



Roj: **STSJ AND 16771/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:16771**

Id Cendoj: **29067330012024100964**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2024**

Nº de Recurso: **515/2023**

Nº de Resolución: **2872/2024**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **CARLOS GARCIA DE LA ROSA**

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.:**2906733320230000576.

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 515/2023.**

**De: REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS S.A.**

**Procurador/a:**ALICIA MARQUEZ GARCIA

**Contra: AYUNTAMIENTO DE MALAGA**

**Procurador/a:**AURELIA BERBEL CASCALES

**Codemandado/s: PLATAFORMA BOSQUE URBANO MALAGA BUM**

Procurador/a: ANA MARIA RODRIGUEZ FERNANDEZ

**SENTENCIA NÚMERO 2872/2024**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:**

**PRESIDENTE**

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

**MAGISTRADOS**

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

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

En la Ciudad de Málaga, a catorce de noviembre de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, el Recurso Contencioso-Administrativo número 515/23, interpuesto por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Alicia Márquez García, contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 30 de marzo de 2023 por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU pormenorizada 12 cambio de calificación sistema técnico previsto en la avenida Juan XXIII esquina Avenida de Europa, a Zona Verde Pública, y en el que figura como parte demandada el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA, representado por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Aurelia Berbel Cascales, y PLATAFORMA BOSQUE URBANO DE MALAGA BUM representada por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana María Rodríguez Fernández, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.**-Por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Alicia Márquez García, en nombre y representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. se interpuso con fecha 21 de junio de 2023 recurso Contencioso-Administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 30 de marzo de 2023 por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU pormenorizada 12 cambio de calificación sistema técnico previsto en la avenida Juan XXIII esquina Avenida de Europa, a Zona Verde Pública.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por medio de decreto de fecha 27 de junio de 2023 se le concedió el trámite del procedimiento ordinario y se reclamó el expediente administrativo, ordenando la notificación a todos los interesados en el mismo.

Recibido el expediente se confirió traslado a la parte recurrente para que formalizara demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 19 de febrero de 2024, en el que se interesaba en síntesis, se estimara la demanda y se anulara la modificación del planeamiento impugnada por considerarla no ajustado a derecho.

**SEGUNDO.**-Se confirió traslado de la demanda por el término legal a las partes demandadas.

Por medio de escrito de fecha 4 de abril de 2024 el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Aurelia Berbel Cascales, en nombre y representación del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA compareció y contestó a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso concluyó suplicando la admisión del escrito presentado y de la documental acompañada y que previos los tramites legales se dictase sentencia por la que se desestimase la pretensión de la actora.

Por medio de escrito de fecha 27 de mayo de 2024 el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Ana María Rodríguez Fernández, en nombre y representación de PLATAFORMA BOSQUE URBANO DE MALAGA BUM compareció y contestó a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación al caso concluyó suplicando la admisión del escrito presentado y de la documental acompañada y que previos los tramites legales se dictase sentencia por la que se desestimase la pretensión de la actora.

**TERCERO.**-Mediante decreto de 30 de mayo de 2024 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada. A solicitud de la parte actora y demandada, se admitió prueba, con el resultado que obra en autos.

A continuación se acordó dar traslado a la parte actora y a las demandadas para que formularan sus conclusiones, trámite que evacuaron oportunamente ratificándose en sus respectivas pretensiones, señalándose seguidamente día para votación y fallo para el día 13 de noviembre de 2024.

**CUARTO.**-En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales de general y pertinente aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la impugnación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 30 de marzo de 2023 por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU pormenorizada 12 cambio de calificación sistema técnico previsto en la avenida Juan XXIII esquina Avenida de Europa, a Zona Verde Pública.

Son motivos de la impugnación ventilada en el presente proceso: 1) El acto recurrido consume un claro incumplimiento de un convenio urbanístico. 2) El acto recurrido debe contemplar una compensación económica a favor de la propiedad por los derechos urbanísticos que son objeto de privación por motivo de la recalificación del espacio en zona verde publica. 3) La modificación constituye un supuesto de actuación contra los propios actos previos de la Administración, y de vulneración del principio de confianza legítima. 4) Se solicita el reconocimiento de una situación jurídica individualizada por la que se reubique la estación de servicios proyectada en la parcela objeto de la modificación para materializar el derecho a la construcción de una estación de servicio, o alternativamente se determine una indemnización por la pérdida de su derecho a la construcción de una estación de servicio.

