

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00498/2021

Tribunal Superior de Justicia de A CORUÑA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección segunda

Procedimiento ordinario 4180.2019

S E N T E N C I A

ILMOS. MAGISTRADOS:

D.JOSÉ ANTONIO PARADA LÓPEZ

D.JULIO-CÉSAR DÍAZ CASALES

D.ANTONIO MARTÍNEZ QUINTANAR

En A CORUÑA, a 29 de octubre de 2021

Vistos por la Sala, constituida por los Ilmos. Magistrados relacionados al margen, los autos del RECURSO DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0004180 /2019 entre partes, como recurrente, la entidad mercantil "FINCA DO CONDE, S.A" con C.I.F A-61432936, representada por el procurador D. César Ángel Escariz Vázquez, y asistida por el letrado Sr. Calixto Escariz Vázquez y como parte demandada Ayuntamiento de Vigo representado por el Procurador Sr. Juan Antonio Garrido Pardo y asistida por la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Vigo letrado Sr. Costas sobre urbanismo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpuso este Recurso contencioso-administrativo por "FINCA DO CONDE, S.A" con C.I.F A-61432936, representada por el procurador D. César Ángel Escariz Vázquez, y asistida

por el letrado Sr. Calixto Escariz Vázquez contra el Acuerdo del Pleno del Concello de Vigo de 24.07.2019, por el que se aprobó definitivamente el Instrumento de Ordenación Provisional de Vigo redactado por los técnicos de la Xerencia Municipal de Urbanismo de Vigo firmado digitalmente el 29.04.2019.

Se presentó demanda, tras haber recibido el expediente administrativo, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y que en síntesis consisten en: Destacar que el IET, y por ende el Concello en aras de agilizar la aprobación del IOP, parecen estar abriendo la puerta a un "repensamiento de la ordenación" lo que no es el objeto del instrumento de ordenación provisional, pues la incidencia paisajísticas de la de AOP 13 -Arquitecto Palacios-, así como su afección sobre bienes catalogados, ya fue debidamente valorada en su momento con ocasión del aprobación del PXOM 2008 al que se incorporó en su memoria justificativa un Estudio de Sostenibilidad Ambiental, Impacto Territorial y Paisajístico en que se produjo la valoración de la ordenación que se ha de recuperar, porque ello entendemos que debe queda fuera de los límites de una ordenación provisional prevista para superar una situación de inseguridad jurídica mediante la recuperación de la ordenación prevista en el plan anulado, y porque al mismo tiempo ello no deja de traducirse en la imposición de limitaciones singulares por el planeamiento, en clara merma de los derechos que la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia (LSG) reconocen a los propietarios de suelo urbano consolidado a edificar y materializar el 100% del aprovechamiento urbanístico. sin que sea el momento de la aprobación de un "excepcional" Instrumento de Ordenación Provisional, las limitaciones/ vinculaciones singulares que entendemos deberán ser compensadas por la Administración, sobre todo cuando por la propiedad se ha contemplado el proceso de transformación urbanística del suelo como se reconoce abiertamente por el ente municipal.

Termino por suplicar que se dicte en su día Sentencia en la que acuerde la nulidad del IOP de Vigo, en lo referente a la no inclusión de la totalidad de la superficie del Área de Ordenación Pormenorizada 13 - Arquitecto Palacios- (Finca do Conde) y, en consecuencia, se acuerde condenar al Concello de

Vigo, previos los trámites oportunos, a su inclusión en el IOP de Vigo; y todo ello con expresa imposición de costas ala parte demandada, por ser lo que corresponde con arreglo a mejor derecho.

SEGUNDO. -La demandada Ayuntamiento de Vigo contestó a la demanda exponiendo lo que estimó oportuno respecto a la fundamentación efectuada por la parte recurrente oponiéndose a la demanda presentada y reiterando los alegatos efectuados en la resolución recurrida, solicitando la desestimación de esta.

Se recibió el procedimiento a prueba tras la cual se practicaron conclusiones.

TERCERO. - Despachado por las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 28 de octubre de 2021, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Es ponente de esta Sentencia el Ilmo. Sr. Don José Antonio Parada López, que expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Planteamiento de la cuestión litigiosa.

