

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	20

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ACTO ADMINISTRATIVO

SILENCIO ADMINISTRATIVO

Silencio positivo

En general

Licencia de obras

No se da en infracción normativa o de planeamiento

Supuestos

No procede

ADMINISTRACIÓN LOCAL

MUNICIPIOS

Atribuciones y competencias

Licencias municipales

Licencia de obras

Solicitud

Deficiencias en la tramitación

URBANISMO

Régimen urbanístico del suelo

Suelo no urbanizable

Construcciones

Criterios y requisitos

Explotaciones agrícolas

Aisladas, destinadas a vivienda

APLICACIÓN DE LA NORMA

EN EL TIEMPO

Problemas de derecho transitorio

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

PAÍS VASCO

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

INICIACIÓN

A instancias del interesado

INSTRUCCIÓN

Informes

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

PRUEBA

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.2.2 de Ley 25/2009 de 22 diciembre 2009. Modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Cita Ley 17/2009 de 23 noviembre 2009. Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

Cita RDLeg. 2/2008 de 20 junio 2008. Texto refundido de la ley de suelo

Cita Ley 45/2007 de 13 diciembre 2007. Desarrollo sostenible del medio rural

Cita Ley 2/2006 de 30 junio 2006. Suelo y Urbanismo, C.A. País Vasco

Cita Ley 4/1999 de 13 enero 1999. Modificación L 30/1992, Régimen Jurídico de Administraciones Públicas

Cita art.100.7 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.20 de Ley 6/1998 de 13 abril 1998. Régimen del Suelo y Valoraciones

Cita D 168/1997 de 8 julio 1997. Regulación de Explotaciones Agrarias Prioritarias en C.A. País Vasco y determinación de unidades mínimas de cultivo en distintos Territorios Históricos y Comarcas de la C.A.P.V.

Cita D 28/1997 de 11 febrero 1997. Aprobación definitiva de Directrices de Ordenación Territorial de C.A. País Vasco

Cita Ley 19/1995 de 4 julio 1995. Modernización Explotaciones Agrarias

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita RDLeg. 1/1992 de 26 junio 1992. TR Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

Cita art.6.4 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Bibliografía

Citada en "Primeras noticias jurisprudenciales de la directiva de servicios"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por D^a Marta recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto, anulando la sentencia impugnada y concediendo la licencia de construcción solicitada, con imposición de costas a la parte apelada.

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.

Por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián e Igeldoko Herri Kontseilua, se presentaron sendos escritos de oposición a la apelación formulada de contrario, suplicando se dicte sentencia desestimando el recurso interpuesto, con imposición de costas a la parte apelante.

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 24 de mayo de 2011, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.

Doña Marta recurre en apelación la sentencia 47/2009, de 18 de febrero de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 2 de Donostia-San Sebastián, por la que se desestimó el recurso 270/2007, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra Acuerdo de 16 de febrero de 2007 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, por el que se denegó la licencia de construcción de vivienda unifamiliar en la parcela NUM000 del Polígono NUM001 DIRECCION000 num. NUM002.

SEGUNDO.- La sentencia apelada.

Recoge el Acuerdo recurrido, plasma las pretensiones ejercitadas con la demanda, la preferente de nulidad de la resolución recurrida para que se declarase que la licencia solicitada había sido adquirida por silencio, y la subsidiaria de anulación de la resolución recurrida por contraria a derecho, en relación con los argumentos que incorporó la demanda.

En el fundamento 2º retoma los antecedentes que trasladó la demanda, la contestación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián como Administración demandada, así como la contestación de la codemandada Igeldoko Herri Kontselua.

En el fundamento 3º pasa a valorar el alegato referido al silencio positivo, para dejar constancia que en el concreto expediente se habían producido distintas interrupciones en la tramitación, para retomar las pautas del art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748 aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992 EDL 1992/15748, que quedó subsistente tras la STC 61/1997, lo que enlaza con pronunciamientos de la jurisprudencia, para concluir, en este caso, que la edificación proyectada no se ajustaría, en

cuanto a su configuración general y volumetría, a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes en el municipio, no cumpliendo lo dispuesto en el art. 35 de las Ordenanzas complementarias de edificación aplicables, retomando que, asimismo, estaría pendiente de restablecimiento de la legalidad urbanística porque, en su día, se procedió a un relleno de tierras y tala de arbolado que habían sido declarados ilegales, por sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 1 y por las de esta Sala de 17 de julio de 2006 y 14 de marzo de 2007, habiéndose impuesto la necesidad de reponer el terreno a su estado primitivo, por lo que, para la sentencia apelada, no podía acogerse el motivo de la demanda con el que se defendía que se tuviera por adquirida la licencia por silencio positivo.

El fundamento 4º de la sentencia apelada incorpora los distintos argumentos que trasladó la demanda subsidiarios a la pretensión principal en relación con el silencio positivo, tras lo que, en el fundamento 5º, partiendo de que se está ante una solicitud de licencia de 29 de julio de 2006, recoge la normativa fundamental que se consideró de aplicación: el art. 20 de la Ley 6/98, de 13 de abril de Régimen del Suelo y Valoraciones EDL 1998/43304 ; el art. 1.2 de la Ley 5/98, de 6 de marzo, del Parlamento Vasco, de Medidas Urgentes en materia de Ordenación del Suelo y Ordenación Urbana, dejando constancia que había sido derogada por la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo EDL 2006/98285 , con remisión expresa al contenido de su Disposición Transitoria Primera, apartado 3, para trasladar su último párrafo cuando recoge que las licencias para viviendas vinculadas a explotaciones agrarias que se hallaren pendientes de otorgamiento a la entrada en vigor de la norma, deberían sujetarse a lo previsto en ella, para dejar constancia que la Ley 2/2006 entró en vigor el 20 de septiembre de 2006, por lo que se consideró aplicable al caso, lo que enlaza con el contenido del art. 31.1.

También se trajeron a colación las Directrices de Ordenación del Territorio aprobadas por el Decreto 28/1997, de 11 de febrero EDL 1997/26801 , el art. 10 de éste, con precisiones complementarias, para retomar nuevamente precisiones del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 , su art. 15, en relación con los arts. 37.2, y 60.

Concluye, con las disposiciones normativas consideradas de aplicación, con referencia al Decreto Foral 82/1998, de 24 de noviembre, de coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias y suelo no urbanizable, para retomar su art. 1º, para concluir con alusión al art. 35 de las Ordenanzas complementarias de edificación, que ya referíamos fue considerada por la sentencia apelada en relación con lo debatido sobre el silencio positivo, para plasmar que ordenaba el sometimiento de la configuración general y de volumetría de las edificaciones en suelo no urbanizable a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes en el término municipal.

La sentencia apelada, en el fundamento 6º, integra lo que considera conclusiones de la prueba practicada, con remisión a las documentales incorporadas a los autos, así como con alusión al testimonio de la Sra. Noemi; entre otras consideraciones, traslada las conclusiones del informe de la pericial judicial, del perito Sr. Heraclio, en relación con el informe de 9 de octubre de 2008, así como respecto al informe pericial de mayo de 2008 de la perito Sra. Gabriela, perteneciente a Enhelur Zerbitzu Kooperatiba.

Va a ser en el fundamento 7º en el que la sentencia apelada hace consideraciones sobre la decisión denegatoria sustentada, como se decía, entre otros aspectos, en considerar que la explotación agropecuaria era insuficiente para justificar la necesidad de una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable, al recoger que para llegar a tal conclusión utilizó el parámetro UTA (unidad de trabajo agrario) como forma de evaluar si la entidad de la explotación agropecuaria justificaba o no la necesidad de la vivienda; señala que el concepto mismo de vinculación remitía a la necesidad de acreditar que la construcción de la vivienda era necesaria para el mantenimiento de la explotación agraria, tras lo que enlaza con el concepto de explotación agraria, como conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí mismo una unidad técnico-económica, con remisión a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias EDL 1995/14856 , que enlaza con el Decreto 74/1993, de 30 de marzo, por el que se creó y reguló el registro de explotaciones agrarias de la Comunidad Autónoma del País Vasco, donde se define la explotación agraria como el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular o cotitulares para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí mismo una unidad técnico-económica caracterizada generalmente por la utilización de unos mismos medios de producción y una única gestión, para señalar que en términos similares se recogía en el Decreto 168/1997, de 8 de julio EDL 1997/44842 .

Para la sentencia apelada no sería suficiente que exista explotación agraria para que deba autorizarse la construcción de una vivienda unifamiliar, retomando el contenido de las Directrices de Ordenación del Territorio, para precisar que centraron el concepto como residencia de agricultor, estrictamente ligadas a la explotación directa y previa demostración de su necesidad, con remisión al apartado 8.6.7.c).1, y asimismo, respecto a lo que recogía el art. 1.2 de la Ley 5/98 antes ya aludida.

Se considera que no existe extralimitación cuando se exige que la explotación existe y que tenga entidad suficiente para justificar la excepción a la regla general de prohibición de la construcción de viviendas en suelo no urbanizable, recordando que las DOT establecen la previsión de que la demanda se dirija hacia los núcleos rurales y los ámbitos clasificados y calificados urbanísticamente para acoger el uso residencial.

También se precisó que no se había aportado ningún elemento probatorio que permitiera concluir que fuera necesaria una vivienda para proseguir con la explotación agraria, considerando que la explotación tenía una entidad, como se había sostenido por el Ayuntamiento demandado y por la codemandada, que no justificaba que fuera necesaria la construcción de una nueva vivienda en suelo no urbanizable para el mantenimiento de la explotación agropecuaria.

En lo que interesa, en el fundamento 8º, la sentencia hace valoraciones sobre el argumento defendido por la recurrente de que el Ayuntamiento de San Sebastián sólo había aplicado concreto criterio a la parte recurrente y no a otros ciudadanos a los que se había concedido licencia, con remisión a la documental que constaba en autos, trasladando que el Ayuntamiento en la concesión de tal tipo de licencias no podía dejar de valorar la existencia de vinculación entre explotación agropecuaria y la edificación destinada a vivienda, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable, en relación con la realidad y entidad de la explotación agraria; se dice que las licencias que se concedieron no estarían sujetas a control jurisdiccional, careciéndose de datos al respecto, además de indicar que si

hipotéticamente se hubieran concedido licencias para la construcción de viviendas unifamiliares o bifamiliares en suelo no urbanizable, sin respetar la normativa urbanística, sin exigir la justificación de la necesidad de la vivienda vinculada a una explotación agropecuaria real, no supondría que el mismo criterio debiera mantenerse, porque no existía discriminación posible que pudiera ser estimada cuando el parámetro que se ofrece como término de comparación no se ajusta a la normativa aplicable, dado que se dice en todo caso no permitiría concluir que resulte una actuación administrativa acomodada a derecho aquella que no valora la necesidad y justificación de la vivienda para la explotación agropecuaria a la que se pretende vincular.

Con ello, se concluyó que no se podían acoger los motivos impugnatorios de la parte demandante, por lo que se mantuvo la decisión administrativa denegatoria de la licencia solicitada, porque no estaba acreditado que la vivienda proyectada estuviera ligada a la explotación agropecuaria en términos que justificaran la necesidad para el desarrollo de la explotación directa de la actividad desarrollada.

TERCERO.- El recurso de apelación de D^a Marta.

Interesa de la Sala que se dicte sentencia por la que se estime y se anule por ello la sentencia apelada, y se conceda la licencia de construcción solicitada, que ha de entenderse previa estimación del recurso contencioso-administrativo y anulación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián que la denegó.

La apelante precisa que la sentencia había incurrido en numerosos errores, en concreto numerosos errores en fechas, remarcando que recoge como fecha de solicitud de la licencia el 29 de julio de 2006, cuando la solicitud fue del mes anterior, 29 de junio de 2006; también precisa que en ella se plasma que el proyecto de construcción fue informado por los técnicos municipales el 2 de agosto y el 18 de octubre de 2006, cuando no existiría informe de 2 de agosto de 2006, desconociéndose de donde se saca ese dato; también se precisa que la Diputación Foral había informado sobre los criterios de actuación el 2 de enero de 2006, cuando no existe ese informe, al considerar que el informe al que se refiere la sentencia parece referirse al de 5 de septiembre de 2007.

Se señala que en la sentencia existen discordancias de fechas y errores, algunas sin importancia pero otras con trascendencia, en relación con el cómputo de los plazos, sobre todo vinculado al argumento en relación con la existencia de silencio positivo, dado que no sería lo mismo que la solicitud se produzca el 29 de julio, como recoge la sentencia, que el 29 de junio, un mes antes.

También se dice que no es lo mismo que haya un informe de los Servicios Técnicos Municipales de 2 de agosto, como erróneamente recoge la sentencia, o que no lo haya, y que el único informe municipal sobre la solicitud de 29 de junio de 2006 sea el de 18 de octubre de 2006.

Con ese punto de partida, y en relación con el fundamento 3º que, como veíamos, la sentencia apelada dedica a razonar sobre el silencio positivo, se parte de remarcar la real fecha de solicitud, el 29 de junio de 2006, en relación con las interrupciones que recoge la sentencia apelada, para considerar que la apreciación de interrupción del plazo fue errónea, porque la emisión del preceptivo informe de la Diputación es uno más dentro de los trámites del expediente, considerando que porque sea otra Administración la que debe emitir el informe no interrumpe los plazos legalmente establecidos para dictar resolución, para señalar que aunque sea un trámite contemplado en el Plan General como obligatorio no existiría disposición legal alguna en la que se alarguen los plazos para dictar resolución.

Para la apelante el que sí está regulado es el plazo que la Diputación tiene para emitir el informe, con remisión al Decreto Foral 82/1998, de 24 de noviembre, de coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias en suelo no urbanizable, con remisión a su art. 1.4 donde se recoge la idea de informe preceptivo vinculante, así como que se entenderá favorable si no se emite en el plazo de un mes.

