

SENTENCIA N° 1938/2015
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA. SALA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON SEDE EN MALAGA
PLENO

Procedimiento ordinario n° 454/2011

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS:

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

D^a ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D^a TERESA GÓMEZ PASTOR

D. JOSÉ BAENA DE TENA

D. SANTIAGO CRUZ GÓMEZ

D^a. SOLEDAD GAMO SERRANO

D. CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

D^a BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

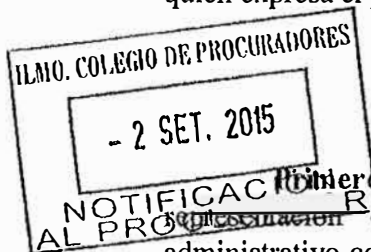


En la ciudad de Málaga, a 27 de julio de 2015.

Visto por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesto por los Ilmos. Magistrados referenciados al margen, el recurso contencioso-administrativo núm. 454/2011, sobre urbanismo (revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga), interpuesto por D. Francisco Castillo Bonilla, representado por D^a María Victoria Giner Martí y defendido por D. Juan Ramón Fernández-Canivell y Toro y figurando como parte demandada la Junta de Andalucía, representada y defendida por Letrada de su Gabinete Jurídico y el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado por D^a Aurelia Berbel Cascales y defendido por D. Salvador Romero Hernández, siendo la cuantía indeterminada.

Ha sido Magistrada ponente la Ilma. Sra. D^a María de la Soledad Gamo Serrano, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



Primer.- En fecha 8 de abril de 2011 D^a María Victoria Giner Martí, en representación de D. Francisco Castillo Bonilla, interpuso recurso contencioso administrativo contra la , por la que se aprueba definitivamente la revisión-adaptación del

Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, el cual fue admitido a trámite mediante diligencia de ordenación de 29 de junio de 2011, reclamándose la remisión del expediente administrativo y emplazándose a la Administración demandada y siendo ulteriormente solicitada y acordada la ampliación del recurso a la Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 28 de julio de 2011, por la que se dispone la publicación de la Normativa Urbanística de la Revisión-Adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, aprobada por Orden de 21 de enero de 2011.

Segundo.-El 28 de septiembre de 2012 se formalizó en tiempo y forma la demanda, en la que venían a exponerse, en síntesis, los siguientes hechos y motivos de impugnación: el recurrente es propietario de un solar de 2.172 metros cuadrados, sito en el Polígono Industrial Villa Rosa de Málaga, ámbito industrial que se encuentra total y absolutamente consolidado; sobre la parcela del demandante -en la que se encuentra construida una nave industrial que constituye su único medio de vida y sustento- y la colindante se ha delimitado una Unidad de Ejecución con la finalidad de abrir unos viarios, pese a tratarse de Suelo Urbano Consolidado de tipología industrial, constituyendo una solución artificiosa, incongruente y arbitraria; lo anterior, además de las cesiones y los costes de urbanización, implica una inadmisibile reducción del aprovechamiento respecto de las parcelas colindantes, además de tener que asumir el Plan Especial de Infraestructuras Básicas, tampoco exigible a suelos urbanos consolidados.

Tras invocar los fundamentos de derecho estimados pertinentes en apoyo de su pretensión terminaba solicitando la parte demandante en su escrito que, previos los trámites oportunos, se dictase en su día Sentencia por la que, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, se anule la innovación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, dejando sin efecto la unidad de ejecución SUNC-O-G-6 y declarando que es Suelo Urbano Consolidado, de uso característico y pormenorizado Industrial-Productivo, con la Ordenanza PROD-4 y la procedencia de la desafectación del trazado viario previsto que afecta a este solar o, subsidiariamente, estableciendo las mismas determinaciones urbanísticas de edificabilidad y demás parámetros que el resto del Polígono Villa Rosa.

Tercero.- Del escrito de demanda se dio el oportuno traslado a las demandadas, formulando la Letrada de la Junta de Andalucía en tiempo y forma escrito de contestación en el que venía a oponerse a la admisión de las pretensiones deducidas de contrario y a interesar su desestimación, resumidamente, por venir ampliamente justificadas las determinaciones del planeamiento en la memoria de ordenación, siendo evidente que resultan tanto ajustadas a la normativa como necesarias, al igual que el trazado viario previsto es necesario para la articulación de los flujos circulatorios.