El Ayuntamiento de Málaga en su contestación a la demanda defiende que en nada afecta a la legalidad del acuerdo impugnado el hecho de que en el mismo no se establezca una indemnización para la recurrente que le viene reconocida dado el caso en la legislación urbanística. El contenido de un convenio urbanístico no vincula a la Administración cuando del ejercicio del ius variandi se trata, ni puede constreñir el ejercicio de la competencia de la Administración en materia de ordenación del territorio y **urbanismo**.

La entidad codemandada Plataforma Bosque Urbano de Málaga considera que la modificación del PGOU mediante la que se establece una amplia zona forestal con mínima presencia de edificios en aras a la gestión sostenible de los recursos naturales de la ciudad es coherente con el principio de desarrollo sostenible que



se consuma mediante la configuración de superficies verdes públicas como mínimo sin retorno en virtud de la cláusula Stand still.

**SEGUNDO.**-Para resolver las cuestión planteada en estos términos se ha de tener presente que la Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias en materia de ordenación del territorio y urbanística. Así se entiende que es la Administración con competencia en materia de ordenación urbanística la que asume monopolísticamente la tarea de observar el progreso de las necesidades de la ciudad y ofrecerles soluciones que considere más acordes para la mejor satisfacción en último término de los intereses generales de la comunidad.

Como toda potestad de ejercicio discrecional por la Administración, ésta se sujeta a las prescripciones de los artículos 9.3) y 103.1 de la CE, en la medida que el primero proscribiera la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, con sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo impone a las Administraciones que sirvan con objetividad los intereses generales. En concordancia con estos mandatos constitucionales de genérica aplicación a la actividad de las Administraciones, se deduce que el ejercicio del ius variandi urbanístico debe estar presidido por el respeto a los principios de congruencia, racionalidad y proporcionalidad, y en concreto debe evitar la indeseada discordancia entre la solución elegida y la realidad a la que se aplica, como advirtió en su día la STS de 28 de marzo de 1990.

Así, la potestad de planeamiento es una potestad discrecional de la Administración, que como indica el Tribunal Supremo debe observarse dentro de los principios del art. 103 de la Constitución); de tal suerte que el éxito de una impugnación de la potestad de planeamiento, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, la estabilidad, la seguridad jurídica, con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones. En igual sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1991 destaca el carácter ampliamente discrecional del planeamiento, independientemente de que existan aspectos rigurosamente reglados. Es cierto que el genio expansivo del Estado de Derecho, ha ido alumbrando técnicas que permiten un control jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero aún así resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. La misma sentencia haciendo una referencia concreta a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1977 subraya la importancia de la Memoria como documento integrante del Plan, art. 12,3,a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 38 del Reglamento de Planeamiento y advierte que la Memoria integra ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento.

La oportunidad de preservar este espacio y dedicarlo al esparcimiento queda justificada con suficiencia en la motivación del propio instrumento por lo que no cabe dirigirle reproche alguno de arbitrariedad o transgresión de los principios de confianza legítima o buena fe, no se aprecia indicio alguno de exceso en el ejercicio del ius variandi urbanístico que pueda conducir a la anulación del instrumento combatido, por lo que respecta al concreto aspecto del destino concedido al sector discutido.

De otro lado debe valorarse que no se pueden imponer a la facultad discrecional de la Administración planeadora las prescripciones de un acuerdo que viene a ratificar un convenio suscrito con un particular. La Administración no puede quedar constreñida en la apreciación cambiante de las necesidades de transformación urbanística de la ciudad al contenido de las convenciones suscritas con particulares. Lo anterior es consecuencia de la ya avanzada preordenación de los intereses generales de la colectividad, a los que se subordinan los intereses privados de los propietarios, titulares de un derecho de declarada naturaleza estatutaria, y sujeto por lo tanto a las mutaciones de facultades dominicales que deriven del orden jurídico urbanístico en cada momento, sin derecho a compensación, salvo excepciones, todo ello en relación con la función social de la propiedad privada, de especial trascendencia en el marco de la ordenación del territorio y urbanística.

