



TSJ Andalucía (Málaga) (Contencioso), sec. 1ª, S 25-10-2013, nº 2476/2013, rec. 946/2009

PTE.: Torre Deza, Fernando de la

ROJ: STSJ AND 15621:2013

ECLI: ES:TSJAND:2013:15621

Procedimiento: Primera instancia

Sentido del fallo: Estimación parcial

Demandante/recurrente: Afectado por el acto

Demandado/recurrido: Administración autora del acto

-  Iter del caso

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-.-

Por las entidades mercantiles INGECONSER, S.A.; e INMO VAUBAN S.A.S representadas por el Procurador D. Avelino Barrionuevo Gener, se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra "[Decreto 308/2009 de 21 de julio \(EDL 2009/414105\)](#) que aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Málaga (POTAUM) ", registrándose el Recurso con el número 946/09.

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 centra el objeto del recurso en determinar si el [Decreto 308/09 de la Junta de Andalucía \(EDL 2009/414105\)](#) que aprobó el Plan de Ordenación Territorial de la Aglomeración Urbana de Málaga (POAUM) en cuanto que calificó como zona de Protección Territorial las fincas "El Panchurraco" y la finca "El Coscollar", es ajustada a derecho, entendiéndose la recurrente que no lo es y ello por las siguientes consideraciones: En primer lugar y en cuanto al procedimiento seguido porque por un lado no se ha utilizado la escala debida en la planimetría, lo que causa indefensión a la parte, por otro lado porque no se ha observado el trámite de información pública y participación ciudadana y por otro lado porque no se respeta el principio de autonomía municipal; y en segundo lugar, en cuanto al fondo porque en los mencionados terrenos no se dan las condiciones ni de flora, fauna o paisajística suficientes como para declarar los referidos terrenos de especial protección, razón por la que interesó el dictado de una sentencia por la que, tras impugnar indirectamente el plan de Ordenación territorial Andaluz, en cuanto contuviese alguna determinación sobre dichos terrenos, se anulase cualquier determinación de Protección de Transición establecido en el POT, se anulase el Decreto 308/09 por los defectos de procedimiento y de entrar en el fondo se declarase que las determinaciones de los arts. 70 y 71 tuviesen carácter de Recomendaciones, así como que las parte de las Fincas "El Panchurraco" y "El Coscollar" resulten desafectadas de cualquier tipo de Protección y en concreto desafectadas de cualquier tipo de Protección y en concreto de la Zona de Protección Territorial "Los Montes de Málaga". A todo ello se opuso la parte demandada que entendiéndose ajustado a Derecho el Decreto impugnado tanto en el procedimiento seguido como en el fondo, interesó la desestimación del recurso, no sin antes alegar, en orden a la pretensión de que se proceda a reconocer una situación jurídica individualizada, su improcedencia.

SEGUNDO.-

Entrando a conocer del primero de los motivos alegados por la parte recurrente que no es sino entender que la escala utilizada en la planimetría, 1:70.000, es insuficiente debiéndose haber utilizado una escala mínima de 1:5000 pues de lo contrario se causa indefensión a la parte al no poderse tener una exacta comprensión del contenido y determinaciones del Plan de Ordenación, el mismo no puede ser acogido y ello por cuanto que como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la sentencia dictada en el recurso 986/09 [EDJ 2012/365889](#) en el que se trata de la misma cuestión con respecto al mismo Plan de Ordenación:

"Entrando a conocer del primero de los motivos alegados por la recurrente y que según quedó dicho estriba en entender que no se ha respetado la normativa relativa a la escala cartográfica de los planos lo que le produce indefensión, y dejando aparte la invocación que a la indefensión realiza -dejación que se hace pues no sólo es de carácter genérico no concretando en que consiste dicha indefensión lo que además, como apunta la demandada resulta ciertamente extraña en la medida en que de la propia demanda se concluye que el defecto reprochado a la cartografía no ha impedido a la parte conocer la ubicación de la zona afectada-, el motivo no puede ser atendido ya que disponiendo el [art. 12 en su letra E de la Ley 1/94 de Ordenación del Territorio de Andalucía](#) que la documentación gráfica será a escala adecuada para la correcta comprensión de su contenido y determinaciones, es claro que no puede invocarse lo dispuesto en el art. 39 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico máxime cuando aún en el caso de que fuese de aplicación, al disponerse en él, en su apartado E, que para el suelo urbanizable "el plano de situación será a escala conveniente con expresión de las áreas de especial protección", el motivo resulta inadecuado y por tanto ha de ser desestimado."

TERCERO.-

Desestimando el anterior motivo y entrando a conocer del segundo de los formulados, relativo a que no se ha observado el trámite de información pública, lo que vicia de nulidad el procedimiento seguido, al igual que el anterior motivo procedimental, ha de ser desestimado, pues como se ha razonado en la sentencia antes mencionada, con respecto a dicha cuestión:

"Entrando a conocer acerca del segundo motivo procedimental, relativo a no haberse respetado el principio de participación ciudadana en la elaboración de los Planos de Ordenación Territorial, el mismo ha de ser desestimado pues una vez que consta en el expediente que dicha participación tuvo lugar hasta el punto que como afirma la parte demandada, llegaron a presentarse 14.989 escritos con un total de 15.856 alegaciones de las que fueron estimadas un 95'4 %, es clara la inoportunidad del motivo, que por lo demás la parte sustenta en un simple trasplante normativo en la demanda."