Por similares argumentos se opuso asimismo a la estimación de las pretensiones

de la parte actora, interesando la desestimación de la demanda, la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, que puso igualmente de manifiesto en su escrito de contestación que el solar del recurrente, por su ubicación, impide el desarrollo viario de la zona, siendo la apertura o ampliación viaria más que razonable.

Cuarto.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba se propuso por la parte actora documental y pericial judicial y por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga prueba documental, medios probatorios todos los cuales fueron admitidos y practicados, con el resultado que consta, evacuándose trámite de conclusiones escritas y señalándose para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 17 de junio de 2015.

Quinto.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, salvo determinados plazos procesales, dado el cúmulo de asuntos pendientes en esta Sala.

A los que son de aplicación los consecuentes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Debemos comenzar por destacar, atendida la naturaleza de las cuestiones controvertidas en la presente litis, que el Tribunal Supremo tiene declarado que *"(...) La potestad para establecer, reformar o cambiar la planificación urbanística no es sólo una potestad, sino que constituye, además, un deber administrativo de inexorable cumplimiento cuando las circunstancias del caso lo exijan, como señala el artículo 156.d) del Reglamento de Planeamiento. Estas circunstancias del caso vienen representadas por la satisfacción de los intereses generales, que pueden demandar los cambios precisos para mejorar y perfeccionar la ordenación del suelo. En definitiva, la potestad de planeamiento incluye la de su reforma o sustitución, para realizar los ajustes necesarios a las exigencias cambiantes del interés público. Esta doctrina tradicional, y consolidada por la jurisprudencia de esta Sala, sobre el ejercicio del "ius variandi" no está exenta de límites. Así, los contornos dentro de los cuales se ha de mover la decisión del planificador son, quizás el más significativo, la proscripción de la arbitrariedad, pues la decisión tiene un carácter discrecional, pero nunca arbitrario, de modo que resultan de aplicación las técnicas tradicionales del control de los actos discrecionales, como el control de los hechos determinantes, la motivación y no incurrir en desviación de poder. Además, ha de ajustarse en tal planificación al interés público que constituye el epicentro de toda su actuación, siempre tomando en consideración la función social que constitucionalmente cumple el derecho de propiedad, ex artículo 33.2 de la CE"* (STS 20 abril 2011, dictada en el recurso de casación 1735/2007).

Dentro de los mecanismos de control de la potestad de planeamiento y del *ius variandi* cobra especial relieve, por lo que hace a las cuestiones aquí suscitadas, el de la necesidad de motivación de las determinaciones del planeamiento urbanístico que explicita ahora el Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, al preceptuar en su artículo 3.1 que *"El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve"*, positivizando así lo que en la jurisprudencia venía considerándose requisito de validez en el ejercicio de la potestad aludida.

Pues bien, la STS 14 de junio de 2011 (recurso 3828/2007), en argumentación reiterada en las posteriores SSST 12 de julio de 2012 (recurso 3409/2010) y 20 junio 2014 (recurso 5508/2011) expone al respecto que *"La potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución. Así, entre otras, Sentencias de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004). En la primera de ellas se insiste precisamente en que "las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal."*

También se ha afirmado en la jurisprudencia de esta Sala y Sección la necesidad de que el cumplimiento de este requisito teleológico se justifique y motive convenientemente en la memoria del instrumento de planeamiento (sentencia de 20 de octubre de 2003), resultando dicha exigencia de motivación más rigurosa y precisa cuanto más reducido sea el ámbito territorial abarcado por la modificación", constituyendo así la motivación que se contiene en la memoria una garantía primaria frente a la arbitrariedad en las determinaciones del planeamiento.

En parecidos términos se pronuncian, entre otras, las SSTS 30 octubre 2013 (recurso 2258/2010) y 20 junio 2014 (recurso 691/2012) y las que en ellas se citan.