Por ello, habiéndose solicitado la licencia el 29 de junio de 2006 y remitido el expediente a la Diputación el 17 de agosto de 2006, siendo el informe favorable de 23 de agosto de 2006, no existiendo informe municipal alguno hasta el 18 de octubre, se concluye que la adquisición de la licencia por silencio ya se había producido.

En relación con la nueva interrupción del plazo apreciado por la sentencia apelada, a partir del 18 de octubre de 2006, fecha en la que el Ayuntamiento requirió la presentación de documentación complementaria a la solicitante, se precisa que la solicitud que se hizo por el Ayuntamiento en tal fecha no fue de entrega de documentación complementaria, como erróneamente señala la sentencia, sino de corrección de defectos subsanables previo a la concesión de licencia, señalando que en el informe no se recogió ningún incumplimiento ni impedimento para la concesión de la licencia, sino simplemente defectos que la Administración requería subsanar de forma previa a la concesión de la licencia, sin referencia alguna a incumplimientos de carácter estético, y ello en relación con lo que posteriormente se pretendió respecto al incumplimiento del art. 35 de las Ordenanzas Municipales.

Se dice que por ello, y como además a la fecha de la solicitud el silencio positivo ya se había producido, debería dar lugar a la revocación de la sentencia y estimación del silencio.

En cuanto se recoge en la sentencia apelada de que la codemandada presentó escrito de alegaciones el 14 de diciembre de 2006, se dice que también es un error, porque no se personó en el expediente tramitado, ni con anterioridad al escrito de 14 de diciembre, ni con dicho escrito, para señalar que en dicho escrito se señalarían varios puntos pero ninguno atañería a las materias objeto de control para la concesión de licencia, competencia del Ayuntamiento, porque se oponían objeciones al informe favorable a la concesión de licencia emitido por la Diputación en agosto de 2006, manifestándose cuestiones cuya apreciación eran competencia exclusiva de la Diputación, para señalar que el Ayuntamiento entendió también que dicho escrito contenía cuestiones cuyo análisis era de la Diputación, en relación con el estudio de viabilidad, acreditación de estar en el censo de productor agrícola y acreditación de capacitación, que fue por lo que remitió a la Diputación solicitud para que dejara sin efecto el informe emitido en su día, el favorable de 23 de agosto.

También se considera que la sentencia incurriría en error cuando recoge que la Diputación remitió el 7 de febrero de 2007 informe respecto de las alegaciones, considerando que la denegación de la licencia era evidente y la resolución en la que se acordaba la denegación

de la licencia era de 16 de febrero de 2007, y por ello que no habían transcurrido tres meses, para remarcar que no existía informe de la Diputación de 7 de febrero de 2007 porque el informe al que parece referirse la sentencia sería el de 5 de septiembre de 2007.

Se dice, en relación con ello e insistiendo en el silencio, incluso prescindiendo de la conclusión ya anticipada, aun cuando pudiera considerarse que no se había producido por el primero de los argumentos y si se considera que con la solicitud de subsanación de defectos realizada por el Ayuntamiento el 18 de octubre de 2006, cuya subsanación se realizó el 17 de noviembre de 2006, se iniciaba nuevamente el cómputo de plazo, la resolución de concesión de la licencia debía haberse notificado antes del 17 de febrero de 2007, cuando se adopta la resolución fuera del orden del día, sin seguir el procedimiento establecido para ello, el día anterior al vencimiento de dicho plazo, precisando que no tenía registro de salida del Ayuntamiento hasta el 26 de febrero de 2007, por lo que había sido fuera del plazo establecido para ello.

Para la apelante no se sabe de donde se saca por la sentencia que hay un informe de la Diputación y en el que se dice que la denegación de la licencia es evidente, porque el informe no existe, dado que el único informe existente fue el emitido por la Diputación el 5 de septiembre de 2006, trasladando lo que literalmente contenía, para insistir y remarcar que no existía ningún informe de Diputación en el que se señala que la denegación de la licencia era evidente y menos de fecha 7 de febrero de 2007, dado que el único que existe, con posterioridad al ya emitido favorablemente a la concesión de licencia de 23 de agosto de 2006, se ratificaba en éste, y además ni lo revisaba ni lo revocaba, puntualizando sobre las materias competencias de la Diputación y sobre las normativas aplicables y el carácter de obligatorio o meramente orientativo de las normativas citadas por el Ayuntamiento para la denegación de la licencia, dejando únicamente la posibilidad de denegación a pesar del informe preceptivo y vinculante emitido en materia competencia del Ayuntamiento.

Por ello, se concluye que quedaba únicamente para apreciación por el Ayuntamiento, como motivo de denegación el cumplimiento del art. 35 de las Ordenanzas Municipales, porque el resto de motivos aducidos en el informe que sirvió de base para la denegación de la licencia eran competencia de la Diputación cuando ésta entendió que el informe favorable que se emitió en su día era correcto.

Se ratifica y concluye, en relación con ello, que tanto la acreditación de la vinculación de la vivienda a la explotación agraria, como la relación de dependencia y proporción adecuada a la intensidad del aprovechamiento, eran cuestiones cuya apreciación era única y exclusiva competencia de la Diputación, que había entendido por dos veces que se daba el requisito.

Tras ello, el recurso de apelación entra en consideraciones sobre el art. 35 de las Ordenanzas Complementarias y las conclusiones sacadas por la sentencia apelada, para considerar que la sentencia había incurrido en incongruencia, además de en errónea apreciación de la prueba.

Se señala, en relación con lo recogido en la sentencia, como veíamos en cuanto a que el terreno de la solicitud de licencia había sido objeto de un relleno de tierras y tala de arbolado declaradas ilegales, que con la prueba documental y pericial practicada sería incuestionable que los terrenos objeto de dicha sentencia son otros, como había quedado patente durante el procedimiento, con remisión a la pericial realizada a instancias del Ayuntamiento, que acompañó copia de control de obras municipales de 5.4.2003, página 10 del informe, donde se recoge que el propietario de la parcela en la que se han efectuado los movimientos de tierras ilegales es don Luis Andrés, y como contratista don Abel, para señalar que las fotografías que se muestran en dicho acta corresponden a otros terrenos que nada tendrían que ver con el objeto del pleito, así como la suspensión cautelar de obras sin licencia de 14.4.2003, en relación a la página 12 del informe pericial.

Se dice que en la localización de los terrenos afectados por los rellenos se marcarían claramente afectando a otra parcela, situada lejos de la parcela propiedad de la recurrente, para señalar que los rellenos realizados por ella cuentan con licencia concedida por el Ayuntamiento de 29.4.2005, señalando que son los que figuran fotografiada en las páginas 15 y 16 del informe pericial, en relación con la documental remitida por el Ayuntamiento; recoge del informe lo que en él se plasma en su página 14 en relación a que los rellenos, y en concreto los realizados con licencia concedida, nada tendrían que ver con los rellenos a los que harían referencia la sentencia del Juzgado num. 1 y de esta Sala, incidiendo en ello, como se dice, en la conclusión 5.a).1; se insiste en que según el informe pericial los movimientos de tierra en la parcela de la recurrente se habían realizado con licencia, y además ejecutados correspondiéndose con el proyecto y la licencia concedida.

Para la apelante la sentencia había hecho suya la afirmación del Ayuntamiento, sin valorar la prueba practicada, pretendiendo hacer valer que la parcela de la apelante estuviera afectada por un procedimiento judicial por obras ilegales, cuando el Ayuntamiento es el que identifica al propietario de otra parcela como autor de los mismos.

También se dice que la fecha de detección de los rellenos ilegales es abril de 2003, cuando la apelante solicitó licencia de movimientos de tierra en su parcela en 2005, que se concede sin que en ningún momento se haga mención alguna a los rellenos ilegales; se señala que, para mayor incongruencia, se han dado por buenos los expedientes judiciales iniciados sobre otra parcela, la del Sr. Luis Andrés, sin entrar a analizar que la apelante no ha sido notificada ni llamada a ningún procedimiento ni judicial ni administrativo, considerando que ello provoca indefensión, para señalar que de haberle afectado realmente, lo que se dice no sucede, se hubiera producido.

En cuanto a la tala de arbolado, se dice que no se realizó por la apelante, que adquirió la parcela posteriormente a que se produjera, además de que la solicitud de licencia para movimiento de tierras, incorporaba un estudio de revegetación de la parcela, que fue tenida en cuenta por la Diputación en el informe favorable de 15.3.2005, como por el Ayuntamiento, que la había dado por buena y concedió la licencia de movimiento de tierras con la revegetación propuesta.

Se defiende que la revegetación se realizó por la apelante acorde con la propuesta realizada y el informe de revegetación realizado por HAGINPE S.L., señalando que su representación lo ratificó, al señalar que el número de especies plantadas superaba con creces aquellas taladas en la parcela; con consideraciones complementarias se insiste en que el perito había ratificado que la parcela se había revegetado y que la revegetación se había realizado conforme al proyecto presentado ante el Ayuntamiento.

También se considera que se da cumplimiento del apartado 1 del art. 35 de la Ordenanzas, remarcando como complemento de lo ya trasladado respecto a ello, que tanto el Ayuntamiento como la sentencia apelada no van a trasladar cuales son los aspectos de dicho artículo que se infringe dado que se cita genéricamente, olvidándose de la existencia de un informe de integración paisajística, que se dice no discutido, y olvidándose, como así ocurrió con el informe del técnico municipal, cuando el informe de integración paisajística ya estaba en el expediente junto con el proyecto de solicitud de licencia.

En relación con la normativa de aplicación, insiste la apelante en la fecha de solicitud de la licencia, el 29 de junio de 2006, para traer a colación la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo, que entró en vigor el 20 de septiembre de 2006, rechazando la conclusión de la sentencia apelada de que fuera de aplicación al caso su Disposición Transitoria Primera.3, último párrafo, al considerar que sería clara respecto a cuales son las autorizaciones a las que será de aplicación la Ley, en concreto, las licencias para la reconstrucción de caseríos, que no sería el caso, y las autorizaciones para viviendas vinculadas a explotaciones hortícolas, que sí sería el supuesto en el que nos encontramos, para señalar que la autorización para vivienda vinculada a explotación no sería otra que la de la Diputación, como así se recoge en el Plan General como en el Decreto Foral 82/98, de 24 de noviembre, coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias en suelo no urbanizable, retomando el contenido del art. 3.5.2 del Plan General en cuanto a explotaciones agrarias comunes (N.U.), para incorporar su punto 1. y el cuarto guión del punto 5.

Tras ello, se retoma el art. 1 del Decreto Foral 82/1998, de 24 de noviembre.

Con ello, se concluye que, como ya señaló el Ayuntamiento, la autorización, que se dice es a la que se debería aplicar la Ley 2/2006 en caso de que no hubiera sido concedida, esto es, la de la Diputación, se considera que no es de aplicación la Ley pues se produjo el 23 de agosto de 2006, cuando la Ley 2/2006 no había entrado en vigor, precisando que así lo entendió el Ayuntamiento cuando en fecha 6 de noviembre de 2006 emitió informe, en el que se recogía que al expediente no le era de aplicación la Ley 2/2006.

Se dice que no había sido sólo el Ayuntamiento el que realizó tal interpretación, sino también la Diputación Foral en respuesta a solicitud realizada por el Ayuntamiento para que dejara sin efecto la autorización otorgada, con fecha 23 de agosto de 2006, así en septiembre de 2007.

Se insiste en que el Ayuntamiento reiteró la no aplicación de la Ley 2/2006, por lo que la apelante considera paradójico que existiendo dos informes, uno del Ayuntamiento y otro de la Diputación, en los que se entiende no aplicable la nueva Ley 2/2006, sin embargo se utilice como argumento en la sentencia para entender bien denegada la licencia.

En relación con la dudas de la sentencia apelada respecto a la capacitación profesional de la apelante, se dice que se aplica el art. 1.7 del Decreto Foral 80/2004 para entender no acreditada tal capacidad profesional, pero se señala que la sentencia omite que la estimación de este requisito corresponde únicamente a la Diputación Foral, cuando la Diputación Foral en su informe de septiembre de 2007 señaló expresamente que los criterios tenían el carácter de instrucciones internas de carácter orientativo e informativo, en concreto, que no podían considerarse de obligado cumplimiento al elaborar los informes.

Se remite la apelante a su demanda cuando defendió que el Decreto Foral 80/2004 no sería de aplicación a los requisitos para la obtención de autorizaciones ni licencias de construcción, lo que se dice también lo señaló la propia Diputación, a pesar de lo cual se dice que se cumple el requisito porque el alta en el registro de explotaciones agrarias es de 10.6.2004.

En cuanto a la normativa de aplicación recogida en el fundamento 5º de la sentencia apelada, se insiste en que se está ante una solicitud de licencia de vivienda vinculada a explotación agraria, solicitada antes de la Ley 2/2006, que no se considera de aplicación, insistiendo en que la Diputación Foral, en el ámbito de sus competencias, ya había autorizado con fecha 23 de agosto de 2006; también se dice que, en cualquier caso, todos y cada uno de los requisitos impuestos por la Ley 2/2006, que se considera no aplicable, serían requisitos cuya competencia de apreciación corresponde en exclusiva a la Diputación y no al Ayuntamiento.

Se considera por la apelante que no es de aplicación el art. 10 del Decreto 28/1997, de 11 de febrero EDL 1997/26801, por el que se aprobaron las DOT, porque se refiere a vivienda no vinculada a explotación agraria, prescindiéndose de aplicar el capítulo 8.5.c.3 y 8.6.7.c1, donde se habla de prohibiciones de construcciones de viviendas no vinculadas a la explotación agraria, así como los preceptos que referíamos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 sobre lo que se considera relevante el informe preceptivo y vinculante de la Diputación, que no fue considerado por la sentencia apelada.