En este sentido se expresa la Sentencia de la Sala 3ª de Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 2010 (rec. 2679/06), cuando afirma que *"Los convenios urbanísticos de planeamiento, como es el citado por la parte recurrente, no pueden condicionar el ejercicio de funciones públicas de modo que la potestad del planificador ha de estar al servicio del interés general y no actuar en cumplimiento de un convenio, como reiteradamente venimos declarando. Los convenios, en definitiva, en tanto que instrumentos de acción concertada pueden ser de utilidad para llevar a cabo una actuación urbanística eficaz, la consecución de los objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general. Ahora bien, ello no significa que los convenios urbanísticos puedan determinar o condicionar el ejercicio de competencias de las que la Administración no puede disponer por vía contractual o de pacto. Y precisamente esto es lo que sucede en este caso, toda vez que el planificador, coincidiendo o no con lo acordado por convenio, no consta que se haya apartado de los*



*intereses generales en la ampliación del camping dentro de su término municipal. La mera existencia de un convenio urbanístico, a pesar de los recelos y desconfianzas que pueda suscitar esta figura, no puede llevarnos a considerar que estamos ante una desviación de poder del planificador, cuando no se ha evidenciado el extravío en la finalidad de la actuación que comporta toda desviación de poder".*

En definitiva nos encontramos con un recurso en el que no se articulan motivos impugnatorios válidos que oponer a la legalidad de la modificación del planeamiento acordada, y además se nos solicita, de forma contradictoria a la pretensión anulatoria, que ordenemos una reubicación de la estación de servicios, aspiración que no podemos atender en atención a lo previsto en el art. 71.2 de LJCA.

Cuestión distinta es la relativa a la previa consolidación de un derecho urbanístico que decae como consecuencia del ejercicio legítimo del ius variandi urbanístico, que es lo que cabe deducir en nuestro caso a partir de la reclamación de la actora, pues en la redacción originaria del PGOU se admitía el desarrollo de una actividad industrial en el sector que ahora se recalifica como zona verde pública.

Sistematiza la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 4ª) de 15 de diciembre de 2010 (rec. 1336/2009) la jurisprudencia en materia de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico afirmando que " *el contenido económico del derecho de propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que sólo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza. Por ende, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento que hayan devenido inútiles" [F.D. 7º]*

Se impone precisar que el potencial derecho de la recurrente a una compensación económica por pérdida de un derecho urbanístico patrimonializado no obsta a la legalidad de la modificación del planeamiento aquí discutida, por lo que aquí nos es ajena la cuestión indemnizatoria, de modo que la comprobación de la concurrencia de los presupuestos necesarios para hacerse acreedor de una indemnización por este concepto al amparo de lo previsto en el art. 38 o 39 de RDLeg 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, en relación con lo previsto en el art. 50.F) de LOUA y hoy el art. 18.1.a) y b) de LISTA, deberá seguir un cauce autónomo de manera que no se impida, dificulte o condicione el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en el ámbito urbanístico.

Se desestima el recurso contencioso administrativo planteado.

**TERCERO.**-En cuanto al pago de las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de LJCA se impondrán a la parte que vea enteramente desestimadas sus pretensiones en nuestro caso la parte actora hasta el límite de 1.500 euros por todos los conceptos ( art. 139.4 de LJCA).

Vistos los preceptos legales y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Dª. Alicia Márquez García, en nombre y representación de REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A. frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 30 de marzo de 2023 por el que se aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU pormenorizada 12 cambio de calificación sistema técnico previsto en la avenida Juan XXIII esquina Avenida de Europa, a Zona Verde Pública, con expresa imposición de las costas procesales a cargo de la recurrente hasta el límite de 1.500 euros por todos los conceptos.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos previstos en el art. 89 de LJCA .

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos.

Firme que sea la misma y con testimonio de ella, devuélvase el expediente administrativo al Centro de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**-La anterior sentencia ha sido leída y publicada por los Magistrados que la suscriben estando celebrando audiencia pública de lo que yo la Secretaría. Doy fe.