En cuanto al grado de concreción exigible a la motivación, como destaca la STS 20 junio 2014 antes mencionada *"una reiterada jurisprudencia viene a señalar que, cuando se trata de un plan general nuevo o de una revisión del planeamiento en la que los cambios que afectan a todo el término municipal o a una gran parte del mismo, no cabe exigir una explicación pormenorizada de cada determinación, bastando que se expliquen y justifiquen las grandes líneas de la ordenación propuesta; y que será necesaria una motivación más concreta y detallada a medida que se desciende en la escala de los instrumentos de desarrollo, o cuando se trate de modificaciones puntuales, precisamente*

por su reducido ámbito de aplicación; así se deduce de nuestras Sentencias de 25 de julio de 2002 (RC 8509/1998), 11 de febrero de 2004 (RC 3515/2001), 26 de enero de 2005 (RC 2199/2002) y 18 de octubre de 2012 (RC 1408/2010)", como también presenta especial rigor la exigencia de motivación, como recuerda la STS 3 de octubre de 2013 (casación 1173/2011) cuando se trata de modificaciones que inciden en aspectos sensibles de la ordenación, como son las que afecten a la localización o extensión superficial de zonas verdes o las que impone el carácter reglado de la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección, exigencia de motivación reforzada no proyectable a un supuesto como el aquí examinado, en lo que lo que se discute es, principalmente, la categorización del suelo como no consolidado y el trazado de un concreto viario.

Segundo.- En el supuesto concreto sometido a nuestra consideración se expone en la Memoria propositiva del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga que "Parte importante de esta zona de Bahía de Málaga van a ser los sectores situados al norte de la autovía, entre los sectores ligados a Plaza Mayor y el Guadalhorce. Comprende los sectores de S. Julián, clasificado como residencial en el PGOU de 1997, dos pequeños sectores clasificados como urbanizable industrial en dicho PGOU, y el llamado comercial de Villa Rosa, correspondiente al antiguo SUP-G-7.

Entre el sector de San Julián, cuyo uso residencial ha de eliminarse por las isófonas del aeropuerto, y estos sectores que conforman la cabecera del polígono industrial Villa Rosa a la autovía, se configuran dos amplios parques empresariales que van a recualificar el frente del polígono a la autovía, y ser la componente productiva del desarrollo de Bahía de Málaga (...). A ambos se les autoriza una compatibilidad comercial del 20% del techo edificable, para acoger también cierta demanda de este tipo de usos en este lugar" (folios 147 y ss).

En las páginas 318 y ss la Memoria Propositiva alude a la inmediata conexión entre la Barriada de San Julián y su entorno con el acceso sur al aeropuerto desde la Autopista del Mediterráneo (sector SUS-G-1 "San Julián, antiguo sector de suelo urbanizable no programado residencial afectado por la huella sonora del aeropuerto, en el que se prevé el desarrollo de actividades mixtas de uso productivo y empresarial) y a la ubicación de algunos suelos junto a dicho mismo acceso sur, en la Avda. de Velázquez (cabeceras del Polígono Villa Rosa a la autovía, respecto a las que se pretende "recalificar dicho frente, con una mejor ordenación y unos usos, de tipo empresarial y comercial, que mejoren la imagen del Polígono Villa Rosa a la autovía"), con la especificación de que "El polígono industrial San Julián o Villarosa es un polígono a medio consolidar, que no ha tenido un planeamiento específico y solo alienaciones en el planeamiento general.

El Plan General delimita en los terrenos vacantes o por renovar diversas unidades de suelo urbano no consolidado para organizar la ejecución de los suelos, adjudicando la urbanización de las calles aun por hacer, y dotando de una edificabilidad acorde a la que detentaban, pero teniendo en cuenta las necesidades viarias y de aparcamientos de un

polígono de hoy”.

Se cumplen sobradamente, en consecuencia, a juicio de esta Sala, las exigencias de motivación en los términos que se han dejado expuestos en el fundamento de derecho que antecede. Cuestión netamente distinta y que se abordará a continuación es la consistente en la adecuación y conformidad o no a Derecho de las concretas determinaciones del planeamiento que aquí se combaten.