En cuanto al contenido del fundamento 6º de la sentencia apelada, respecto a la prueba practicada, se dice que se incurre también en varios errores, considerando que tenían importancia fundamental en el fallo, en concreto respecto a conclusiones de informes periciales y lo que se recogió al calificar el edificio como bastante rotundo tanto en sus formas como en sus materiales, así como en las consideraciones que se hicieron sobre paneles fotovoltaicos y colectores solares en la cubierta del edificio, para defender que el sentido del informe sería el contrario al que se saca en la sentencia apelada, considerando importante la transcripción exacta de las frases del perito, considerando incorrectas las conclusiones de la sentencia apelada de que la edificación, según el perito, no estaría pensada para el aprovechamiento rural, así como en relación con las edificaciones sitas en suelo no urbanizable que debían responder a la tipología de caserío, para defender la apelante que en la pericial se señaló que el caserío como construcción rural tradicional tiene diversas manifestaciones y que el entorno estaría plagado de ejemplos de construcciones rurales de formas y volumetría diversa, incluso arquitectónicamente contemporánea; se dice que el perito define construcción rural tradicional como casa bloque, compacta, unifamiliar, exenta y con vocación de aislamiento, tipología a la que se dice responde el proyecto presentado, remitiéndose destacadamente a las páginas 28 y 30 en cuanto a la evolución del caserío durante su historia.

Se dice que desde ese punto de vista y de la definición genérica, aunque se admite que el edificio proyectado no responde exactamente a ninguna de los modelos históricos de caserío, sí respondería a tales definiciones y rasgos característicos, defendiéndose que se ajustaría a las definiciones genéricas derivadas del ejercicio de análisis histórico realizado, para remarcar finalmente que el perito en el acto

de ratificación manifestó que no respondía a ninguna de tales tipologías el noventa y tantos por ciento de la vivienda existente en el entorno rural.

Con ello, se defiende que debe decaer el motivo de no ajustarse el proyecto a la tipología, en cuanto a su configuración general y volumetría, en relación con la tipología de las construcciones rurales tradicionales existentes en el término municipal.

Se dice que aunque no se tuvo en cuenta por la sentencia, uno de los motivos de la pericial solicitada por el Ayuntamiento fue determinar si el proyecto se ajustaba o no a ese concepto genérico.

En relación con las valoraciones de la sentencia apelada respecto al informe presentado por la codemandada, de D^a Gabriela, se dice que se incurre en error cuando señala que la explotación cuenta con 3.983 m², trayendo a colación que quedaba claro en el expediente de obra que la explotación se montaba en fases, correspondiendo la parte de explotación actualmente en funcionamiento a una primera fase, en concreto, primera fase que correspondería a un 74% de la explotación, ello respecto a la viabilidad de la misma; en relación con consideraciones complementarias respecto a ello, se viene a defender por la apelante que la explotación debe estar montada al 100% con carácter previo a la concesión de la licencia de primera utilización y no de la licencia de construcción como pretendería la sentencia apelada, porque para la concesión de la licencia de edificación únicamente es necesario que los ocupantes sean productores agrarios reconocidos oficialmente, lo que se dice es un requisito cumplido y que la explotación presente una dimensión productiva suficiente para justificar la necesidad de cada una de las viviendas proyectadas, circunstancia que se dice, según el Plan General debe ser objeto de certificación por el Departamento de Agricultura de la Diputación, que se dice es un requisito también cumplido.

En relación con el último alegato de la sentencia apelada, respecto a los precedentes, se señala que no sería cierto que la apelante defendiera en su momento que el Ayuntamiento sólo había aplicado el criterio a ella, con remisión a que se habían aportado fotografías y practicado prueba acerca de licencias concedidas por el Ayuntamiento, no en relación, como recoge la sentencia, a la exigencia o no de justificación de la necesidad de vivienda vinculada a una explotación agropecuaria real, sino como ilustrativo de la interpretación del art. 35 del Plan General realizada por el Ayuntamiento.

Por ello, se considera claro que las licencias concedidas, cuya prueba consta, mantenían unas condiciones estéticas ilustrativas de la interpretación que del concepto de construcción rural tradicional en el entorno realiza el Ayuntamiento, ello en relación con lo que ya se indicó en primera instancia, en demanda y en conclusiones.

CUARTO.- Oposición del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.

Interesa la desestimación del recuso de apelación y confirmación de la sentencia apelada.

El Ayuntamiento asume los fundamentos de la sentencia apelada, se remite a lo que trasladó en contestación y en conclusiones, y asimismo lo que la codemandada trasladó en dichos escritos de contestación y conclusiones.

En primer lugar, ratifica que la licencia no se adquirió por silencio positivo porque, por un lado, se solicitó el 29 de junio de 2006, pero a partir de tal fecha el plazo de tres meses de que disponía el Ayuntamiento para resolver quedó interrumpido el 4 de julio y el 17 de agosto de 2006 en relación con el informe solicitado por el Ayuntamiento a la Diputación Foral, y el 23 de agosto de 2006, fecha en que se emitió; el plazo se dice volvió a interrumpirse el 19 de octubre de 2006, fecha en la que el Ayuntamiento requirió a la demandante para que aportara documentación complementaria del proyecto de construcción, aportándose el 17 de noviembre de 2006, así como y de nuevo el plazo quedó interrumpido por el escrito de alegaciones de la codemandada presentado el 14 de diciembre de 2006 por la remisión de dicho escrito a la Diputación Foral para informe el 26 de enero de 2007 y por el escrito de 1 de febrero de 2006 dirigido a la Diputación Foral por la actora oponiéndose a las alegaciones formuladas por la codemandada, con ello se concluye que la resolución que denegó la licencia de 16 de febrero de 2007 no se adoptó fuera del plazo de tres meses.

Además, en segundo lugar, se defiende que, de conformidad con el ordenamiento jurídico y pronunciamiento de los tribunales, no puede adquirirse por silencio licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico, para señalar que, en este caso, el proyecto constructivo vulneraba la normativa urbanística.

Continuando con el dictamen del perito Sr. Heraclio, se señala por el Ayuntamiento que se está ante un terreno sobre el que se proyectó la edificación, que era zona rural común, insistiendo, con el informe municipal, en que la edificación, la vivienda, no se adecuaba al entorno paisajístico en que se integraba, no adaptándose al ámbito rural, no respetando el art. 35 de las Ordenanzas complementarias de la edificación, BOG 14 de enero de 1999, remarcando que no se ajustaban al medio rural y a la tipología de las construcciones rurales, que para el Ayuntamiento se habría manifestado de forma clara por el perito Sr. Heraclio, para considerar que lejos de una edificación de carácter rural la demandante planteó una edificación unifamiliar de lujo en el campo.

Además de las razones urbanísticas suficientes para denegar la licencia, como defiende el Ayuntamiento, se dice que también existían las referidas a la explotación agrícola, retomando el art. 10 del Decreto 28/1987 del Gobierno Vasco que aprobó las Directrices de Ordenación del Territorio, en relación con el apartado 5.3 de las directrices y el art. 1.2 de la Ley 5/98 del Parlamento Vasco, defendiendo que se está ante un ámbito de actuación en el que se impone una interpretación restrictiva de las posibilidades excepcionales de edificación de viviendas en suelo no urbanizable, trasladando a colación lo que se razonó en la sentencia de esta Sala de 11 de mayo de 2007 en relación con las consecuencias que se derivaban de la Directrices de ordenación del territorio.

El Ayuntamiento considera de aplicación el art. 31.1 de la Ley 2/2007 de Suelo y Urbanismo, Ley de aplicación estando a la Disposición Transitoria Primera 3.

Se defiende que la demandante no cumplimentaba ninguno de los parámetros legales que se recogían en los previos preceptos, para defender que no se cumplían los requisitos exigidos por el Decreto Foral 82/98, de 24 de noviembre, ni en cuanto a su viabilidad económica ni en cuanto a la capacitación profesional agraria, por lo que se hacen valoraciones complementarias, incluso remarcar que

se trataría de una vivienda de lujo de 427,35 m², para defender que no se estaba ante una vivienda ni necesaria ni proporcionada a la explotación, insistiendo en que era susceptible de desarrollo y ejecución sin la vivienda, como habría manifestado la propia actora.

En relación con los precedentes trasladados por la demandante, se señala por el Ayuntamiento, de conformidad con la jurisprudencia, que sólo tienen virtualidad desde el cumplimiento de la legalidad por parte de quien los invoca, lo que se dice no sucedería en este supuesto, en el que la demandante no puede invocar los precedentes, con cita de otras edificaciones en la zona, atendiendo a que su solicitud de licencia no se ajusta a la legalidad, para remarcar que porque el Ayuntamiento haya podido cometer errores en el otorgamiento de licencia de edificación sobre suelo rural no significa que, invocándose los precedentes, hayan de prorrogarse e incrementarse la situación de ilegalidad.

Señala el Ayuntamiento también, y en el ámbito de lo debatido, que sin perjuicio del ejercicio de sus facultades urbanísticas respecto a la denegación de la licencia de construcción solicitada, también le cabía la crítica y la exposición de las razones por las que considera que el informe de la Diputación Foral no era correcto, así el que obra a los folios 5, 6 y 7 del expediente; respecto a la afección al terreno de obras ilegales de relleno de tierras y tala de árboles afectadas por las sentencias referidas por la apelada, se dice que el perito enumeró los expedientes que había estudiado para señalar que entre tales expedientes no estaba el abierto por el Ayuntamiento para la ejecución de las sentencias, considerando sorprendente que el perito dictamine que las obras ilegales no alcanzan al terreno de autos cuando no ha estudiado el asunto en profundidad.

Se puntualiza que el que el acta de la Junta de Gobierno Local no refleje las votaciones de sus miembros, obedecería pura y simplemente a que los acuerdos de tratamiento del asunto, fuera del orden del día, y de denegación de la licencia de autos fueron adoptados por unanimidad, insistiéndose en este pasaje también en las interrupciones de los trámites de la licencia, considerando que la codemandada estaría plenamente facultada para intervenir en el expediente, con remisión a los arts. 31.1.c) de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 , 304.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 y art. 8.2.c) de la Ley Vasca 2/2006.

Concluye el Ayuntamiento rechazando que la sentencia apelada incurra en incongruencia, con precisiones sobre el informe de la testigo perito Sra. Noemí, encargado y emitido a instancias de la demandante, ahora apelante, quien se dice que manifestó expresamente que su estudio se limitaba al aspecto paisajístico, para señalar el Ayuntamiento que de lo que se trata es de que la edificación de autos, pretendida sobre suelo no urbanizable, no se adapta a las características y a la configuración que ha de revestir una construcción en tal emplazamiento, causándole perplejidad el reproche que se formula a la sentencia recurrida por la apelante por haber entrado a considerar los informes del Departamento de Agricultura de la Diputación Foral, y por haber entendido no acreditada la capacitación agrícola de la demandante; se señala que sería evidente que tanto la codemandada como el Ayuntamiento pueden suscitar dichas cuestiones y que una vez suscitadas no es que puedan sino que la sentencia de instancia está obligada a entrar en el conocimiento y resolución de las mismas.

QUINTO.- Oposición de la codemandada, Asociación Igeldoko Herri Kontseilua.

También se opone al recurso de apelación e interesa la desestimación y confirmación de la sentencia apelada.

Insiste en la imposibilidad de adquisición de la licencia por silencio administrativo positivo, por la falta de cobertura urbanística de la licencia al atentar contra las normas de aplicación directa, trayendo a colación el art. 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748 de 1976, para enlazar con el art. 242.6 del Texto Refundido de 1992 y las consideraciones en relación con el art. 35 de las Ordenanzas Complementarias de Edificación; sobre las normas de aplicación directa en relación con la normativa que refiere, se trae a colación conclusiones de la jurisprudencia y de distintos tribunales, para incluso señalar que la vivienda proyectada sería propia de una película de Hollywood, vivienda de estructura metálica alargada, de una sola planta totalmente acristalada, que cuelga por un lado de sus fachadas como desafiando a la gravedad, vivienda de acero, corten y cristal, considerando que a todas luces, es una vivienda de autor, que difiere totalmente de la tipología de la construcción rural del entorno de Donostia y del conjunto del País Vasco.

En relación con ello se hacen valoraciones sobre la prueba practicada.

En segundo lugar, se defiende la imposibilidad de adquisición de licencia por silencio administrativo positivo frente al principio de prohibición de construcción de vivienda en suelo no urbanizable, salvo vinculación efectiva a explotación agraria.

En tercer lugar, se razona sobre la falta de vinculación necesaria y efectiva a la explotación agraria de la vivienda proyectada en relación con los antecedentes y prueba practicada.

En cuarto lugar, se razona sobre la imposibilidad de otorgamiento de licencia en la medida en que el terreno sobre el que se proyecta la vivienda está sometido a la ejecución de sentencia de restauración de la legalidad urbanística, en relación con las sentencias que ya refiere la apelada sobre relleno y tala de arbolado.

En quinto lugar, se considera de aplicación la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, en relación con las pautas de la Disposición Transitoria Primera 3 y lo recogido en su art. 31.1.

En sexto lugar, se defiende que nunca los eventuales precedentes ilegales pueden vincular la actuación administrativa posterior.

Como séptimo y último alegato, se defiende que en este caso se daría un claro ejemplo de fraude de ley, trayendo a colación el art. 6.4 del Código Civil EDL 1889/1 , para considerar que se da la artimaña legal de llevar a cabo una explotación agraria simulando tal apariencia, que se dice no daría para llegar a la mitad de ningún mes, utilizándose como tapadera para hacerse una espectacular casa, de arquitectura totalmente rupturista y desentonante respecto a la arquitectura tradicional, con costes que si se tuvieran que justificar con los ingresos obtenidos por la explotación agraria, no se pagarían ni los cimientos; se plasma que tal desproporción se traduce en una construcción en donde de sus más de 505 m² construidos, proyectados en rasante y bajo rasante, sólo 54 m² son los destinados a oficina y recepción de clientes y 30 m² para vestuarios, y todo el resto para necesidades residenciales.

