



Roj: **STSJ AND 12749/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:12749**

Id Cendoj: **29067330012023100724**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **13/10/2023**

Nº de Recurso: **943/2021**

Nº de Resolución: **2678/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MANUEL LOPEZ AGULLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga**

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

**N.I.G.:** 2906733320210002578.

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 943/2021.**

**De:** Victorino , Jesús Manuel , Sacramento y Juan Manuel

**Procurador/a:** ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO

**Contra:** CONSEJERIA DE FOMENTO INFRAESTRUCTURAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO y SERVICIO JURÍDICO PROVINCIAL DE MÁLAGA

**Letrado/a:** LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA - MALAGA

**SENTENCIA NÚMERO 2678/2023**

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS

D<sup>a</sup>. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1<sup>a</sup>

---

En la Ciudad de Málaga a trece de octubre de dos mil veintitrés

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el Recurso Contencioso-Administrativo número 943/2021 interpuesto por D. Victorino Y TRES MÁS representado/a por la procuradora D<sup>a</sup> ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO contra CONSEJERÍA DE FOMENTO, INFRAESTRUCTURAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y defendida por SR. LETRADO DEL SERVICIO JURÍDICO.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D MANUEL LOPEZ AGULLÓ, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el/a Procurador/a D/ña. ANA CRISTINA DE LOS RIOS SANTIAGO en la representación acreditada se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra CONSEJERÍA DE FOMENTO,



INFRAESTRUCTURAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, registrándose con el número 943/2021.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite, anunciada su incoación y recibido el expediente administrativo se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito, que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que se suplicaba se dictase sentencia por la que se estimen sus pretensiones.

**TERCERO.-** Dado traslado al demandado para contestar la demanda, lo efectuó mediante escrito, que en lo sustancial se da por reproducido en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se desestime la demanda.

**CUARTO.-** Recibido el juicio a prueba fueron propuestas y practicadas las que constan en sus respectivas piezas, y no siendo necesaria la celebración del vista pública, pasaron los autos a conclusiones, que evacuaron las partes en tiempo y forma mediante escritos que obran unidos a autos, señalándose seguidamente día para votación y fallo.

**QUINTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso la resolución de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de 23 de julio de 2021, que procedió al registro y publicación del Plan General de Ordenación Urbanística de Totalán ( Málaga), que había sido aprobado definitivamente el 17 de febrero de 2015, una vez acreditadas las subsanaciones de las deficiencias indicadas.

Los recurrentes sostienen que se ha realizado un expediente de cumplimiento irregular y no ajustado a derecho, imponiéndosele exclusivamente al Sector UR-3, a pesar de ser un área de oportunidad, una condición consistente en que el desarrollo de esta actuación está condicionado a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos necesarios, así como a la resolución de la totalidad de infraestructuras precisas, liberando al resto de Sectores de tal condición. Por ello, a su juicio, se exceden los límites de la discrecionalidad de la potestad de planeamiento con vulneración de los principios de igualdad, proporcionalidad y oportunidad.

En el suplico de la demanda fue interesado el dictado de sentencia que con estimación del recurso anule en la ficha del Sector UR-3 las siguientes determinaciones: *" El desarrollo de esta actuación estará condicionada a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos necesarios, así como a la resolución de la totalidad de las infraestructuras precisas"*.

La defensa de la Junta de Andalucía vino a oponer en su escrito de contestación, la desestimación del recurso, defendiendo la plena legalidad de la resolución impugnada.

**SEGUNDO.-** La articulación del elemento institucional de la función social de la propiedad con el planeamiento urbanístico y el carácter estatutario del contenido del derecho de propiedad, determinan que sea el Plan, junto con sus elementos normativos, los que están llamados a innovar el ordenamiento jurídico-urbanístico.

En clave urbanística, este poder se traduce en el ejercicio de lo que jurisprudencialmente se ha venido denominando el "ius variandi" -facultad innovadora o revisora de la Administración-; derecho o facultad que, en la medida en que ha de venir reconocido por la propia Ley, hoy puede entenderse comprendido en la potestad planificadora que atribuye a la Administración el art. 2.1 LRSV y que desde luego no puede cubrir una actuación arbitraria o carente de lógica.