CUARTO.-

Entrando a conocer del tercero de los motivos de índole procedimental por el que se denuncia que no se ha respetado el principio de la autonomía municipal, al regularse cuestiones de la competencia de las Corporaciones Locales Municipales, debe correr la misma suerte desestimatoria que las actuaciones pues como ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse en la Sentencia dictada en el recurso 789/09:

"Por otra parte, tampoco se habría vulnerado el principio de la autonomía municipal al clasificar el suelo. En cualquier caso y sobre el extremo a que se refiere este fundamento no está de más reparar en que entre los objetivos de la ordenación del territorio, como competencia autonómica y materia propia de instrumentos como el que ahora se trata, se incluye de manera principal "...la distribución geográfica de las actividades y de los usos del suelo, armonizada con el desarrollo socioeconómico, las potencialidades existentes en el territorio y la protección de la naturaleza y del patrimonio histórico y cultural.." ([artículo 2.2.b\) de la Ley 1/1994](#)).

La ordenación del territorio debe suponer así el establecimiento de determinaciones relacionadas con la protección de la naturaleza y del paisaje, extremo al que, además, por si ello no bastara, se refiere la propia [Ley 7/2002 en su artículo 46.1.e](#)), según el cual ".pertencen al suelo no urbanizable los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística adscriba a esta clase de suelo por ser objeto por los Planes de Ordenación del Territorio de previsiones y determinaciones que impliquen su exclusión del proceso urbanizador o que establezcan criterios de ordenación de usos, de protección o mejora del paisaje y del patrimonio histórico y cultural, y de utilización racional de los recursos naturales, en general, e incompatibles con cualquier clasificación distinta de la de suelo no urbanizable..".

Las previsiones autonómicas encontraban su acogida en el [artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones](#) , que atribuía la condición no urbanizable a aquellos suelos que debían incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial.

Más adelante, la inclusión de esta materia ambiental en el posible marco de actuación de la ordenación del territorio ha quedado recogida en el concepto de desarrollo sostenible formulado por el [artículo 2.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio](#) , al establecer que en virtud de dicho principio las políticas públicas sobre uso del suelo deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación, y procurando en particular la eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje, la protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística, y un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente, que esté suficientemente dotado por las infraestructuras y los servicios que le son propios y en el que los usos se combinen de forma funcional y se implanten efectivamente, cuando cumplan una función social. Precisamente, añade la Ley estatal que la persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística.

Es evidente, pues, que aquellas determinaciones, dirigidas a la preservación del proceso urbanizador del suelo por razones medioambientales, afectan de manera directa a intereses claramente supralocales, imbricados especialmente en la materia medioambiental y de ordenación del territorio, que, por lo tanto, pueden y deben ser abordadas por los instrumentos que el ordenamiento contempla como propios de estas materias, los cuales, además, son vinculantes para los planes de ordenación urbanística."

A lo que bien podría añadirse lo razonado, para con respecto a la zona conocida como "Los Montes de Málaga", en la sentencia dictada en el recurso 986/09 [EDJ 2012/365889](#) en su fundamento de derecho sexto que no es sino

"Ya por último y entrando a conocer acerca del motivo relativo a la vulneración de la competencia urbanística del Planeamiento Municipal en cuanto que confunde lo que es protección urbanística con protección territorial, pues esta debe fundarse en un interés supra municipal que justifique a la vista de las circunstancias de los terrenos, su especial protección, el mismo no puede ser atendido pues el que el Plan declare de especial protección los terrenos conocidos como los "Montes de Málaga" no supone invasión de las competencias urbanísticas del Ayuntamiento ya que dicha declaración opera como un límite del ejercicio de las facultades urbanísticas en el sentido de que teniendo en cuenta las limitaciones legales que tal declaración conlleva, el Ayuntamiento puede ejercitar sus facultades urbanísticas con total autonomía, como así se dispone en el artículo 8 números 3, 4, 5, y 6 no pudiéndose argüir que dicha declaración estorbe el modelo de ciudad compacta y funcional establecido en el art. 45 del Plan de Ordenación Territorial, pues como razona la demandada, parece lógico que si en unos terrenos limítrofes a la ciudad se limita la construcción, se está favoreciendo la ciudad compacta en cuanto que se impide que se construya en su alrededor de manera desperdigada, por todo lo cual el recurso ha de ser desestimado lo que conlleva a su vez la desestimación del recurso indirecto del Plan de Ordenación Territorial de Andalucía."