Se concluye con alegatos respecto de la defensa del entorno rural y del litoral, en concreto respecto a lo que significa Igeldo.

SEXTO.- Antecedentes.

Como en esta sentencia se debe dar respuesta a distintas cuestiones, unas de carácter procedimental, de estricto procedimiento administrativo, singularmente vinculado a lo debatido sobre el silencio positivo, así como de fondo, para enmarcar la normativa de aplicación, además de necesario para clarificar lo que la apelante señala como errores varios en los que incurre la sentencia apelada, singularmente en cuanto a las fechas, es necesario retomar antecedentes que refleja, sobre todo, el expediente administrativo, así como los autos de primera instancia, que en lo sustancial son los siguientes:

1.- El 29 de junio de 2006, folio 1 del expediente y anexos en relación con la documentación aportada, D^a Marta presentó ante el Ayuntamiento de Donosita-San Sebastián, solicitud de licencia de obra mayor en relación con la parcela NUM000 del polígono NUM001, DIRECCION000 NUM002 de Donostia-San Sebastián, en relación con el proyecto básico de vivienda unifamiliar, vinculada a explotación agraria, suscrito por el arquitecto don Pedro, fechado el 21 de junio de 2006, visado el 29 de dicho mes, en el que se plasmó un presupuesto total de ejecución material de 259.100 euros y presupuesto total de contrata de 357.661,64 euros.

2.- Por Resolución de 4 de agosto de 2006, el Director de Urbanismo del Ayuntamiento remitió a la Diputación Foral de Gipuzkoa, al Departamento de Agricultura, para que informara de conformidad con el art. 1 del Decreto Foral 82/1988, de 24 de noviembre; folio 2 del expediente.

3.- El Departamento de Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral de Gipuzkoa informó exigiendo documentación complementaria, remitido al Ayuntamiento el 7 de agosto de 2006, corregido en documento de 5 de septiembre de 2007 remitido al ayuntamiento (fecha de salida 7 de septiembre de 2007), como se desprende de éste, que la demanda aportó como parte del documento num. 2, folio 77 de los autos

4.- El 14 de agosto de 2006 Marta aportó ante el Ayuntamiento de Donosita-San Sebastián documentación interesada por la Diputación Foral, solicitud que la demanda aporta como documento num. 1, folio 76 de los autos, con remisión a actualización estudio de viabilidad visado y proyecto de actividad visado.

5.- Por Resolución de 17 de agosto de 2006, el Director de Urbanismo del Ayuntamiento de Donosita-San Sebastián remitió a la Diputación Foral de Gipuzkoa, al Departamento de Agricultura, la documentación complementaria (solicitada por ese Departamento) para que informara de conformidad con el art. 1 del Decreto Foral 82/1988, de 24 de noviembre.

6.- Se emitió Informe a la consulta del Ayuntamiento en fecha 23 de agosto de 2006, folios 5 a 7, por el Diputado Foral del Departamento de Desarrollo del Medio Rural, que concluyó en informar favorablemente la construcción de la vivienda solicitada por D^a Marta, por considerarla vinculada a explotación agraria y tener por objeto alojar a la titular de la explotación, precisando que se condicionaba la emisión de la licencia de obra definitiva a la acreditación de la capacitación agraria de la solicitante por medio de la presentación de certificados de asistencia a cursos de capacitación agraria que completen como mínimo 150 horas lectivas.

7.- El 18 de octubre de 2006 D^a Leonor, Arquitecta de Edificación del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, emitió informe en el que concluyó que no podía informarse favorablemente el proyecto en tanto en cuanto no se realizaran las modificaciones que den respuesta a los aspectos que apuntaba; en el apartado consideraciones plasmó que no se presentaba certificación registral de la finca; que no se presentaban secciones longitudinales y se presentaría, al menos, una en la que se grafirará el encuentro de la edificación con el terreno; se entendía necesario realizar alguna sección transversal por el "estar" y grafir el encuentro de la edificación con el terreno; no se definían los usos en los locales de planta sótano, exigiendo que se definieran expresamente los usos de cada espacio de la vivienda; el proyecto presentaba exceso de aprovechamiento, recordando que el Plan General establecía los criterios para el cómputo del aprovechamiento en el art. 3.1.2, así como que respecto al exceso en el aprovechamiento sobre rasante detectados se observaba, por un lado, que no se presentaba ninguna sección longitudinal, por lo que no era posible comprobar si efectivamente la fachada oriental de la vivienda se encontraba enterrada y, por otro lado, se constataba que no se había computado la superficie correspondiente al hueco de la escalera; también se precisó, en relación con el exceso de aprovechamiento bajo rasante observado, que se había constatado que ello se debería a los motivos que plasmó y, finalmente, se recogió que en el extremo oeste de la planta sótano se grafió una zona cerrada entre varios muros, exigiendo que se definiera ese espacio presentando una sección trasversal.

8.- El 3 de noviembre de 2006, la Arquitecta de Edificación Sra. Leonor emitió informe sobre la normativa de aplicación a la solicitud de licencia para la construcción de la vivienda unifamiliar vinculada a explotación agraria en suelo no urbanizable en Igeldo, para señalar que recientemente se había aprobado la Ley 2/2006, de 30 de junio de Suelo y Urbanismo EDL 2006/98285 , recogiendo que entraría en vigor el 30 de agosto de 2006 (- la Ley entró en vigor el 20 de septiembre de 2006 -), para trasladar el contenido del apartado 3 de la Disposición Transitoria Primera, y plasmar que como la solicitud de licencia se había realizado el 29 de junio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, se interesaba informe jurídico sobre la aplicación de la citada Ley 2/2006.

9.- Por Resolución de 19 de octubre de 2006 del Director de Urbanismo, notificada el 31 de dicho mes, se trasladó a la solicitante de licencia que en el plazo de 15 días debía presentar la documentación que recogía el informe que referíamos de 18 de octubre de 2006 de la arquitecta de edificación.

10.- El 6 de noviembre de 2006 el Secretario Técnico de Urbanismo del Ayuntamiento contestó en informe a la petición de la arquitecta de edificación, para concluir que al expediente no le era de aplicación la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo(- recogiendo su fecha de entrada en vigor el 20 de septiembre de 2006 -), al precisar que la autorización a que hacía referencia la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley se refería al informe previsto en el Decreto Foral 82/1998, de 24 de noviembre, al considerar que así se desprendería del art. 31 de la Ley, que distinguía entre licencias de construcción que correspondía al Ayuntamiento resolver, y la previa autorización, que correspondía al Departamento de Agricultura del Territorio Histórico correspondiente, y ello al considerar que ya con fecha 23 de agosto de 2003 el Departamento para el Desarrollo del Medio Rural de la Diputación de Gipuzkoa había emitido informe contemplado en el Decreto Foral 82/98 sobre la vinculación de la vivienda unifamiliar a la explotación agraria, dedicada en este caso a la producción de

plantas ornamentales, considerando dicho informe como favorable a la construcción de la vivienda, aunque condicionada a los términos que veíamos, esto es, a que para la concesión de la licencia de obras se debería acreditar la capacitación agraria de la solicitante por medio de la presentación de certificado de asistencia a curso de capacitación agraria que completen como mínimo 150 horas lectivas.

11.- El 17 de noviembre de 2006 la solicitante de la licencia acompañó tres ejemplares de la documentación que se le había requerido por el Ayuntamiento, escrito obrante al folio 25 del expediente, que se ha de completar con el Anexo documental que se aportó y que está en el expediente.

12.- El 14 de diciembre de 2006 Igeldoko Herri Kontseilua dirigió escrito a la atención del Director del Departamento de Urbanismo y Disciplina Urbanística del Ayuntamiento exponiendo distintos datos y antecedentes, para concluir solicitando que se denegara la licencia de construcción al entender que, si bien nominalmente podía acreditar la documentación necesaria la solicitante para justificar su implantación, constituía en la práctica un evidente ejemplo de utilización formal de la normativa vigente con fines residenciales, al estimar que era competencia y potestad del Ayuntamiento detectar la utilización fraudulenta de dicha normativa y actuar en consecuencia, conforme al espíritu de la Ley, independientemente de las acreditaciones formales que puedan ser aportadas en cada caso por los solicitantes; dicho escrito lo encontramos a los folios 26 a 28 del expediente.

13.- El 26 de enero de 2007 el Director de Urbanismo del Ayuntamiento dirigió escrito a la Dirección del Departamento para el Desarrollo del Medio Rural, de la Diputación Foral de Gipuzkoa, trasladándole las dudas municipales en relación con dos informes realizados por el Departamento Foral a petición del Ayuntamiento, según el Decreto Foral 82/1998, de 24 de noviembre, así el informe de 11 de septiembre de 2006 a consulta sobre la construcción de una vivienda de nueva planta en terrenos de la explotación agraria denominada Aize-Urruti, del barrio de Igeldo, solicitada por D^a Encarnacion, y el informe de fecha 23 de agosto de 2006 (- es el que referíamos en el apartado 3 anterior, recaído en el expediente que nos ocupa -) a consulta sobre construcción de vivienda de nueva planta en terreno rural del barrio de Igeldo solicitado por D^a Marta, precisando que en relación con ambos casos, Igeldoko Herri Kontseilua había presentado alegaciones mostrando disconformidad con los informes favorables del Departamento Foral, habiendo instando el Ayuntamiento denegar la licencia solicitada por uso fraudulento de la normativa.

Con el escrito se trasladaron las serias dudas del Ayuntamiento sobre la necesidad de las nuevas edificaciones proyectadas para el buen fin de las explotaciones agrarias existentes, y por ello serias dudas sobre legalidad de las licencias de construcción solicitadas.

Se hacían consideraciones sobre las pautas del Decreto Foral 82/98, para concluir el Director de Urbanismo del Ayuntamiento que no parecía, como se indicaba por los elegantes, que bastara con acreditar formalmente la viabilidad económica de la explotación agraria, sino que debía también acreditarse la necesidad de la vivienda unifamiliar para el normal desenvolvimiento de la explotación.

Asimismo se trasladó que se debería considerar las repercusiones que se derivaban de la entrada en vigor de la Ley 2/2006 en cuanto a las nuevas exigencias introducidas por su art. 31, enlazando con su Disposición Transitoria Primera, para concluir en relación con la solicitud de autos, la presentada por D^a Marta, con referencia a la Sentencia de 7 de julio de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 1 de Donostia-San Sebastián (- que el expediente la incorpora a los folios 17 a 20 -) y que dio respuesta a recurso 173/04 seguido por el Procedimiento Ordinario a instancia de Igeldoko Herri Kontseilua, que al estimar parcialmente el recurso, tras la desestimación presunta de la solicitud de adopción de medidas tendentes a la restauración urbanística de 12 de noviembre de 2003, declaró contraria a derecho y se condenó al Ayuntamiento a que procediera a eliminar el relleno de tierras realizado por no contar con licencia, ordenando que se procediera a costa del infractor o infractores a reforestar la zona con árboles de idéntica especie y porte similar a los que fueron objeto de tala, ello en relación con actuaciones llevadas a cabo por don Luis Andrés en la zona de Monte Igeldo, entre el camino Agiti y Arritxulo, en los antiguos terrenos del cuartel de la Guardia Civil, consistentes en tala de árboles y movimiento de tierras; también se trasladó que se considerara el hecho de que a la fecha de informarse favorablemente la solicitud no se acreditó su capacitación profesional al considerar que esta circunstancia debería haber llevado a un informe desfavorable y, como se dice, en su caso, realizar los cursos de capacitación con una nueva solicitud que se decía, sin género de duda, le sería de aplicación la Ley 2/2006.

Se concluyó interesando por ello una reunión urgente para abordar la problemática planteada en relación con los informes referidos.

14.- A los folios 31 a 42 se incorporan los criterios de fecha 2 de enero de 2006, del Departamento para el desarrollo del medio rural de la Diputación Foral, en relación con la autorización de licencias de construcción y mejora de edificios en suelo rural, en aplicación del Decreto Foral 82/98, de 24 de noviembre, de coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias en suelo no urbanizable.

15.- El 7 de febrero de 2007 (folios 43 a 50 del expediente) D^a Marta presentó escrito, fechado el 1 de febrero de 2007, de alegaciones (- dirigido al Departamento de Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral de Gipuzkoa -) en réplica a las que había realizado Igeldoko Herri Kontseilua en relación con el proyecto de vivienda unifamiliar por ella presentado, para acabar defendiendo la procedencia de la licencia solicitada, con alusión a que no podía excederse de sus potestades para denegar la licencia de forma arbitraria, reflejando su planteamiento de forma expresiva, con lo que trasladó que lo sería bajo el pretexto "cumple con todos los requisitos pero no le gusta", porque se defendió que el control de la legalidad en materia de autorizaciones y licencias dejaba poco margen a la arbitrariedad.

16.- A los folios 51 a 59 del expediente consta informe de 14 de febrero de 2007, del Director de Urbanismo del Ayuntamiento, sobre la solicitud de licencia de construcción de la vivienda unifamiliar instada por la demandante, recogiendo antecedentes, proponiendo que la edificación proyectada no se ajustaría en cuanto a su configuración general y volumetría a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes en el término municipal, por lo que no cumpliría lo dispuesto en el art. 35 de las Ordenanzas complementarias de la edificación aplicables, considerando que ello era motivo suficiente para informar desfavorablemente la licencia y proponer su denegación, añadiendo, en todo caso, en relación con las alegaciones presentadas por Igeldoko Herri Kontseilua, en las que se criticaba el informe favorable remitido por el Departamento para el Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral de Gipuzkoa, para precisar, de conformidad con la normativa de aplicación y los criterios que en desarrollo de ella tenía el propio Departamento Foral, que el informe

no debía haberse emitido en sentido favorable, por lo que se proponía comunicar la resolución denegatoria al Departamento, interesando que se dejaran sin efecto los citados informes.