Justificada pues la potestad de "ius variandi" que tiene la Administración en el marco normativo vigente, el problema esencial que se deriva de la materialización de esta facultad en el planeamiento es el relativo a la situación de los propietarios ante una modificación de éste. Pues bien, una de las consecuencias que se derivan de la concepción estatutaria de la propiedad urbanística radica en que el contenido de los derechos del propietario o facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento urbanístico, será el que concrete y especifique la ordenación urbanística vigente en cada lugar y en cada momento. Y es que la finalidad esencial del planeamiento urbanístico consiste en delimitar el contenido del derecho de propiedad.

Así, las determinaciones urbanísticas de un concreto planeamiento no dan lugar al nacimiento de derechos adquiridos de los propietarios de terrenos afectados por el mismo. De acuerdo con la citada concepción, no puede, por lo tanto, considerarse legal una pretensión dirigida a que el régimen de un determinado suelo quede congelado "in eternum", porque así convenga a los intereses de unos u otros particulares. Los derechos de los propietarios no pueden constituir un "obstáculo insalvable" o "impeditivo" para llevar a cabo el ejercicio de dicha potestad, incluso, cuando de ello resulte un trato desigual, que será aceptable, en tanto no suponga



discriminación, e indemnizable, cuando concurren los supuestos legales, en la fase posterior de ejecución del planeamiento.

Los intereses generales son el norte que orienta la actividad administrativa urbanística. Su ejercicio no puede quedar vinculado por ordenaciones anteriores. Y así podrán establecerse nuevas previsiones sobre clasificación y uso de los terrenos en contemplación de los intereses generales, teniendo en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad y seguridad jurídica. Así, en el caso de conflicto entre los propietarios del suelo y el "ius variandi" del planificador, prevalecerá la potestad discrecional de este último y la legitimidad de su ejercicio, siempre que con la misma no se incurra en arbitrariedad.

**TERCERO.**- El POT, en su artículo 31, apartado 3 establece que: *"La formulación de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional definirá los objetivos y las condiciones específicas para su desarrollo, de acuerdo con las líneas estratégicas, directrices y recomendaciones del presente Plan orientadas a hacia:.....c) La adecuada localización de equipamientos, servicios y espacios libres, así como suelos para actividades productivas en las áreas de oportunidad"*.

Las notas que caracterizan a las AAO - áreas de oportunidad - son diversas dependiendo en ocasiones de los propios objetivos del plan que las contenga y de las particularidades presentes en el ámbito que ordene dicho instrumento. No obstante, se pueden resaltar como características más relevantes y comunes las siguientes:

1. Se trata de zonas relevantes desde un punto de vista territorial, cuya importancia en ocasiones reside en descongestionar zonas saturadas y promover el desarrollo de nuevos lugares en los que formalizar una nueva tipología territorial que sirva de soporte a las primeras y, a su vez, permitan un desarrollo ordenado y el impulso económico de las segundas.

2. Son proyectos de gran escala o escala intermedia que buscan reeconomizar el espacio de un ámbito territorial de forma que contribuyan a una recualificación territorial y una mejora de la organización y estructuración interna y con el exterior.

3. Buscan la preservación de determinados suelos con una localización estratégica para destinarlos a usos de interés supramunicipal.

4. La delimitación concreta de dichas áreas podrá realizarse a través del planeamiento urbanístico.

5. En su mayor parte, se localizan sobre suelos clasificados como no urbanizables por el planeamiento urbanístico municipal. La inclusión de dicho suelo en un AAO supone para el municipio que dichos suelos deban ser clasificados como urbanizables y con un uso adecuado al previsto por el POT.

6. El planeamiento de desarrollo para la ordenación pormenorizada de estas áreas, debe prever en dichas zonas los niveles más altos de dotaciones locales de los previstos en el artículo 17.1.2º) de la LOUA. Además, suelen establecerse criterios adicionales tales como que la ubicación de las dotaciones se lleve a cabo en localizaciones centrales y abiertas a los principales accesos rodados, la

implantación de las infraestructuras necesarias tendentes a la eliminación de los efectos de la contaminación, el favorecimiento de implantación de energías renovables, la incorporación al sistema de espacios libres de las preexistencias.