Tercero.- Comenzando con el extremo atinente a la clasificación y categorización del suelo, que viene a cuestionar la parte actora en su escrito rector, distinguiendo el artículo 44 de la Ley 7/2002 entre suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, la clasificación del suelo como urbano queda reservada a aquellos terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística -y en su caso el Plan de Ordenación Intermunicipal- adscriba a esta clase de suelo por encontrarse en alguna de las circunstancias a que hace mención el artículo 45 del mencionado Cuerpo legal:

a) Formar parte de un núcleo de población existente o ser susceptible de incorporarse en él en ejecución del Plan, y estar dotados, como mínimo, de los servicios urbanísticos de acceso rodado por vía urbana, abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía eléctrica en baja tensión.

b) Estar ya consolidados al menos en las dos terceras partes del espacio apto para la edificación según la ordenación que el planeamiento general proponga e integrados en la malla urbana en condiciones de conectar a los servicios urbanísticos básicos reseñados en el apartado anterior.

c) Haber sido transformados y urbanizados en ejecución del correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico y de conformidad con sus determinaciones.

Como afirma la STS 13 febrero 2014 (casación 3760/2011) *“Desde tiempo atrás la legislación urbanística y la jurisprudencia han considerado el de suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional de planeamiento - sentencia de 27 de noviembre de 2003 (RC 984/1999), que parte de la concurrencia de ciertas condiciones físicas tasadas (acceso rodado, energía eléctrica y suministro y evacuación de aguas, o áreas ya edificadas en determinada proporción). Así se reguló en el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el artículo 21 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, aprobatorio del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y en el artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), este último de carácter básico y aplicable al caso. De acuerdo con esa regulación, el planificador no puede clasificar como urbano el suelo que carezca de esos servicios urbanísticos, y, en cambio, debe clasificarlo como tal en el caso de que los tenga. Pero siempre y cuando dichos servicios resulten de dimensiones adecuadas para los usos previstos en el planeamiento y la parcela en cuestión se integre dentro de la “malla urbana” de la ciudad”.*

Dentro del suelo urbano, a su vez, la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía distingue entre las categorías de consolidado y no consolidado, definiendo el suelo urbano consolidado por exclusión de la otra categoría, al tener como tal el integrado por los terrenos a que se refiere el apartado primero del artículo 45 cuando *"estén urbanizados o tengan la condición de solares y no deban quedar comprendidos en el apartado siguiente"*, en tanto que la categoría de suelo urbano no consolidado comprende los terrenos que se adscriban a esta clase de suelo por precisar una actuación de transformación urbanística debida a alguna de las circunstancias que pormenoriza el artículo 45.2.B):

a) Constituir vacíos relevantes que permitan la delimitación de sectores de suelo que carezcan de los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos y requieran de una actuación de renovación urbana que comporte una nueva urbanización conectada funcionalmente a la red de los servicios e infraestructuras existentes.

b) Estar sujeta a una actuación de reforma interior por no contar la urbanización existente con todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos en la proporción y con las características adecuadas para servir a la edificación existente o que se vaya a construir en ellos, ya sea por precisar la urbanización de la mejora o rehabilitación, o bien de su renovación por devenir insuficiente como consecuencia del cambio de uso o edificabilidad global asignado por el planeamiento.

c) Precisar de un incremento o mejora de dotaciones, así como en su caso de los servicios públicos y de urbanización existentes, por causa de un incremento del aprovechamiento objetivo derivado de un aumento de edificabilidad, densidad o de cambio de uso que el instrumento de planeamiento atribuya o reconozca en parcelas integradas en áreas homogéneas respecto al aprovechamiento preexistente.

Cuarto.- Pues bien, respecto a la categorización del suelo en el **informe del perito** judicialmente designado, D. José Luis García Villamor, se expone que la finca descrita –sita en el Polígono Industrial Villa Rosa de Málaga, **correspondiendo con los números 16 y 18 del carril de Guetara (número 16 del Catastro)- reúne los requisitos necesarios para su calificación como Suelo Urbano Consolidado**, de conformidad con lo establecido en el **artículo 45 de la Ley de Ordenación Urbanística**, al formar parte de un núcleo de población con edificaciones consolidado en su totalidad, totalmente urbanizado y ajustado a la normativa urbanística vigente, además de hallarse la finca dotada de los servicios básicos e integrada en la malla urbana, no concurriendo ninguna de las circunstancias descritas en el artículo 45.B) de la indicada Ley para ser considerado como Suelo Urbano No Consolidado.