17.- El expediente concluyó con el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de 16 de febrero de 2007, por el que de conformidad y asumiendo el informe, el Director de Urbanismo de 14 de febrero acordó denegar, por los motivos indicados en su informe, la licencia solicitada por Marta para la construcción de la vivienda unifamiliar, así como comunicar el acuerdo al correspondiente Departamento de la Diputación Foral de Gipuzkoa, solicitando dejara sin efecto el informe emitido.

Esta es la Resolución recurrida en la instancia.

18.- Remitiéndonos a la justificación de la resolución recurrida, al informe de 14 de febrero de 2007 del Director de Urbanismo, vemos cómo en él se concluyó, partiendo de que se estaba ante una autorización excepcional y por ello de aplicación restrictiva, que el informe del Diputado Foral del Departamento para el Desarrollo del Medio Rural de 23 de agosto de 2006 no respetaba los criterios que Departamento tenía establecidos, porque no quedaba acreditada fehacientemente la vinculación de la construcción de la vivienda unifamiliar pretendida con la explotación agraria, ni su idoneidad en relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca y los planes o normas de la administración agraria, concluyendo que no quedaba suficientemente acreditado que la construcción pretendida guardara relación de dependencia y proporción adecuada a la intensidad del aprovechamiento; el informe plasmó como conclusiones:

- Que no quedaba acreditado en la forma indicada en el documento de criterios, más de dos años de experiencia profesional en la agricultura y la asistencia a un curso intensivo de incorporación a la empresa agraria o cursos de formación continua en la actividad agraria que vayan a desarrollar y que tengan una duración mínima de ciento cincuenta horas lectivas.

- Que no parecía de recibo que se reconozca que no se ha acreditado la capacitación profesional en la actividad agraria, mínima requerida, y que no obstante se informe favorablemente.

- Que no quedaba acreditado que los ocupantes de las nuevas viviendas proyectadas estén inscritos como titulares de explotación agraria en el Registro de Explotaciones Agrarias del Territorio Histórico de Gipuzkoa con una antigüedad como mínimo de dos años en la explotación agraria, o al menos no quedaba acreditado que lo hayan justificado con la presentación simultánea de la inscripción en el Registro de Explotaciones Agrarias, certificado de permanencia en el REASS y declaración de rendimientos agrarios en el IRPF de los tres últimos años.

- Que no quedaba acreditado que la dimensión productiva de la explotación agraria sea suficiente para justificar para la vivienda, la ocupación en mano de obra de 1 U.T.A. como mínimo y un Margen Neto equivalente al salario mínimo interprofesional durante los dos últimos años.

- Que resultaba evidente, sin que fuera una mera apreciación subjetiva, que la nueva vivienda rural proyectada no se adecua al entorno paisajístico donde se ubica; esto es, que no se adaptaba al ambiente rural, por lo que tampoco se respetaba ese criterio.

-Que tampoco respetaba lo dispuesto en el primer apartado del artículo 35 de las ordenanzas complementarias de edificación (BOG de 14 de enero de 1999) conforme al cual las edificaciones en suelo no urbanizable deben ajustarse en cuanto a su configuración general y volumetría, a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes en el término municipal.

19.- La resolución de 16 de febrero de 2007 de la Junta de Gobierno Local que denegó la licencia solicitada por D^a Marta, se notificó el 28 de febrero de 2007, como refleja el folio 64 del expediente.

20.- La solicitante de la licencia, a través de la Oficina de Correos de San Sebastián, en fecha 17 de febrero de 2007, recibida el 20 siguiente en el Ayuntamiento, trasladó petición de certificación de acto presunto al considerar que había sido admitida la solicitud de licencia por silencio administrativo dado el tiempo transcurrido, en relación con la solicitud presentada el 29 de junio de 2006.

21.- El 12 de marzo de 2007 D^a Marta presentó ante la Diputación Foral documentación para acreditar el cumplimiento de la exigencia impuesta en el informe de 23 de agosto de 2006, en cuanto condicionaba la emisión de la licencia de obra definitiva a la acreditación de su capacitación agraria por medio de la presentación de certificados de asistencia a cursos de capacitación agraria que completen como mínimo 150 horas lectivas; documento num. 3 de la demanda, folios 82 a 92 de los autos.

22.- El Departamento de Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral de Gipuzkoa en contestación a la resolución de 16 de febrero de 2007 de la Junta de Gobierno Local, recibida el día 28 siguiente (- que al denegar la licencia solicitada por Marta para la construcción de la vivienda unifamiliar, dispuso comunicar el acuerdo al correspondiente Departamento de la Diputación Foral solicitando dejara sin efecto el informe favorable emitido el 23 de agosto de 2006 -), emitió informe el 5 de septiembre de 2007, remitido al Ayuntamiento el 7 de septiembre de 2006, documento que la demanda aportó como parte del documento num. 2, folios 78 a 80 de los autos.

Analizado el contenido de este informe de 5 de septiembre de 2007, se desprende:

(1) Hizo referencia a que el favorable emitido el 23 de agosto de 2003 era preceptivo y vinculante, con remisión a los artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 y al Decreto Foral 82/1998, plasmando que el ayuntamiento, en caso de informe favorable, podía resolver de manera desfavorable en apreciación de otras cuestiones de su competencia como, recogió, había hecho en el caso.

(2) Retomó la documentación analizada con la que se consideró en su momento acreditado el cumplimiento de los requisitos del Decreto Foral 82/1998, así como la exigencia de acreditar la capacitación agraria, lo que se consideró acreditado con la documentación aportada el 12 de marzo de 2007, que es la que referimos en el punto 21 anterior.

(3) Consideró que los criterios que referimos en el punto 14 no eran de obligado cumplimiento al elaborar los informes técnicos, por ser instrucciones internas de carácter orientativo e informativo, criterios que son los de 2 de enero de 2006, del Departamento de Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral, en relación con la autorización de licencias de construcción y mejora de edificios

en suelo rural, en aplicación del Decreto Foral 82/98, de 24 de noviembre, de coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias en suelo no urbanizable.

(4) No consideró de aplicación al caso la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo EDL 2006/98285, porque el informe se emitió el 23 de agosto de 2006, casi un mes antes de la entrada en vigor de la Ley, lo que se produjo el 20 de septiembre de 2006.

SÉPTIMO.- Aclaración sobre los errores de la sentencia apelada según la apelante.

Una vez que ha quedado recogido el relato de antecedentes relevantes según el expediente y los autos de primera instancia, conviene con él cumplir una de las finalidades que exponíamos, responder a lo que, según la apelante, serían errores varios en los que ha incurrido la sentencia apelada, singularmente en cuanto al reflejo de las fechas.

En primer lugar, ratificaremos que la solicitud de la licencia de construcción se presentó el 29 de junio de 2006, como refleja el folio 1 del expediente, que será la que tengamos en cuenta, tanto en relación con el régimen jurídico aplicable a dicha solicitud, como en relación con las pautas respecto a lo trasladado sobre el silencio positivo, dejando constancia que la sentencia en el fundamento jurídico segundo, al recoger la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda, refleja de forma errónea que la fecha sería de 29 de junio de 2006 en lugar del mes de junio, al que se refiere correctamente en otros pasajes, así; en su fundamento tercero al hacer valoraciones sobre el silencio positivo defendido en la demanda; también a la fecha correcta, 29 de junio de 2006, se refiere la sentencia apelada en el fundamento jurídico quinto al retomar la normativa que se considera de aplicación.

También tenemos que el fundamento segundo de la sentencia se refiere al 28 de agosto de 2006, como fecha de emisión del informe favorable de la Diputación Foral de Gipuzkoa, cuando la fecha correcta de dicho informe es el 23 de agosto, diciendo el 28 el día de entrada del informe en el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, como de forma certera recoge el fundamento tercero de la sentencia apelada.

También señalaremos que en el expediente no consta el informe municipal de fecha 2 de agosto de 2006, dado que los informes municipales que encontramos en el expediente, son de 18 de octubre de 2006, de la Arquitecta de la Edificación, el posterior de 3 de noviembre de 2006 sobre la normativa de aplicación de la misma técnica, tras lo que debemos remitirnos al escrito de 27 de enero de 2007 del Director de Urbanismo del Ayuntamiento, con el que se trasladaron dudas en relación con los informes emitidos por la Diputación Foral, para concluir con el informe del 14 de febrero de 2007, soporte de la resolución denegatoria de la Junta de Gobierno Local.

Asimismo señalaremos aquí que la sentencia apelada recoge, en su fundamento segundo, al final de lo que considera fundamentación fáctica y jurídica de la demanda, con carácter previo a exponer el planteamiento de la Administración demandada, que el 5 de septiembre de 2007 Diputación Foral de Gipuzkoa deja sin efecto el informe emitido de forma favorable en su día, cuando se ha de señalar que dicho informe sería el de 5 de septiembre de 2007, remitido al Ayuntamiento el 7 de agosto de 2006, esa es la fecha del registro de salida, con el contenido que recogíamos en el apartado 22 del relato de antecedentes de nuestro fundamento jurídico sexto, sin que se pueda considerar que dejara sin efecto el previo informe favorable en su día emitido, esto es, el de 23 de agosto de 2006; sin más, nos remitimos a su contenido.

Hechas esas precisiones, sólo queda ratificar que los antecedentes a tener en cuenta son los recogidos en el fundamento jurídico sexto anterior, por reflejar el contenido del expediente y de los autos, sin perjuicio de las precisiones que respecto a antecedentes complementarios proceda efectuar, en su caso, y que serán los tenidos en cuenta a los efectos de resolver lo que se debate en esta segunda instancia, sin necesidad de profundizar en cuanto a si ha tenido o no incidencia esa relación de errores con los que encabeza la apelante sus alegaciones dirigidas a esta Sala.

OCTAVO.- Normativa que ha de ser valorada.

A continuación es obligado efectuar precisiones sobre la normativa que ha de ser valorada en relación con la solicitud de licencia de 29 de junio de 2006.

I.- No es de aplicación de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco EDL 2006/98285.

Como datos importantes, a los efectos que ahora interesa, ha de tenerse en cuenta: que fue el 29 de junio de 2006 cuando se presentó la solicitud de licencia de obras para la construcción de vivienda unifamiliar vinculada a explotación agraria; que fue el 23 de agosto de 2006 cuando se emitió informe favorable por el Diputado Foral del Departamento de Desarrollo de Medio Rural de la Diputación Foral de Gipuzkoa, con la condición que plasmó, en los términos que recogíamos en el punto 6º del relato de antecedentes del fundamento sexto, con el complemento y precisiones de la respuesta a la petición de dejarlo sin efecto según se interesó por la resolución de 16 de febrero de 2007 de la Junta de Gobierno Local que denegó la licencia solicitada, que plasmó en escrito de 5 de septiembre de 2007 del Diputado Foral del Departamento de Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral de Gipuzkoa, remitido al Ayuntamiento el 7 de septiembre de 2006, con el contenido reflejado en el relato 22 de los antecedentes recogidos en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia.

La fecha de solicitud, 29 de junio de 2006, y el informe favorable recaído el 23 de agosto de 2006, en su momento en el ámbito de las pautas recogidas en el Decreto Foral 82/1998, de 24 de noviembre de coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias en suelo no urbanizable, informe preceptivo y vinculante, determina como conclusión relevante, cabecera en este ámbito, que no fuera de aplicación la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco EDL 2006/98285, en contra de lo que se concluyó en la sentencia apelada, como así se llega a plasmar en el fundamento jurídico quinto de ésta, cuando concluye, al referirse a ella, que la Ley 2/2006, que entró en vigor el 20 de septiembre de 2006, era de aplicación al caso.

La Sala coincide con la apelante en que no era de aplicación al caso, como concluyó también en el curso del expediente el informe de 6 de noviembre de 2006 del Secretario Técnico de Urbanismo del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián al contestar la petición

de informe de la Arquitecta de Edificación, informe que obra en el expediente, que en cuanto a su contenido nos remitimos al punto 10 del relato de antecedentes de nuestro fundamento jurídico sexto.

A las discusiones sobre la aplicación de la Ley 2/2006 se refirió el escrito dirigido el 26 de enero de 2007 a la Dirección del Departamento para el Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral, por el Director de Urbanismo del Ayuntamiento, exponiendo dudas municipales en relación con los informes que refería, entre ellos el de autos, el recaído el 23 de agosto de 2006.

También señalaremos que la respuesta o contestación de la Diputación Foral de 5 de septiembre de 2007, remitida el 7 siguiente al Ayuntamiento, con el contenido que recogíamos en el apartado 22 del relato de antecedentes de nuestro fundamento jurídico 6º, también concluía que en el supuesto no era de aplicación la Ley 2/2006, de Suelo y Urbanismo, porque el informe se había emitido el 23 de agosto de 2006 cuando la ley entró en vigor el 20 de septiembre de 2006.

Esta conclusión se ratifica estando al contenido de la Disposición Transitoria Primera 3 párrafo último de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo EDL 2006/98285 , que reiteramos entró en vigor el 20 de septiembre de 2006, a los dos meses de su publicación, Disposición Transitoria que refiere que las licencias para reconstrucción de caseríos o las autorizaciones para vivienda vinculada a explotación hortícola y ganadera, que se hallen pendientes de otorgamiento o emisión a la fecha de entrada en vigor de la ley, deberán sujetarse a lo previsto en la misma.

