechamiento posterior o no. Por ello, en el caso de que no haya sido aprovechado, y posteriormente haya una modificación del Plan, lo que podrá pretender en su caso es que se le permita entrar en la nueva Junta de compensación, si se sigue tal sistema, o que se le indemnice por esa transferencia o

pérdida, pero no que se convierta en una suerte de derecho real en plena almoneda, ya que ese aprovechamiento sólo es tal ligado a un plan, no pudiendo transmitirse a cualquiera y en cualquier momento. De hecho, los informes que la parte invoca, en realidad, si se leen completos, más bien son contrarios a su posición, cuando dicen, por ejemplo, folio 1.419, «queda descartada la posibilidad de dejar los aprovechamientos sin materializar en las parcelas del alegante, porque ello supondría la existencia de dos ordenaciones en las parcelas A y B (los que transfieren el volumen y los que no transfieren)» con lo cual vienen a rechazar de plano esa posibilidad de mantener el derecho al aprovechamiento del mismo de modo individual en su parcela y vienen a exigir que haya una sola planificación. Si ello lo unimos a la conclusión anterior, según la cual era posible la variación del Ayuntamiento, al menos de forma apriorística, ello nos llevará a otra conclusión, que es la de que el recurrente no puede ni utilizar individualmente su aprovechamiento ni oponerse sin más —sólo si hay una actuación antijurídica de la Administración— como podría oponerse a vender o a arrendar su casa, por puras razones de oportunidad o conveniencia. La salida del recurrente será, por tanto, bien entrar en la Junta de Compensación bien obtener la indemnización, bien aceptar el acuerdo al que se llegó de forma mayoritaria.

En segundo lugar, debe de tenerse en cuenta que en el caso presente no es posible, como se explica en los mencionados informes, materializar los aprovechamientos no empleados, y ello por cuanto al tratarse de viviendas unifamiliares, que sufren otros condicionamientos, además de los que vienen por la limitación de volúmenes, como lo puedan ser las distancias al límite de la parcela, la altura máxima o la superficie máxima de planta, es más difícil maximizar el aprovechamiento, y pueden quedar pequeñas porciones del mismo sin emplear, y que no podrán emplearse en el futuro, con lo cual difícilmente se puede hablar de perjuicio por el cambio de planeamiento, ya que el 237 del RDL 1/1992 establecía que había derecho a indemnizar por los aprovechamientos susceptibles de apropiación conforme al Plan anterior que hubieran sido patrimonializados, y que no pudieran materializarse por el cambio de planeamiento (se entiende que partiendo de que sí que fuesen materializables antes del cambio) y mal se puede considerar que son susceptibles de apropiación si, por el tipo de construcción, se ha hecho imposible ya su apropiación, y por ello tampoco se puede decir que pudiesen ser materializables. Más claro es, si cabe, el 41 de la ley 6/1998, que sustituyó al anterior, el cual prevé que no cabrá la indemnización cuando la ejecución no se haya concluido por causa imputable a la Administración, de lo que cabe deducir que si se ha llevado a cabo y no se han utilizado, ni puede hacerse ya, los aprovechamientos en su favor, sería cuestionable el derecho a la indemnización.

En tercer lugar, lo que tampoco se puede decir es que esos derechos se volatilicen o se pierdan en su totalidad, al menos en tanto en cuanto haya una posibilidad de empleo, y esta posibilidad viene dada por el cambio producido en el Plan Parcial que permite transferir el conjunto de aprovechamientos no utilizados, como decía el informe de 25-2-1998 del Jefe del Servicio de Pla-

neamiento Público, folio 1.412, el cual precisamente lo que dice es que no se producen perjuicios económicos por la transferencia de aprovechamientos, sino al contrario, ya que se da utilidad a unos aprovechamientos que, «de facto», eran de imposible utilización. Por ese motivo, el recurrente puede optar bien por integrarse, con base en ese derecho de aprovechamiento transferido, en la Junta de Compensación, en cuanto no lo ha transferido como hicieron la gran mayoría de los propietarios, y tal y como se prevé en el TR, punto 1-7-1, folio 26 (pg. 20 del TR) para los propietarios de las parcelas A y B que no den su conformidad a la transferencia de aprovechamientos, bien por aceptar dicha transmisión.