Se impugna en el presente procedimiento el Acuerdo del Pleno del Concello de Vigo de 24.07.2019, por el que se aprobó definitivamente el Instrumento de Ordenación Provisional de Vigo redactado por los técnicos de la Xerencia Municipal de Urbanismo de Vigo firmado digitalmente el 29.04.2019.

SEGUNDO. - Resulta acreditado del expediente administrativo y documental aportada lo siguiente:

a.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto el Acuerdo del Pleno del Concello de Vigo de 24.07.2019, por el que se acordó aprobar definitivamente el Instrumento de Medidas Provisionales de Ordenación Previsto en el Artículo 88 de la Ley 2/2017, del 8 de febrero, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Ordenación, publicado en el BOP de Pontevedra nº 181 de 20.09.2019 (en adelante IOP de Vigo).

Se impugna la no inclusión en el IOP de Vigo de la totalidad del Área de Ordenación Pormenorizada 13 - Arquitecto Palacios- (Finca do Conde) (en adelante AOP 13-Arquitecto Palacios)

incorporada al Plan Xeral de Ordenación Municipal de Vigo aprobado definitivamente por Órdenes de la Conselleira de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes de 16.05.2008 y del Conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de 13.07.2009 (PXOM 2008), y anulado por Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015 (**Recurso de casación nº. 1658/2014**).

b) _____, en representación de la mercantil demandante, presento una alegación en la exposición pública del I.O.P. en relación con la "no incorporación" en la ordenación del I.O.P. de los espacios 1 y 4 de la AOP-13.

TERCERO.- El juicio de la Sala.

1.- Previamente debemos señalar como resulta del expediente que el IOP fue elaborado por los servicios técnicos de la gerencia municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Vigo y aprobado inicialmente en la sesión plenaria de 18 de julio de 2018 con la publicación en el Diario Oficial de Galicia de fecha 14 de septiembre de 2018 para la exposición pública y alegaciones.

Nos referimos a este extremo, por cuanto _____ en representación de la entidad Mercantil recurrente presentó una alegación en la exposición pública del IOP en relación con la no incorporación en la ordenación de dicho instrumento de las partes 1 y 4 de la AOP-13, alegación que no fue aceptada.

Tampoco resulta discutido entre las partes que dicho instrumento de ordenación provisional fue confeccionado como consecuencia de la anulación del PXOM de Vigo de 2008 por Sentencia del Tribunal Supremo del año 2015 y como consecuencia de esta anulación de volver a estar vigente la norma previa al PXOM de 2008 que era el PXOM de 1993.

Dicho IOP surge en amparo normativo tras la aprobación por la Xunta de Galicia con fecha de 8 de febrero de la Ley 2/2017, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación, publicada en el DOG nº. 28, el jueves 9 de febrero de 2017.

En la citada Ley refiere que podrán adoptarse medidas provisionales de ordenación urbanística en los siguientes

supuestos: En los que la declaración de nulidad de un instrumento de planificación urbanístico por una Sentencia firme (como es el caso de Vigo, en noviembre de 2015), que suponga que recobre la vigencia un instrumento de planificación anterior (en este caso, el Plan General de Ordenación Urbana de Vigo, PXOM 1993) y que no responda a la realidad urbanística existente en el término municipal, surgida al amparo del instrumento anulado. Extremos que se cumplen en el presente caso habida cuenta que desde el PXOM de 1993 existieron numerosos cambios normativos en que confluyen en determinadas normas al amparo del plan que recobra vigencia y están en contradicción con el mismo, de ahí que el IOP sirva para establecer en la medida de su ámbito una ordenación provisional hasta que se apruebe el nuevo PXOM de la ciudad.

Tras dar traslado de alegaciones del IOP por parte en la representación acreditada y por parte del Ayuntamiento de Vigo refiere que en la memoria del IOP se adoptó dicha decisión con base en los informes del Instituto de Estudios del territorio y de la Consellería de Cultura.

Debemos comenzar indicando que el instrumento de ordenación provisional no es un Plan General sin que tampoco pueda sustituirlo en el ejercicio de la potestad planificadora aunque sirva con carácter provisional para regular determinados extremos del urbanismo de la ciudad para evitar su parálisis en la solicitud y concesión de nuevas licencias.

Resulta igualmente acreditado del expediente que la AOP-13 solo fue ejecutado parcialmente de lo que derivó que la parte ejecutada se incorporó al instrumento de ordenación provisional y la parte no ejecutada no se incorporó.