Vemos como dicha disposición transitoria, en ese apartado, se refiere, por un lado, a las licencias de reconstrucción de caseríos, que no es el caso, que enlaza con el contenido del art. 30 de la Ley 2/2006, y por otro, a las autorizaciones para vivienda vinculada a explotación hortícola y ganadera, que enlaza con el art. 31, en cuanto al otorgamiento de licencias y documentación de actos de construcción y edificaciones de nueva planta de viviendas vinculadas a explotación económica hortícola y ganadera, que es el ámbito en el que incide nuestro supuesto, pero nos encontramos con que esa autorización, que la Ley en su art. 31.1 prevé que será previa y a otorgar por el Departamento de Agricultura del territorio histórico correspondiente, en este caso ya estaba cumplida, por lo que, en relación con la literalidad de la Disposición Transitoria, no se encontraba pendiente de emisión a la fecha de entrada en vigor de la ley, porque se había emitido el 23 de agosto de 2006, en relación con las previsiones del ordenamiento jurídico preexistente, al que nos vamos a referir a continuación.

Tras esta primera conclusión, es importante recoger el contenido de distintas normas, relevantes en el caso, que retomamos a continuación.

II.- Decreto 28/1997 de 11 de febrero EDL 1997/26801 , por el que se aprueban definitivamente las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad autónoma del País Vasco.

Artículo 10.- Uso de vivienda unifamiliar o bifamiliar aislada no vinculada a explotación agropecuaria.

1.- En el suelo no urbanizable se prohíbe el uso de la vivienda unifamiliar o bifamiliar aislada salvo en aquellos casos en que, fehacientemente, se demuestre su vinculación a la explotación de los recursos agropecuarios.

2.- La demanda de vivienda unifamiliar o bifamiliar aislada en medio rural ha de ir dirigida hacia los núcleos rurales o a ámbitos clasificados y calificados urbanísticamente para acoger tal uso.

(- Aquí en cuanto como excepción no prohíbe en el suelo no urbanizable el uso de la vivienda unifamiliar o bifamiliar aislada en aquellos casos en que, fehacientemente, se demuestre su vinculación a la explotación de los recursos agropecuarios -).

III.- Contenido parcial de las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco:

Al referirse al Medio Físico como base y soporte del Modelo Territorial, Directriz 8, sobre la Ordenación del Medio Físico, apartado 5 Directrices Generales relativas a los elementos y procesos del medio físico y al control de actividades, 5.3 Directrices generales relativas al control de las actividades, apartado C Actividades urbanísticas y edificatorias :

8.5. C.3, prohíbe la construcción de viviendas aisladas en suelo no urbanizable salvo vinculación a la explotación agraria.

Y apartado 6 Directrices particulares de las categorías de ordenación del medio físico: Modelo Territorial, 6.7 sobre definición de usos actuales y potenciales regulados en la directriz Medio Físico, C1 Agricultura :

8.6.7. C1, incluye las casas constituidas por una vivienda unifamiliar o bifamiliar ligadas a una explotación agropecuaria para residencia de agricultor, estrictamente ligadas a la explotación directa y previa demostración de su necesidad.

Aquí es importante señalar que el apartado 8.6.7.c).1 va a permitir construcciones destinadas a almacenamiento y conservación de útiles, como aperos de labranza, y de productos agrarios, producción, extracción y clasificación de productos agrarios y primera transformación de los productos necesaria para su comercialización o transformación artesanal de los mismos, así como las obras e instalaciones necesarias al regadío, a la agricultura e invernadero.

IV.- Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana.

Artículo 1.- Suelo no urbanizable.

1.- Se distinguen tres categorías de suelo no urbanizable:

a) Suelo no urbanizable protegido, que será el suelo al que el planeamiento otorgue esta calificación en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico.

b) Suelo no urbanizable de núcleo rural, que será el suelo al que el planeamiento otorgue esta calificación por constituir agrupaciones de seis o más caseríos en torno a un espacio público que los aglutina y confiere su carácter.

c) Suelo no urbanizable común, que será el suelo no incluido en ninguna de las categorías anteriores, que se preserva del desarrollo urbano, y no susceptible de otros aprovechamientos que los agropecuarios o los relacionados con los mismos.

2.- En las categorías de suelo no urbanizable protegido y no urbanizable común queda prohibida la construcción de nuevas edificaciones destinadas a vivienda no vinculada a explotación agropecuaria. No obstante, en estas categorías de suelo podrán autorizarse las construcciones o instalaciones vinculadas a la ejecución y entretenimiento de las obras públicas, así como las edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social que requiera el suelo no urbanizable como requisito necesario para su desenvolvimiento.

V.- Decreto Foral 82/1998, de 24 de noviembre, de coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias en suelo no urbanizable.

Se refiere a las Directrices de Ordenación del Territorio del País Vasco y a la Ley 5/1998, de 6 de marzo, para recoger, como veíamos, que habían establecido que en las categorías de suelo no urbanizable protegido y no urbanizable común queda prohibida la construcción de nuevas edificaciones destinadas a vivienda no vinculada a explotación agropecuaria.

El contenido normativo del Decreto Foral es el que sigue:

Artículo 1. Construcciones vinculadas a explotaciones agropecuarias en Suelo no Urbanizable

1. Los Ayuntamientos, antes de otorgar las oportunas licencias de edificación de viviendas y construcciones en suelo no urbanizable, deberán solicitar informe del Departamento de Agricultura y Medio Ambiente de la Diputación Foral en orden a que por el mismo se valore su vinculación a una explotación agropecuaria y, en concreto, la idoneidad de la edificación o construcción propuesta en relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca y los planes o normas de la Administración Agraria.

2. A tal efecto, los solicitantes de licencias de edificación de viviendas y construcciones en suelo no urbanizable vinculadas a nuevas explotaciones agrarias deberán aportar, además del correspondiente proyecto de construcción, la documentación siguiente:

a) Inscripción de la explotación agraria en el Registro de Explotaciones del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

b) Certificado de la Hacienda Foral de su inclusión en el Régimen Especial de Agricultura, Ganadería y Pesca o inscripción censal como empresario agrícola.

c) Estudio de viabilidad y vinculación que demuestre que la explotación agraria posee una dimensión económica que permita al titular obtener unos beneficios iguales o superiores al salario mínimo interprofesional y ocupe en mano de obra familiar como mínimo el equivalente a una unidad de trabajo agraria.

d) Acreditación de su capacitación profesional en la actividad agraria, a través de la aportación de titulación académica en rama agraria, asistencia a cursos de capacitación o años de experiencia profesional.

3. Los solicitantes de licencias de edificación de viviendas y construcciones en suelo no urbanizable vinculadas a explotaciones agrarias ya existentes deberán aportar, además del correspondiente Proyecto de construcción, un Estudio de viabilidad y de necesidades de las nuevas edificaciones proyectadas.

4. El informe del Departamento de Agricultura y Medio Ambiente de la Diputación Foral, que tendrá el carácter de preceptivo y vinculante, se entenderá favorable si no se emite en el plazo de un mes.

Disposición Adicional.

En suelo no urbanizable de núcleo rural así calificado expresamente por el planeamiento urbanístico en aplicación de lo dispuesto en la Ley del Parlamento Vasco 5/1998, de 6 de marzo, las licencias de edificación se otorgarán por los Ayuntamientos sin intervención alguna de esta Diputación Foral.

VI.- Plan General de Ordenación Urbana, definitivamente aprobado el 16 de noviembre de 1995, documento refundido publicado en el BOG num. 30 de 14 de febrero de 1997.

Tras ello es necesario retomar el planeamiento urbanístico en su momento vigente en el municipio de Donostia-San Sebastián, nos referimos al Plan General de Ordenación Urbana definitivamente aprobado el 16 de noviembre de 1995, (- por ello, previo a las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad autónoma del País Vasco y a la Ley 5/1998 que referíamos -) que al regular la Ordenanzas Reguladoras de la Implantación de los Usos Autorizados en Suelo No Urbanizable, el Artículo 3.5.2. sobre las Explotaciones agrarias comunes (N.U.), en el punto 1 se refiere al Informe previo a la solicitud de licencia, en lo siguiente términos:

Para la implantación de construcciones que constituyan una nueva "explotación agraria común" o formen parte de una explotación de este tipo, se exigirá la certificación previa, por el Departamento competente en materia de "agricultura" de la Diputación Foral, de que sus titulares son "productores agrarios reconocidos", la explotación reúne los requisitos de dimensión y viabilidad productiva mínima exigidos en cada caso, y las instalaciones se adecuan a la normativa vigente aplicable al efecto.

En el art. 3.5.2, en el punto 3 se refiere a las condiciones generales de edificación y urbanización, para hacer alusión a que las edificaciones cumplimentaran los requisitos generales del Capítulo 3.4, donde recoge las disposiciones aplicables con carácter general en suelo no urbanizable, que va a exigir, en el art. 3.4.1.2, que las edificaciones y construcciones que se implanten en suelo no urbanizable deberán cumplimentar el requisito general de adaptación al medio rural, con remisión a los artículos 15, 17 y 138 de la Ley del Suelo EDL 1992/15748.

El Plan General en su art. 3.5.2., apartado 5, al referirse a las nuevas edificaciones destinadas a usos residenciales auxiliares, en el guión cuarto, recogió que en todos los casos reseñados en los párrafos anteriores los ocupantes de las nuevas viviendas proyectadas deberán participar en la explotación y ser productores agrarios reconocidos oficialmente, así como que la explotación deberá presentar una dimensión productiva suficiente para justificar la necesidad de cada una de las viviendas proyectadas, para remarcar que tales

circunstancias deberían ser objeto de certificación por el Departamento de Agricultura de la Diputación Foral de Gipuzkoa, previamente a la solicitud de licencia para su implantación.

En relación con esa exigencia de la certificación del Departamento de Agricultura de la Diputación Foral nos remitimos al Decreto Foral 88/1988, de 24 de noviembre, de coordinación de actuaciones en materia de autorización sin licencia en suelo no urbanizable, cuyo contenido acabamos de trasladar.

Vemos cómo se establece un informe preceptivo y vinculante del entonces Departamento de Agricultura y Medio Ambiente de la Diputación Foral.

VII.- Ordenanzas Complementarias de Edificación del Plan General de Ordenación Urbana, aprobadas el 23 de noviembre de 1998, publicadas en el BOG num. 8 de 14 de enero de 1999.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta el artículo 35 de las Ordenanzas Complementarias de Edificación del Plan General de Ordenación Urbana, aprobadas el 23 de noviembre de 1998, dentro del Capítulo 3, sobre las Ordenanzas Complementarias de Edificación aplicables en Suelo No Urbanizable, al regular la configuración básica de las edificaciones, ordenaba el sometimiento de la configuración general y de la volumetría de las edificaciones en suelo no urbanizable a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes en el término municipal, en concreto el texto del primer guión del citado artículo 35 es el que sigue:

Las edificaciones se ajustarán, en cuanto a su configuración general y volumetría, a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes en el Término Municipal.

NOVENO.-Sobre lo debatido en relación con el silencio administrativo positivo: pautas normativas y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Una vez recogidos los antecedentes relevantes y la normativa de aplicación, procede dar respuesta a la primera cuestión que se debate, que gira sobre el silencio positivo, en relación con la solicitud presentada el 29 de junio de 2006.

Para dar respuesta a esta cuestión es necesario, estando a los antecedentes, ver si transcurrió el plazo de tres meses sin notificar la resolución que denegó la licencia y, en su caso, enlazar con el régimen del silencio administrativo en el ámbito urbanístico, en su momento en relación con las pautas que recogía el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio EDL 1992/15748, precepto que fue ratificado por la STC 61/1997, de 20 de marzo, en cuanto establecía que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias contra la legislación y el planeamiento urbanístico, precepto que se mantuvo en vigencia hasta que fue sustituido por regulación análoga recogida en el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio EDL 2008/89754, por su art. 8.1.b), párrafo segundo, cuando recoge que en ningún caso podrá entenderse adquiridos por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, con rango de normativa básica, como plasmó su Disposición Final 1ª.1, ello desde su entrada en vigor el 27 de junio de 2008 (como vemos, normativa posterior), coincidente con la que es de aplicación.

Régimen del silencio en el ámbito urbanístico de la ordenación urbanística, que bajo la vigencia temporal del art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748, se incorporó a la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, en su art. 20 EDL 2006/98285, donde plasma que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación, o en la ordenación urbanística aplicable, que enlaza con su art. 211 que, al regular los efectos del otorgamiento de la licencia urbanística, en su punto 1, reitera que en ningún caso podrá adquirirse, ni aun por silencio administrativo positivo, facultades o derechos disconforme con la ordenación urbanística ni con la legalidad vigente.

Normativa la referida, de aplicación en nuestro supuesto, que con posterioridad ha sido ratificada en cuanto al silencio administrativo en el ámbito urbanístico, al ponerse en relación con la regulación recogida en el art. 43.1 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, regulación dada por el art. 2.2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio EDL 2009/282506, cuando al regular el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado viene a establecer, como principio general, que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, con la excepción de los supuestos en los que una norma con rango de ley, por razones imperiosas de interés general, o una norma de derecho comunitario, establezcan lo contrario, lo que nos lleva a retomar el contenido de la Disposición Adicional 4ª de la citada Ley 25/2009, cuando al referirse a la aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en normas preexistentes, que es nuestro caso, va a señalar que a los efectos previstos en el primer párrafo del art. 43.1 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, se entenderán que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley (- el día 27 de diciembre de 2009 según su Disposición final quinta -) por normas con rango de ley o de derecho comunitario, preverán efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto.