Pues bien, en relación al tema enjuiciado, hemos de indicar que en la problemática sectorial del planeamiento urbanístico tiene una especial relevancia la cuestión del agua, que constituye un aspecto inserto de forma inescindible en el modelo de ordenación integral del suelo.

El sector agua se proyecta en varios aspectos del proceso de urbanización que, de forma no exhaustiva, pueden sintetizarse en los siguientes puntos: 1) en primer lugar, cuando se trata de transformar suelo no urbanizable en suelo urbanizable, o cuando se acometen desarrollos en suelo urbano o urbanizable que requieren de nuevas necesidades recursos hídricos, ha de garantizarse el suministro de agua, la evacuación de aguas residuales y preservación del entorno, tanto hídrico, como no hídrico pero dependiente del agua; en definitiva, la planificación urbanística ha de tomar en consideración de forma plena el ciclo hidrológico; 2) en segundo lugar, la intervención en suelo no urbanizable tiene objetivos de otra índole pero en realidad no estamos ante una diferencia sustancial en la proyección del sector agua en el planeamiento; 3) en tercer lugar, la potestad de planeamiento está condicionada por los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía; y 4) finalmente, juega un papel fundamental la previsión de inundaciones como elemento de ordenación del territorio.

Ello supone que el ejercicio de la potestad de planeamiento se ve condicionada por la normativa sectorial del agua, donde incide de forma destacada la competencia estatal en la materia, como ya indicara la STC 227/1998, de 22 de enero, de tal manera que, aún siendo el urbanismo y la ordenación del territorio una



competencia atribuida a la Comunidad Autónoma, resulta imprescindible que exista una coordinación entre planificación hidrológica y urbanística, lo que exige fórmulas procedimentales y de intervención que permitan armonizar el ejercicio de las respectivas competencias evitándose el desplazamiento o menoscabo de las ajenas. De conformidad con esta distribución de competencias, y en la medida que el desarrollo urbanístico necesite de un incremento de caudal de agua para satisfacer la nueva demanda, parece clara la competencia del Estado, en virtud del título competencial del artículo 149.1.22 de la Constitución, para establecer la exigencia, antes de la aprobación de un Plan urbanístico que comporte el incremento de la demanda de recursos hídricos, de un informe preceptivo de la correspondiente Confederación Hidrográfica, ello siempre que el origen del agua proceda de cuencas extracomunitarias.

Precisamente, una de esas técnicas de coordinación entre las competencias referidas es el informe previo a que refiere el artículo 25.4 de la Ley de Aguas, redactado en su redacción vigente por la Disposición Final Primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

El informe previsto en dicho artículo 25.4 debe ser emitido por las Confederaciones Hidrográficas en la tramitación de los actos y planes que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional, siempre que tales actos y planes afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía. Cuando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hidráulicos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer demandas.

Pues bien, resulta evidente que el desarrollo de estas AAOO, en los términos referidos, exigirá de recursos hídricos en los términos que contempla el art. 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, a cuyo tenor: *"Cuando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas"*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha indicado que ese informe no debe limitarse a informar sobre la mera existencia de los recursos hídricos necesarios para satisfacer las demandas que supongan las previsiones el planeamiento, sino que ha de referirse a la disponibilidad física y jurídica de esos recursos. En este sentido se manifiesta, entre otras la sentencia del Tribunal Supremo 276/2013, en su Fundamento de Derecho Duodécimo, a cuyo tenor: *".....El bloque normativo antes transcrito establece que el informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad no puede verse circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica, pues, cuando se trata de verificar si existe o no agua para el desarrollo urbanístico pretendido, de nada sirve constatar que la hay si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto. En definitiva, el ámbito competencial de las Confederaciones Hidrográficas se extiende con toda legitimidad no sólo a la constatación técnica de la existencia del agua sino también a la ordenación jurídica de los títulos de aprovechamiento (de su obtención, disponibilidad y compatibilidad), y ambas cuestiones pueden y deben ser contempladas de forma inescindible, conjunta y armónica, cuando se trata de formar criterio sobre la disponibilidad de agua para la ordenación urbanística proyectada, de manera que no cabe atribuir carácter vinculante a una pero no a la otra...."*.