QUINTO.-

Entrando a conocer de la cuestión de fondo, que no es otra que entender que en los terrenos correspondientes y a los que afectase las determinaciones que se contienen en el POTAUM, en concreto en el apartado 6.2 de la Memoria, a las fincas "El Panchucaco" y "El Coscollar", no concurren ni las condiciones ni las características en base a las cuales puedan clasificarse como Zona de Protección Territorial "Los Montes de Málaga", el mismo ha de ser acogido, si bien con el alcance que se dirá, pues sin desconocer y así esta misma Sala ha establecido en la sentencias entre otras dictadas en los recursos 906/09, 789/09 y 983/11 que el planificador, a la hora de elaborar los Planes Territoriales goza del margen de discrecionalidad y arbitrio necesarios en base al cual y a la vista de las características de cada terreno, pueda adscribirse a una determinada categoría de suelo, lo que ciertamente no puede realizarse por parcelas individualmente consideradas, sino que necesariamente éstas habrán de agruparse en una superficie suficiente como para darle un tratamiento unitario, so pena de caer en un puntillismo contrario a la propia naturaleza y esencia de lo que es un Plan de

Ordenación Territorial, ello no exime a la Administración de la necesidad de acreditar que los terrenos que declara Zona de Interés Territorial efectivamente reúnen las características que tal clasificación exige, características que pueden derivar de las condiciones de la flora, fauna, valores ecológicos, paisajísticos o medio ambientales, lo que no ocurre en el caso de autos pues no solo los terrenos mencionados distan en su punto más cercano seis kilómetros novecientos metros de la Zona de Interés Territorial conocida como los Montes de Málaga, distancia que de por sí supone que por la simple cercanía, no procede sin más aplicarles el mismo régimen o clasificación, sino porque además, y lo que es más importante porque tanto de la documental aportada por la recurrente -informe de D. Emilio - como de la pericial practicada por D. Franco, se pone de relieve y manifiesto que en los terrenos que se discuten no concurren las características necesarias que por afectar a la flora, fauna, paisaje o el medio ambiente, pudiesen justificar la declaración de Zona de Interés Territorial, siendo significativas al respecto las valoraciones que lleva a cabo el referido perito judicial y las conclusiones que en base a ellas establece en orden a la antropización de la zona, el escaso riesgo de erosión y la escasa singularidad del paisaje, no pudiendo argüirse que en todo caso, al deberse dar un tratamiento unitario y no individual a cada parcela, el que una de estas no reúna las condiciones necesarias para la declaración de Zona de Interés, no supone que dicha declaración no se encuentre justificada, pues aún cuando, como se dijo anteriormente, **el tratamiento ha de ser unitario o por zonas y no por parcelas, al constar que las de autos, carece de dichas características debió la Administración acreditar que los terrenos circundantes y cercanos sí reunían dichas características, pues en principio cabe suponer que dichos terrenos circundantes tienen las mismas condiciones y características que las parcelas de que se trata, por todo lo cual el recurso ha de ser estimado, si bien la pretensión de que las Determinaciones contenidas en los artículos 70 y 71 de la normativa tengan el carácter de Recomendaciones, no puede ser atendida pues no corresponde a la Jurisdicción determinar el alcance que deba tener el acto que deba dictarse como consecuencia de la declaración de nulidad de un acto discrecional.**

SÉPTIMO.-

Por último y en cuanto a la impugnación indirecta del Plan de Ordenación Territorial de Andalucía, la pretensión acumulativa de la recurrente no puede ser atendida pues como razona la parte demandada, no solo el POTAUM no es un acto de aplicación de dicho Plan Territorial de Andalucía, pues ambas son dos normas reglamentarias independientes, sino porque además y en todo caso la recurrente no acredita que en dicho Plan Territorial se haya dictado alguna determinación por la cual se declaren los terrenos de Protección Territorial.

OCTAVO.-

En cuanto al pago de las costas procesales causadas, y visto que no se observa mala fe ni temeridad en la parte demandada, no procede hacer especial pronunciamiento.

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

FALLO

Que estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Avelino Barrionuevo Giner contra el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Málaga, declarando la nulidad de las Determinaciones contenidas en los artículos 70 y 71 de su normativa, en cuanto que establecen que las partes de las Fincas "El Panchurraco" con una extensión de 65115,50 m² y "El Coscollar", con una extensión de 10.187,20 m², son Zonas de Interés Territorial [EDL 2009/414105](#), todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.

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, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados antes mencionados

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en fecha 18/12/2013, ante mí, el Secretario. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 29067330012013101045

Iter del caso

STSJ Andalucía (Mál) (Contencioso) de 25 octubre de 2013

Anula en el sentido indicado

D Andalucía 308/2009 de 21 julio de 2009

STS (Contencioso) de 10 febrero de 2016

Desestima el recurso interpuesto en su contra

STSJ Andalucía (Mál) (Contencioso) de 25 octubre de 2013

Conceptos

Territorio, urbanismo y vivienda

Competencia autonómica en la ordenación del territorio y del paisaje, del litoral, urbanismo y vivienda

Suelo no urbanizable protegido