Ello enlaza con la regulación legal que hemos referido, en lo que aquí interesa con la previsión que con rango de ley recogía en su momento el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL 1992/15748 que se ratificó con posterioridad en el ámbito de la normativa básica por el Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748 de 2008 y que previamente había asumido la Ley 2/2006 de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En cuanto al entendimiento de lo que son razones imperiosas de interés general hemos de remitirnos a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio EDL 2009/251214, que incorporó parcialmente al derecho español la Directiva 2006/123 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, donde se plasma la definición en su artículo 3.11.

Por tanto, a la fecha que nos ocupa, nos quedamos con el mandato recogido en su momento por el art. 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo EDL 1992/15748 , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio EDL 1992/15748 , que establecía que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias contra la legislación y el planeamiento urbanístico.

Esta conclusión se ha de enlazar con lo que de forma reiterada ha plasmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ratificado en la STS de 28 de enero de 2009, recaída en recurso de casación en interés de ley 45/2007 EDL 2007/212257 , en la que se declaró la siguiente doctrina legal:

El artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio EDL 1992/15748 , y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo EDL 1992/15748 aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio EDL 2008/89754 , son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 , modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero EDL 1999/59899 , no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística.

Doctrina publicada en el BOE 77 de 30 de marzo de 2009, que vincula a este Tribunal estando al artículo 100.7 de la LJCA EDL 1998/44323 , que es seguida por el Tribunal Supremo, por todas STS de 7 julio 2009, recaída en el recurso de casación 1190/2005.

DÉCIMO.- Transcurrió el plazo de tres meses que el Ayuntamiento tenía para resolver y notificar la resolución.

Una vez eso expuesto, la Sala ha de sacar como primera conclusión, estando al expediente, que transcurrió el plazo de tres meses sin que se notificara la resolución denegatoria a la solicitante de la licencia.

Así, y retomando nuevamente el relato de antecedentes que dejábamos recogido en el FJ 6º, la solicitud se presentó el 29 de junio de 2006, se interesó el informe preceptivo y vinculante de la Diputación Foral, aportándose el 14 de agosto de 2006 la documentación interesada por la Diputación Foral para emitir el informe preceptivo, remitiéndose el 17 de agosto de 2006 por el Director de Urbanismo del Ayuntamiento, recayendo el informe favorable el 23 de agosto de 2006, tras lo que se emitió informe el 18 de octubre de 2006 por la Arquitecta de Edificación, exigiendo determinadas correcciones a la documentación técnica aportada, requiriéndose de subsanación el 31 de octubre de 2006, por resolución de 19 de octubre de 2006 del Director de Urbanismo concediendo plazo de 15 días para ello, documentación que se presentó el 17 de noviembre de 2006, tras lo que con actuaciones complementarias que referíamos en los apartados 12 y ss. del relato de antecedentes del FJ 6º, recayó la resolución de 16 de febrero de 2007 de la Junta de Gobierno Local que desestimó la licencia solicitada que, incluso, interesó del Departamento competente de la Diputación Foral de Gipuzkoa que dejara sin efecto el informe favorable emitido.

Por un lado, nos encontramos con la solicitud del 29 de junio de 2006, pudiéndose considerar relevante a los efectos que nos ocupan el requerimiento de subsanación para emitir el informe preceptivo de la Diputación Foral de Gipuzkoa, documentación subsanada en fecha 14 de agosto de 2006, debiéndose significar que en ningún momento se dispuso por el Ayuntamiento la suspensión del transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución, en los términos del art. 42.5 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 , porque en dicho precepto se establece una facultad de suspensión, dado que a "podrá" se refiere, en relación con los casos que regula, en concreto respecto al que se ha referido por la Administración demandada en relación con el apartado c) en cuanto a la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, en este caso, a órganos de distinta administración, ello porque dicha suspensión no es automática, requiere acuerdo expreso que debe ser comunicado a la parte interesada.

Sin perjuicio de ello, siguiendo con el expediente, nos encontramos con que fue el 17 de noviembre de 2006 cuando la solicitante presentó la documentación requerida de subsanación el 31 de octubre de 2006, como se acordó por Resolución de 19 de octubre de 2006 del Director de Urbanismo, en relación con las precisiones y consideraciones que hizo el informe de la Arquitecta de Edificación de 18 de octubre de 2006, cuando desde dicha fecha, 17 de noviembre de 2006, transcurrió también con exceso el plazo de tres meses hasta la fecha que es la relevante, la de notificación de la resolución que dio respuesta desestimatoria a la solicitud de licencia, el Acuerdo de 16 de febrero de 2007, Acuerdo en el límite del plazo de tres meses, pero lo relevante, en relación con las pautas de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 , no es la fecha del Acuerdo sino de su notificación, notificación que no se produjo hasta el 28 de febrero de 2007, como recogíamos en el apartado 19 del relato de antecedentes del FJ 6º, como refleja el folio 64 del expediente.

Conclusión la anterior que hace innecesario efectuar valoraciones sobre lo debatido en relación con las circunstancias que rodearon la aprobación del el Acuerdo de 16 de febrero de 2007.

Sólo recordar que el art. 43.1 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 al regular el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado, ya establecía que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, como es el caso, que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo según proceda; vemos cómo lo relevante es la ausencia de notificación de la resolución expresa en plazo, que aquí no se había producido en el plazo de tres meses.

Con ello, hemos de concluir del expediente que había transcurrido el plazo de los tres meses sin notificar la resolución expresa denegatoria, por lo que formalmente se había producido el silencio administrativo, lo que nos lleva a analizar el segundo ámbito de discusión, esto es, si en este caso podía operar el silencio positivo en relación con el régimen jurídico que dejábamos recogido.

UNDÉCIMO.- No opera el silencio positivo por estar ante una edificación contraria a la normativa urbanística de aplicación.

Esta es la segunda conclusión, en relación con lo debatido sobre el silencio, que se debe sacar siguiendo las pautas normativas, ratificadas por la jurisprudencia.

La Sala, con lo que se va razonando y lo que se va a exponer a continuación, en el fondo, acoge la mayoría de los alegatos que incorpora el recurso de apelación, aunque deberá concluir en ratificar el pronunciamiento desestimatorio de la sentencia apelada porque no procedía otorgar la licencia al ser, como vamos a ver, contraria a la normativa urbanística de aplicación.

Ello en el ámbito de intervención de la competencia municipal, y nos remitimos nuevamente a los antecedentes del FJ 6º, por la singularidad del supuesto y con la implicación, por un lado, de la Administración sectorial competente en materia de agricultura, en este caso la Diputación Foral de Gipuzkoa y, por otro lado, la urbanística, la municipal, por lo que ya con el informe de 23 de agosto de 2006, ratificado con la contestación dada por el Diputado Foral del Departamento de Desarrollo del Medio Rural en fecha 5 de septiembre de 2007, la Administración sectorial, en relación con las atribuciones que refería ya el Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, a lo que antes aludíamos, en relación con las pautas del Decreto Foral 82/1988, de 24 de noviembre, de coordinación de actuaciones en materia de autorizaciones y licencias en suelo no urbanizable, emitió informe positivo, preceptivo y vinculante, con el que vino a concluir, en lo que interesa, en la idoneidad de la edificación propuesta en relación con la naturaleza, extensión y utilización respecto a las previsiones bajo el ámbito de intervención de la Administración agraria.

De ello hemos de partir dado que, en exclusiva, recurrente lo fue la solicitante de la licencia, por más que pueda considerarse inicialmente como discutible, al menos, que en relación con la concreta edificación proyectada pueda considerarse, en relación con la actividad de producción de flores ornamentales, que se estaba ante una edificación residencial, una casa para vivienda, ligada a la explotación agropecuaria, para residencia del agricultor, ligada estrictamente a la explotación directa, con exigencia de necesidad demostrada, que son las pautas en las que se debe operar, en los términos que se derivan de las previsiones de las Directrices de Ordenación del Territorio que recogíamos, en relación con lo que plasmó en su momento la Ley 5/98 en su art. 1.2, desde la perspectiva de la excepción que supone, estando a la regulación en su momento vigente, la construcción de viviendas aisladas en suelo no urbanizable, tras la prohibición absoluta de construcción de nuevas edificaciones destinadas a vivienda, con la excepción de las vinculadas a explotación agropecuaria, por lo que, como excepción, exige una aplicación restrictiva, como ya vino defendiendo el Ayuntamiento en el curso del expediente.

Despejado y limitándonos al ámbito estrictamente urbanístico, hemos de concluir que no existían en este caso los reparos que se fueron trasladando, singularmente cuando se ha aludido a la existencia previa de relleno ilegal, porque, de conformidad con la apelante, estando a la prueba pericial, al informe del perito judicial don Heraclio, quien emitió informe a propuesta del Ayuntamiento, nos encontraríamos ante unos rellenos de tierras, referidos en el expediente, en concreto en la sentencia que se incorporó, que no tendría nada que ver con la parcela de autos por estar realizados fuera de ella; nos remitimos a la conclusión que en tal sentido plasmó el informe del perito judicial, justificado en las consideraciones que se hicieron en el apartado 5.a).1 del informe, plasmando, en relación con la documentación que trasladó y valoró, que los movimientos de tierra realizados en el interior de la parcela se ejecutaron con los permisos, licencias y documentación técnica necesaria, para remarcar, que es lo que interesa estando a la naturaleza de la prueba pericial, que tales rellenos y movimientos de tierra en el interior de la parcela no tenían ninguna relación con las sentencias que se habían trasladado.

Tampoco puede considerarse relevante, a los efectos que ahora nos ocupan, en concreto a los efectos de que opere el silencio administrativo positivo, lo que se trasladó respecto a la preexistencia de tala de arbolado, dado que se acreditó, a ello se refiere el informe del perito judicial, que se realizaron trabajos de revegetación y regeneración en la parcela en relación con documentación técnica que se había presentado en octubre de 2004, siguiendo las pautas marcadas por las previas sentencias.

En relación con todo este debate se asumen los alegatos del recurso de apelación que recogíamos anteriormente, sobre lo que no puede desconocerse la relevancia que tiene la autorización del movimiento de tierras, en relación con la tala previa de arbolado, con independencia de que no tendría relevancia, en contra de lo que defiende la apelante, que la tala no hubiera sido realizada por ella, por la vinculación y subrogación que existe en relación con las incidencias respecto al titular del suelo, dado que lo relevante es partir de que se solicitó licencia de movimiento de tierras, con previsión de estudio de revegetación de la parcela, lo que ya fue en su día valorado por la Diputación en informe favorable de 15 de marzo de 2005 y por el propio Ayuntamiento demandado, concediendo licencia de movimiento de tierras con la revegetación propuesta.

Tras todo ello entramos a analizar, como traslada el recurso de apelación, el único punto que realmente tiene incidencia y relevancia a los efectos que ahora nos ocupan; nos estamos refiriendo a las previsiones del art. 35 de las Ordenanzas Complementarias de Edificación del Plan General de Ordenación Urbana aprobadas el 23 de noviembre de 1998, con el contenido que recogíamos en el FJ 9º, cuando va a establecer que las edificaciones se ajustarán en cuanto a su configuración general y volumetría a las tipología de las construcciones rurales tradiciones existentes en el término municipal, ello en relación con el Capítulo III referido a las Ordenanzas Complementarias de Edificación aplicables en Suelo no Urbanizable, que es el supuesto de autos.

La aplicación de dicha previsión normativa ha de hacerse con el punto de partida, que ya hemos referido, de que además estamos ante un supuesto en el que, en lo que interesa, cuando se solicitó la licencia en junio de 2006 para construir una vivienda en suelo no urbanizable, lo era cuando el régimen jurídico legal prohibía expresamente la construcción de nuevas edificaciones destinadas a vivienda en suelo no urbanizable, con la única excepción de las vinculadas a explotación agropecuaria con las condiciones que referíamos.

En ese régimen y en el ámbito de la aplicación estricta y restrictiva que debe hacerse, la Sala ha de concluir que estamos ante un proyecto constructivo, y nos remitimos a la documentación técnica aportada, a las descripciones que se hacen en el documento técnico y en los planos num. 12 sobre alzados, inicial visado el 29 de junio de 2006, así como en el modificado plano 12.M.1, visado el 17 de noviembre de 2007, ambos a escala E:1/100, para trasladar la conclusión clara para la Sala de que se está ante una construcción, ante una vivienda, que no puede considerarse se ajuste, en cuanto a configuración general y volumetría, a las tipologías de las construcciones rurales tradiciones existentes en el término municipal, en relación con las consecuencias que se deben sacar de esa exigencia.

Aquí ha de señalarse que las construcciones preexistentes que refleja la documentación que aportó la demanda, las fotografías que a ella se unieron, son clara manifestación de heterogeneidad, lo que no puede implicar que se deban autorizar construcciones que estén al margen de las exigencias tipológicas exigidas por las Ordenanzas Complementarias de Edificación del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián.

Como se recogió en la sentencia apelada, incluso en la hipótesis de concederse previas licencias de construcción de viviendas unifamiliares o bifamiliares en suelo no urbanizable sin respetar la normativa urbanística, obvio es que ello no condiciona, no limita, las potestades del planificador de aplicar estrictamente y en sus justos términos la normativa de aplicación.

Sobre ello nos remitimos a la pauta o principio clásico, ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional, según el cual no puede defenderse la igualdad dentro de la ilegalidad, como, por todas, retoma la STS de 1 de octubre de 2.008, recaída en el recurso de casación 4258/2006, que en su FJ 3º recuerda la declaración de la STC 27/2001, de 29 de enero, del tenor que sigue:

(...) desde nuestra temprana STC 37/1982, de 16 de junio, hemos venido afirmando (FJ 3) que la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad y sólo entre actuaciones idénticas que sean conformes al Ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad. En definitiva (...), no existe un derecho a que se dispensa un trato igualitario en la ilegalidad.