**CUARTO.-** En el supuesto de litis denuncia la parte actora que habiendo sido clasificado el suelo de su propiedad (UR-3) en el instrumento de aprobación definitiva de 2015 como urbanizable sectorizado incluido en un área de oportunidad, su desarrollo no puede estar condicionado a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos necesarios, toda vez que lindando con el casco urbano no se le puede prohibir usar el agua de la red municipal, obligándole a buscar alternativas que hacen imposible su desarrollo.

En este sentido es de destacar el informe del perito de parte, arquitecto superior, Sr. Damaso, ratificado a presencia judicial con las exclusivas aclaraciones interesadas por la actora, del que destacamos dos puntos importantes, a saber:

1. El documento que el Ayuntamiento de Totalán remitió a la Administración Andaluza de Aguas para la emisión del informe que permitió el levantamiento de las suspensiones determinadas por la Junta de Andalucía para su PGOU no recogía correctamente las categorías del suelo urbanizable del municipio, dado que incorporaba el suelo litigioso como suelo urbanizable no sectorizado, cuando desde 2015 estaba aprobado definitivamente por la Junta como urbanizable sectorizado.

2. Para el perito, dicho error dió lugar que la Administración de Aguas emitiera informe sobre las necesidades hídricas para hacer frente al desarrollo del PGOU de Totalán de forma incorrecta, de modo que se beneficiaron



los otros dos sectores urbanizables sectorizados ( UR1 y UR2) que no se hallaban incluidos en área de oportunidad alguna, priorizando su desarrollo frente al UR3 al no tener que localizar nuevos recursos hídricos.

Pues bien, partiendo de que nos hallamos ante un suelo urbanizable sectorizado incluido en un área de oportunidad, la Sala discrepa de la conclusión a que llega el perito por las siguientes razones:

1. El suelo urbanizable sectorizado, también llamado suelo urbanizable programado o delimitado en sectores, es un suelo que el plan de ordenación urbanística señala de interés para la ciudad, debiendo estar conectado a las redes de suministros y poseer una vía de acceso rodado. Por ello, el plan lo divide en sectores para que sean objeto de actuaciones de urbanización.

Así pues se trata de un suelo que su urbanización se incluye en el programa de actuación del plan municipal, lo cual comporta un compromiso formal por parte del Ayuntamiento de iniciar un proceso de transformación durante un período señalado. De este modo, el Ayuntamiento se ve obligado a tramitar cualquier propuesta de urbanización del suelo promovida por otros agentes se ajuste a las regulaciones establecidas por el plan general.

2. El art. 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, antes transcrito, exige de forma genérica - sin distinción de suelo - el informe de recursos hídricos cuando los planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de aquellos.

3. **El texto que se impugna en las presentes actuaciones, literalmente dice: "... El desarrollo de esta actuación estará condicionada a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos necesarios, así como a la resolución de la totalidad de las infraestructuras precisas". Tal condicionante, per se, ni prohíbe el uso del agua de la red municipal, ni obliga a la propiedad a buscar alternativas hídricas al efecto, tan solo cumple escrupulosamente la ley en este aspecto.**

4. Precisamente la condición de suelo urbanizable sectorizado incluido en un área de oportunidad implica, según hemos visto, un gran desarrollo urbanístico de futuro que traerá aparejada la necesidad natural de un bien escaso como es el agua, cuyo caudal a priori no puede ser cuantificado, pudiéndolo asumir o no el municipio de Totalán, dependiendo de la materialización concreta del proceso urbanizador donde se acreditará como exige la ley la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos necesarios a tal fin.

5. La omisión de tal condicionante expreso respecto de los sectores UR1 y UR2 no les eximirá en su día de garantizar la existencia de recursos hídricos para acometer su desarrollo urbanístico.

Así pues y tras los razonamientos expuestos procederá el dictado de sentencia que desestime el recurso interpuesto y ello conforme a continuación se dirá.

**QUINTO.-** La desestimación del recurso trae aparejada la imposición de costas a la parte actora hasta el límite de 1.500 euros más IVA por todos los conceptos - art. 139 LJCA-

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

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto con expresa imposición de costas a la parte recurrente hasta el límite de 1.500 euros más IVA por todos los conceptos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, 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.-