A lo anterior añade el perito judicial en su informe las tres siguientes consideraciones de interés, en orden al esclarecimiento y resolución de las cuestiones aquí controvertidas:

a) En primer término la de que, basándose la Unidad de Ejecución objeto del mismo en la existencia del trazado del nuevo vial en el anterior planeamiento de 1983, el mismo “no se sustenta por la finalidad, ni por la utilidad pública, ni social, ni por la obtención de mejoras significativas en el tráfico de una vía de escaso tránsito ni en la dotación de aparcamientos”, no teniendo la apertura de la calle “una justificación funcional clara, debido al escaso tránsito del viario que se pretende abrir y a que las vías que se van a poner en conexión se encuentran conectadas a ambos lados por las calles paralelas al viario inconcluso”, además de no llegar el viario planificado hasta el viario del borde norte del polígono, frente a lo que acontece con las calles paralelas de ambos lados.

b) En segundo lugar la consideración de que no estamos ante un proceso urbanizador de una parcela que carezca de los servicios y elementos propios de un proceso urbanizador, sino de una parcela edificada y actualmente en explotación, que reúne las características de suelo urbano consolidado, insertada en un polígono industrial cuya urbanización está consolidada y en uso y, en todo caso, cuanto menos, se encuentra en la misma situación urbanística que el resto del polígono industrial en que está integrada, circunstancia que “impide plantear ahora la imposición a su propietario de las cargas que corresponderían a un proceso urbanizador”, además de tener que ser la superficie afectada por el área de reparto, de reputarse que la prolongación del tramo de calle (que haría inviable el proceso industrial en el solar del recurrente, obligando a la demolición de la nave allí existente y al desmontaje de la totalidad de instalaciones) reviste un interés público o social o un beneficio para el polígono industrial todo el citado polígono y no solo la parcela ocupada por el nuevo vial y la colindante.

c) Por último, especifica el perito judicial en su informe que “Las dimensiones y la delimitación de la citada Área de Reparto en proporción con el nuevo vial menos la cesión del 10% no permiten la correcta equidistribución beneficios y cargas”, no siendo la Unidad de Ejecución económica y técnicamente viable.

Quinto.- La pericial judicial a que se ha hecho mención en el fundamento de derecho que antecede, en cuanto suscrita por perito totalmente imparcial, que ningún interés tiene en el procedimiento, y efectuada conforme a las prescripciones que marca la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria en este ámbito, según el artículo 4 de la Ley Procesal Civil y la Disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), ofreciendo el perito autor del informe una respuesta razonada y justificada sobre las diversas cuestiones objeto de la pericial y conclusiones obtenidas, ha de reputarse apta y bastante para desvirtuar la presunción de legalidad y acierto en el ejercicio de la potestad reglamentaria de planeamiento urbanístico a que hacen mención las SSTs 24 noviembre 1981, 2 octubre y 6 noviembre 1990, 23 mayo 1992 y 24 abril y 8 julio 1992, entre otras, que impone a quien impugna la carga de destruir dicha presunción mediante la aportación

de los elementos probatorios pertinentes, **siendo insuficiente la motivación de la Memoria para superar las dudas que plantea la pericial judicial aludida en cuanto a la necesidad de apertura de un nuevo viario.**

Se impone, en consecuencia, la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, con anulación de las determinaciones del planeamiento afectantes al suelo perteneciente a D. Francisco Castillo Bonilla.

Sexto.- No se estima que concurren méritos para hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Por todo lo cual y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a María Victoria Giner Martí, en representación de D. FRANCISCO CASTILLO BONILLA, contra las Ordenes de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía de fecha 21 de enero y 28 de julio de 2011, anulando y dejando sin efecto las determinaciones del nuevo Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga **concernientes a la unidad de ejecución SUNC-O-G-6 y al trazado viario afectante a los terrenos pertenecientes al actor a que se ha hecho mención en el cuerpo de esta Sentencia, declarando que aquellos deben categorizarse como Suelo Urbano Consolidado y condenando a la Administración demandada a estar y pasar por tales declaraciones.**

No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en los términos prevenidos en la Ley jurisdiccional, que se preparará ante esta misma Sala, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos, en el plazo de diez días, contados desde el siguiente al de su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos de que dimana, con inclusión del original en el Libro de Sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-