Sobre ello sí ha de precisarse, como puntualiza el recurso de apelación al referirse a la conclusión y razonamiento de la sentencia apelada al respecto, que la demandante, ahora apelante, lo que ha venido pretendido al aportar las fotografías de las distintas construcciones, de las distintas viviendas, ha sido ilustrar en relación con la interpretación y aplicación que había realizado el Ayuntamiento del art. 35 de las Ordenanzas Complementarias de Edificación del Plan General, al considerar, estando a las fotografías y las licencias aportadas a las actuaciones, que mantenían condiciones estéticas relevantes en relación con la interpretación que el Ayuntamiento había venido haciendo del concepto construcción rural tradicional.

En relación con el contenido del documento técnico aportado con la solicitud de licencia, que como recoge el perito judicial Sr. Heraclio, estamos ante una construcción que consta de sótano y planta baja, destinado el sótano a garaje y estancias vinculadas a la actividad agrícola y la planta alta a vivienda, recogiendo las superficies útiles, así el total de la planta sótano 155,20 m2, divididas en garaje 49,43; instalaciones 5,87; aseo 5,32; vestuario/almacén 30,89; patio 9 y oficina más recepción 54,69 y en la planta primera 272,15 m2 con vestíbulo de 24,07; sala de estar 61,04; cocina de 25,41, 4 dormitorios de 64,04 m2; 3 vestidores 29,52, 3 baños 17,3, tendedero de 3; 54 y galería de 47,40 m2.

El informe pericial refleja la morfología, describe los materiales, lo que vemos recogido en la pagina 8 del mismo, folio 460 de los autos, para plasmar, como recogía la sentencia apelada, que se trata de un edificio bastante rotundo, tanto en sus formas como en sus materiales; recoge que siguiendo las curvas de nivel del terreno y con un lenguaje arquitectónico contemporáneo se va adaptando los huecos y las formas al programa de necesidades, con remisión a que la cubierta, los faldones de cubierta, se adaptaban a las instancias con respuesta funcional, reseñando la especial sensibilidad del proyectista con respecto a integración de los paneles fotovoltaicos y colectores solares en la cubierta del edificio, como instalaciones obligatorias en la normativa vigente, con referencia a que iba a tener un impacto muy importante en tal tipo de viviendas, con afecciones paisajísticas y estéticas considerables; el perito concluyó al respecto que se estaba ante una vivienda unifamiliar exenta, con volumetría compacta, construcción que se había adaptado al terreno buscando la mínima interferencia visual con respecto al vial de acceso; hizo precisiones sobre la vinculación con la explotación y tipología, por lo que respondió a la pregunta si respondía a la tipología de construcciones rurales del término municipal, para efectuar precisiones sobre tipología del caserío, y relatar, en relación con la tipología de las construcciones rurales existentes en el término municipal, que existiría diversidad, por lo que resultaba difícil determinar los parámetros tipológicos que regían el término municipal, para señalar que sería lamentable acabar reduciendo la tipología de las construcciones rurales a la planta rectangular, encadenados de piedra en las esquinas del edificio, falsos entramados de madera y ladrillo, rematado todo ello con cubierta a dos aguas de una teja y aleros recubiertos con madera, considerando que el resultado final podría llegar a ser un pastiche de los antiguos caseríos.

Tras ello, precisó que se carecería de parámetros claramente definidos respecto a los parámetros constructivos de las edificaciones en suelo rural, en contra de lo que suele recoger la normativa urbanística respecto al suelo urbano, para trasladar pautas respecto a la evolución y tipología de las construcciones y la evolución en cuanto a materiales, sistemas constructivos, programas de necesidades, parámetros de confort, instalaciones, criterios estéticos, etc., por lo que consideró impreciso hablar de tipologías, incluso para precisar que el hecho de hacer referencias a tipología existente en el entorno sin parametrizarla podía dar lugar a subjetividades y agravios comparativos, para acabar precisando que la intervención planteada había sido respetuosa con el entorno, adaptándose a la topografía, las orientaciones y la explotación agraria a desarrollar, tanto en volumetría como en configuración, y precisar que las construcciones rurales existentes en el término municipal no respondían a un tipo arquitectónico determinado, ni constructivamente ni estructuralmente, ni en materiales empleados, un programa de necesidades, para trasladar pautas que deberían regir las construcciones vinculadas al mundo rural y considerar que más que entrar en lo rústico puro y duro debería desarrollar otros temas como relación con el medio natural, impacto medioambiental, regeneración del entorno; arquitectura bioclimática; materiales ecológicos y sostenibilidad en relación con la eficiencia energética y gestión de residuos, al considerar que el proyecto de autos es realizar un esfuerzo en tal sentido.

En relación con ello, también podemos traer a colación el informe de integración paisajística fechado el 21 de junio de 2006, incorporado al expediente, suscrito por la biólogas Noemi y Ruth, informe ratificado por la primera, donde se concluye, con remisión a las pautas recogidas en el planeamiento de San Sebastián de exigencia de adaptación de las edificaciones al ambiente rural, que se haría alusión expresa a las construcciones rurales tradicionales en el término municipal, para traer a colación lo que significa rural, para señalar que en el municipio de Donostia se podían distinguir desde caseríos sencillamente encalados hasta viviendas suntuosas en sus fachadas, compartiendo todos ellos el estar en el campo, para con consideraciones complementarias concluir que la vivienda que se analizaba era un ejercicio arquitectónico abierto al futuro y a las mejoras de calidad de vida que se disfrutaban actualmente, sin que violentara el concepto

rural en su significado estricto, por estar ubicado en el campo y llevar aparejado una explotación agraria determinada, respetando el espacio desde todas las perspectivas de sostenibilidad posibles, precisando que la vivienda no ocupaba espacios visuales significativos, ni introducía disparidades notables en cuanto a los componentes y elementos que definen el ámbito que se analiza, para concluir que el enclave era susceptible de recoger un proyecto como el pretendido, no desvirtuando su carácter.

La Sra. Noemi al ratificar el informe el 21 de octubre de 2008, como refleja el acta plasmó que lo que se había realizado era un estudio del paisaje.

La Sala, valorando todos los antecedentes fácticos que se han ido exponiendo, en relación con la respuesta que se ha de dar al entendimiento que ha de tener la exigencia de las Ordenanzas Complementarias de la Edificación del Plan General de Ordenación Urbana en su art. 35.1, de que la vivienda, como estamos ante una edificación en suelo no urbanizable, tenga configuración general y volumetría acorde a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes en el término municipal, en relación con la interpretación estricta que se debe hacer, concluye que la edificación de autos no cumple esa exigencia, sin perjuicio, insistimos, de que se hayan concedido licencias para otras construcciones que puedan haberlo sido también con incumplimiento de esa exigencia, dado que debemos dar respuesta a si se cumplía en el caso concreto.

Ello con independencia de las conclusiones que hemos referido, del informe de HAGINPE, del informe de integración paisajística suscrito por las biólogas Sra. Noemi y Sra. Ruth, así como de las conclusiones del perito judicial, Sr. Heraclio, sin perjuicio de las que se extraen sobre la valoración del proyecto, no podemos sino considerar significativo a los efectos que nos ocupan, traer a colación lo que también llamó la atención de la juzgadora de instancia cuando recogió palabras del informe pericial judicial, cuando al referirse a la morfología y materiales, como veíamos, el perito judicial plasmó que se trataba de un edificio bastante rotundo, tanto en formas como en materiales; sin más, nos remitimos al testimonio gráfico que aporta y, asimismo, debemos remitirnos a los planos que obran en el expediente sobre alzados, a los que antes nos referíamos, no siendo dudoso para la Sala que se está ante una edificación que no encaja en lo que puede considerarse tipología de construcción rural tradicional, no siendo suficiente para ello que la edificación esté en suelo rural, dado que éste es presupuesto porque ante edificación en suelo no urbanizable nos encontramos.

En relación con ello, también se debe hacer énfasis en lo que ya hemos ido exponiendo de construcciones excepcionales en el ámbito del suelo no urbanizable, dado que está prohibida toda construcción de vivienda aislada en suelo no urbanizable, con la única excepción de la vinculada a la explotación agraria, que a los efectos de la interpretación y aplicación de las previsiones del planeamiento urbanístico, sin duda han de traerse a colación las exigencias que ya las Directrices plasmaron respecto a las viviendas vinculadas a explotación agraria, únicas posibles a construir de forma aislada en suelo no urbanizable, como aquellas ya unifamiliares ya bifamiliares ligadas a la explotación agropecuaria para residencia del agricultor, pero ligadas a la explotación directa y previa demostración de su necesidad.

Aquí, sin necesidad de introducirnos en lo que ya nos hemos referido en relación con el informe sectorial de la Diputación Foral de Gipuzkoa, ratificado en cuanto a la idoneidad de la edificación, no puede dejar de valorarse que nos encontramos ante una edificación tan singular como la que refleja el informe pericial obrante en autos, así como la documentación técnica del proyecto incorporado al expediente, y ello limitándonos a lo que aquí interesa en relación con la configuración general y volumetría y la exigencias impuestas por el art. 35.1 de las Ordenanzas Complementarias de Edificación del Plan General de Ordenación Urbana, que no puede considerarse que encaje en lo que se debe entender como tipología de las construcciones rurales tradicionales existentes, sin necesidad de sacar conclusiones de la distribución interior, a lo que antes nos referíamos.

Con todo ello, la Sala asume y ratifica la conclusión que traslada el Ayuntamiento al oponerse al recurso de apelación, y también la Asociación apelada, de que se está es ante una edificación unifamiliar de lujo en el campo, en el medio rural, y no ante una edificación de carácter rural, que es lo que tendría amparo en la normativa de aplicación en su momento, respecto a la excepción de construcción de viviendas en el suelo no urbanizable, exclusivamente vinculadas a explotaciones agropecuarias, para dar cumplimiento a la exigencia urbanística que toda edificación debe ajustarse en su configuración general y volumetría a las tipologías de las construcciones rurales tradicionales existentes.

No es necesario remitirse a reglas interpretativas específicas o de experiencia para concluir que no se está ante una edificación que pueda considerarse rural tradicional, y ello, insistiendo, dejando al margen la preexistencia de edificaciones que tampoco cumplan esa exigencia, que por lo ya dicho no son objeto del recurso y no pueden condicionar la aplicación restrictiva que se debe hacer en un supuesto como el presente, dado que se pretende asentar una edificación en suelo no urbanizable en principio prohibida con carácter general, tras la Directrices de Ordenación del Territorio y con plasmación legal en la Ley 5/98, con la única excepción de las estrictamente vinculadas a explotaciones agropecuarias previa acreditación.

Por ello y en el ámbito en el que se desenvuelve la decisión de esta sentencia, la Sala debe concluir que la edificación que reflejaba el proyecto técnico que se acompañó con la solicitud de licencia de 29 de junio de 2006, era contraria a la exigencia que plasmaba el art. 35.1 de las Ordenanzas Complementarias de Edificación del Plan General de Ordenación Urbana, como ya reflejó el informe de 14 de febrero de 2007 del Director de Urbanismo del Ayuntamiento, al considerarlo motivo suficiente para informar desfavorablemente la licencia y proponer su denegación, lo que se asumió por el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de febrero de 2007, recurrida en la instancia, ello sin perjuicio de que aquel informe y el propio Acuerdo, como veíamos, mostró discrepancia con el informe favorable que había emitido el Departamento Foral de Desarrollo del Medio Rural de la Diputación Foral de Gipuzkoa, en su ámbito de intervención, lo que como ya hemos dicho queda al margen de nuestro control y por ello de nuestra decisión.

A pesar de haberse cumplido el plazo temporal legalmente previsto para resolver y notificar, a pesar de haberse superado por el Ayuntamiento con la notificación el 28 de febrero de 2007 del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de febrero de 2007 que denegó la licencia, por disposición legal no podían entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra del ordenamiento urbanístico, por lo que no operó el silencio positivo, que implicaba que no existía limitación para la Administración al resolver

desestimando la solicitud, dado que no estaba vinculada al silencio positivo previo, en relación con las pautas, respecto a la obligación de dictar resolución expresa impuesta por el apartado 1º del art. 42 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 , que plasma el punto 4 de su art. 43, por lo que conforme a derecho fue la resolución de 16 de febrero de 2007 de la Junta de Gobierno Local que desestimó la licencia, y ello, insistimos, en el único ámbito que está en cuestión, dado que al margen queda lo que también se acordó por la resolución de 16 de febrero de 2007 de la Junta de Gobierno Local al interesar de la Diputación Foral que dejara sin efecto el informe favorable de 23 de agosto de 2006.

Todo ello determina la desestimación del recurso de apelación y confirmación del pronunciamiento de la sentencia apelada, con independencia de que se han acogido la mayoría de las alegaciones que incorpora el recurso de apelación.

DUODÉCIMO.- Costas

Estando a los criterios en cuanto a costas del art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, a pesar del pronunciamiento que se alcanza, al haberse acogido alegatos varios de los defendidos por la apelante, considera la Sala que son circunstancias que justifican, en este singular supuesto, no imponerla las costas.

Es por los anteriores fundamentos, por los que este Tribunal pronuncia el siguiente

FALLO

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación 683/2009 interpuesto por D^a Marta contra la sentencia 47/2009, de 18 de febrero de 2009, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 2 de Donostia-San Sebastián, por la que se desestimó el recurso 270/2007, seguido por los trámites del Procedimiento Ordinario contra Acuerdo de 16 de febrero de 2007, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, por el que se denegó licencia de construcción de vivienda unifamiliar en la parcela NUM000 del Polígono NUM001 DIRECCION000 num. NUM002, DEBEMOS:

1º.- Confirmar el pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso administrativo acordado por la sentencia apelada.

2º.- No efectuar pronunciamiento en cuanto a las costas en relación con las de esta segunda instancia.

Devuélvase al Juzgado de procedencia los autos originales y el expediente administrativo para la ejecución de lo resuelto, junto con testimonio de esta resolución.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 48020330022011100219