Igualmente resulta acreditado y así lo corrobora la administración demandada que ante las 3 posibilidades que tenía el planificador de no incorporar la AOP-13, incorporarla toda o solo incorporar la parte ejecutada se optó por esta última solución teniendo en cuenta que simultáneamente se está a llevar a cabo la obligada revisión del Plan General.

La base de dicha decisión se sitúa en el informe del Instituto de Estudios del territorio de fecha 25 de junio de 2018 en cuanto a la imagen urbana y el impacto paisajístico y también en el informe de fecha 27 de septiembre de 2018 de la

Conselleria de Cultura sobre la consideración de protección del contorno del Pazo de la Pastora.

Con estos antecedentes debemos indicar que el instrumento de ordenación provisional de medidas provisionales de ordenación urbanística que se introdujo en la ley dos del año 2017 que era la ley de medidas de acompañamiento a los presupuestos generales de la comunidad autónoma en los artículos 84 y siguientes atiende a una situación que concurre en el presente caso cual es la existencia de un planeamiento general urbanístico declarado nulo por resolución judicial y que determina que surja de nuevo el planeamiento anterior pero con el condicionante que este no responde a la legislación urbanística vigente lo que produce qué a fin de evitar esta discordancia se habilita un mecanismo jurídico provisional de recuperación de algunas de las previsiones del planeamiento anulado (PXOM 2008) siempre que no contraríen la sentencia anulatoria y resoluciones judicial que se dicten o se hayan dictado, que no afecten al suelo rústico y que no afecten a bienes declarados o catalogados, en este último aspecto dice *el art. 86 que: "A los efectos de la protección del patrimonio cultural y de la aplicación de la Ley del patrimonio cultural de Galicia, la simple declaración de nulidad del instrumento de ordenación urbanístico no implicará la pérdida de la condición de bienes declarados de interés cultural o de bienes catalogados de los bienes incluidos en el catálogo del instrumento de ordenación anulado, siendo de aplicación en todo caso el régimen derivado de la legislación indicada"*.

Debemos de señalar en este aspecto que no está discutido que en el presente caso nos encontramos con el pazo de la Pastora y sus jardines los cuales fueron declarados monumento histórico artístico por decreto de 25 de febrero de 1955 hoy integrados como BIC.

2.-Respecto a las dos partes no incorporadas en el instrumento de ordenación provisional a la vista del expediente son el colindante con el pazo de la Pastora y el situado al otro lado del primer cinturón de circunvalación en donde al parecer según de la documental aportada se prevé el enlace con la variante (el cual aún está en fase de estudio informativo) de la autovía Vigo Porriño destinada a desconexión del vial adyacente.

Debemos indicar también que existe lógica correspondencia entre la decisión municipal impugnada y la efectuada por los informes de los órganos de la Xunta de Galicia en lógica correspondencia con el actual decreto 96 del año 2020 que aprueba el Reglamento General de la ley de protección del paisaje todo ello en relación con el artículo 60 de la ley del suelo de Galicia vigente.

La pretensión de la parte no puede tener acogida, en primer lugar por no dejar de ser una opinión de la parte en todo caso interesada pero sin base legal de apoyo al no indicar que precepto vulnera el IOP en relación a esta exclusión, ya que en primer lugar la ley dos del año 2017 no obliga en relación con planeamientos anteriores la incorporación integral de un planeamiento secundario o de un ámbito de gestión.

Tampoco consta acreditado que de incorporar a toda la AOP-13 al instrumento de ordenación provisional se resolvería en relación al Plan General de ordenación municipal de 1993 la discordancia entre las superficies y las delimitaciones de las unidades de ordenación previstas en uno u otro documento toda vez que según resulta de la AO 9 arquitectos Palacios del Plan General de ordenación municipal de 2008, la superficie de 46924 m2 solo recogía parte del ámbito del PEPRI finca do Conde con una superficie de 89264 m2.

Por lo demás no existe como ya advertíamos anteriormente obligación legal de incorporación de una ordenación coincidente con la recogida en el instrumento de planeamiento urbanístico anulado, ya que como toda decisión urbanística tiene un alto contenido discrecional por lo que la asunción por el Ayuntamiento de Vigo de los informes técnicos y jurídicos de los órganos sectoriales con competencias concurrentes en dicha materia parece razonable todo ello teniendo en cuenta la proximidad del pazo de la Pastora reconocido como BIC.