En cuarto lugar, y en relación a la necesidad de la conformidad de los propietarios, hecha en el informe de 6-3-1998, entendemos que la misma no es acertada, o al menos no tiene la dimensión que parece desprenderse, de «conductio sine qua non», sino que la falta de conformidad, de acuerdo con lo dicho en el fundamento tercero, no puede suponer obstáculo alguno a la modificación del Plan, sino que lo que puede dar lugar es a que todos los propietarios que no la acepten entren en el Sistema de Compensación, cosa lógica, pues si los titulares de la parcela C no obtienen la cesión de los aprovechamientos, deberán de soportar, una vez transferidos en virtud del cambio del planeamiento, la presencia de quienes no los hayan cedido, no siendo justo, evidentemente, que éstos se vean privados de sus derechos. Pero debe insistirse, estamos hablando de unas cuotas ideales de aprovechamiento, no de un derecho real tangible unido a la realidad física de cada parcela.

En quinto lugar, y en cuanto a la referencia que se hace a dicho informe y al juicio que el mismo hace de las alegaciones de las codemandadas, cuestionando la construcción teórica que las mismas hacen sobre la voluntariedad en la que se basaría la transferencia de aprovechamientos, estamos de acuerdo con ello, y no hace sino dar la razón a la primera conclusión, que se está ante una cuestión de planeamiento, en la que impera el «ius variandi» y en la cual las opciones de los titulares del aprovechamiento transferido pueden optar entre indemnización, en este caso ya se ha visto que complicada, integración en la gestión o cesión, pero en la que no pueden oponerse por mera voluntad de propietarios.

En consecuencia, tampoco ha habido afectación del derecho de propiedad ni infracción de otros derechos o de la seguridad jurídica.

QUINTO.— Queda por examinar la alegación sobre el incumplimiento, en la aprobación definitiva, de la condición puesta en la aprobación provisional según la cual «Antes de la aprobación definitiva de la Modificación Plan Parcial en cuanto autoriza el trasvase del volumen de las parcelas A y B sobre la actual parcela C, deberá otorgarse por los titulares de los derechos afectados la autorización prevista en el art. 33.1 del RD 1.093/1997, regulador de la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de Naturaleza Urbanística. En todo caso se condicionará la aprobación del expediente de planeamiento a la citada autorización que se otorgaría en el oportuno procedimiento modificatorio de

gestión». La misma lo único que implica es que se deberá de inscribir las cesiones de aprovechamiento de los que las hayan realizado, siendo obvio que no se incluirá la del recurrente, que no la ha aceptado. En cuanto al condicionamiento, en realidad fue un exceso, ya que corresponde todo ello a la fase de gestión, y más si se tiene en cuenta que, como se ha venido diciendo, aquí se produce no una transmisión, de las que se permiten, entre dos fincas con base en los aprovechamientos que el Plan concede y que se quieren distribuir —es decir, sobre lo que permite el instrumento, y sin cambiar éste, se transfieren los aprovechamientos— sino que lo que se ha producido es una modificación del Plan que ha transferido dichos aprovechamientos inicialmente previstos para una parcelas a otras —con lo cual se ha producido una alteración del instrumento que confería esos aprovechamientos, aunque la misma tenga su base en la regulación anterior, cambiando, por así decirlo, los aprovechamientos de Plan a Plan, más que de finca a finca— siendo incluso discutible la necesidad del mismo. En cualquier caso, ya en la aprobación definitiva se corrigió el error de condicionar el cambio en el Planeamiento al cumplimiento de un acto que en sí es instrumental y pertenece a la gestión, y hay que estar de acuerdo con ello.

Por todo ello, procede desestimar en su totalidad el recurso.

SEXTO.— No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, al no haberse apreciado temeridad o mala fe, conforme al art. 131 LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación la Sala acuerda el siguiente.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos en su totalidad el recurso interpuesto por M.I.I., representado por el procurador, Sr. J.G., que renunció, y defendido por el letrado, Sr. M., que sustituyó al Sr. C. , contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 29-5-1998 que aprobó definitivamente la modificación del Plan Parcial 52.B.I.2 según proyecto redactado por E.M.A. y U., y siendo promovido por J. y M. L., S.L., C. y O. P., S.A. y C.A.S., S.A., no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.