En este sentido es tradicional señalar que "la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, ya que -como ya destacaba el Preámbulo de la Ley Jurisdiccional de 1956- en toda decisión administrativa, por muy intensa que sea su discrecionalidad, hay siempre elementos reglados, como son la competencia, el procedimiento y el fin, que sí pueden ser objeto de control,

en segundo lugar la existencia y características de los hechos -los llamados "hechos determinantes"- escapan de toda discrecionalidad. La Administración, podrá tener facultades para valorarlos pero no para inventarlos o desfigurarlos, y en último lugar que la discrecionalidad se caracteriza por una libertad de elección entre varias soluciones, pero la solución elegida *debe ser conforme con el ordenamiento jurídico*".

Tampoco da la parte ningún razonamiento para no acoger los dictámenes autonómicos tanto del Instituto Ordenación del Territorio como de los órganos técnicos de la Conselleria de Cultura en los informes de fechas 25 de junio de 2018 y 27 de septiembre de 2018 que obran unidos al expediente administrativo los cuales no dejan de ser consecuentes en el ámbito al que afectan por su protección al paisaje circundante en el que se encuentra el Pazo de la Pastora.

Así respecto al Dictamen de fecha 25 de junio de 2018 en referencia al ámbito AOP 13-Arquitecto palacios indica que la previsión de dos edificios de 6 y 10 plantas en una parcela tan pequeña y delante de una urbanización de viviendas unifamiliares supondrá *un importante impacto paisajístico...Los impactos urbanísticos en (...) AOP 13 -arquitecto palacios se resuelve excluyendo del IOP los sectores de estas áreas de ordenación pormenorizada que provocaban problemas paisajísticos de tal modo que estos problemas de imagen urbana quedarán pendientes de revisión en el futuro PXOM.*

Igualmente en el informe de fecha 27 de septiembre de 2018 firmado por la Directora Xeral de patrimonio cultural advierte expresamente que deberán revisarse los contornos del Pazo de la Pastora de conformidad a los nuevos criterios de la ley de patrimonio cultural de Galicia y en concreto respecto al pazo de la pastora refiere también la necesidad de excluir la ordenanza 4 situado en el contorno, al oeste, para permitir que en la revisión del PXOM se estudie el área al Norte y al oeste.

La demanda debe de ser desestimada.

QUINTO. - Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998, dada la desestimación de la demanda se hace expresa imposición de costas procesales a la

parte recurrente con el límite de 1500 euros por todos los conceptos.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

PRIMERO. -Que desestimando la demanda interpuesta por la entidad mercantil "FINCA DO CONDE, S.A" con C.I.F A-61432936, representada por el procurador D. César Ángel Escariz Vázquez, y asistida por el letrado Sr. Calixto Escariz Vázquez y como parte demandada Ayuntamiento de Vigo representado por el Procurador Sr. Juan Antonio Garrido Pardo y asistida por la asesoría jurídica del Ayuntamiento de Vigo letrado Sr. Costas sobre urbanismo mantenemos la resolución recurrida.

SEGUNDO. - Se hace expresa imposición de costas procesales a la parte recurrente con el límite de 1500 euros por todos los conceptos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de casación bien ante esta Sala o bien ante la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, que conforme a lo dispuesto en el art. 86 de la LRCJA habrá de prepararse por escrito que habrá de reunir las condiciones exigidas en el art. 89.2 de la misma Ley, presentado ante la Sala en el plazo de 30 días desde su notificación.

Para admitir a trámite el recurso al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones este Tribunal el depósito al que se refiere la disposición adicional decimoquinta de la ley orgánica del poder judicial 1/2009 de 3 de noviembre.

Una vez firme, procédase a remitir testimonio de esta sentencia a la administración demandada en unión al expediente administrativo.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Asinado por: MARTINEZ QUINTANAR, ANTONIO
Data e hora: 05/11/2021 13:30:03

Asinado por: DIAZ CASALES, JULIO CESAR
Data e hora: 04/11/2021 15:14:16

Asinado por: PARADA LOPEZ, JOSE ANTONIO
Data e hora: 04/11/2021 12:26:20