



Roj: **STSJ AND 10697/2015 - ECLI: ES:TSJAND:2015:10697**

Id Cendoj: **29067330012015100813**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2015**

Nº de Recurso: **432/2011**

Nº de Resolución: **1914/2015**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 10697/2015,**
STS 5199/2016

SENTENCIA Nº 1914/15

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

Procedimiento Ordinario nº: 432/11

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE:

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS:

D^a. ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D^a MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

D. SANTIAGO CRUZ GÓMEZ

D. CARLOS GARCÍA DE LA ROSA

D^a. M^a SOLEDAD GAMO SERRANO

D^a BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

D. JOSE BAENA DE TENA

En la Ciudad de Málaga a 22 de julio de 2015.

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 432/11 , interpuesto por D. FELIX JUSTO E HIJOS S.L., BORÍSTENES S.A. E INMUEBLES BELFASA S.L. representados por la Procuradora D^a MARIA VICTORIA GINER MARTI contra la CONSEJERÍA DE OBRAS PUBLICAS Y VIVIENDA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA representada por el LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA y como parte codemandada el AYUNTAMIENTO DE MALAGA representado por el Procurador D. JOSE MANUEL PAEZ GÓMEZ.

Ha sido Ponente el/la Ilma. Sra. Magistrada Dña. ROSARIO CARDENAL GÓMEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por D. FELIX JUSTO E HIJOS S.L., BORÍSTENES S.A. E INMUEBLES BELFASA S.L representados por la Procuradora D^a MARIA VICTORIA GINER MARTI se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra " la Orden de 21 de Enero de 2011 por la que se aprueba definitivamente la revisión-adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, B.O.J.A. de 10 de Febrero de 2011 (BOJA nº 29)", registrándose el Recurso con el número 432/11.

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 JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso Contencioso-Administrativo por la representación procesal de las entidades Felix Justo e Hijos S.L., Borístenes S.A. e Inmuebles Belfasa S.L., la Orden de 21 de Enero de 2011 por la que se aprueba definitivamente la revisión-adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, B.O.J.A. de 10 de Febrero de 2011 (BOJA nº 29), en cuanto a los siguientes extremos:

En cuanto a la afectación de la alineación de la c/Torre del Mar, Cesar Vallejo y Valle Niza ya que quedan afectadas las naves con actividades industriales y logísticas en funcionamiento. Aperturándose un vial de conexión entre las calles César Vallejo y Torre del Mar llevado hasta la calle Valle Niza del Polígono Industrial Santa Teresa (Málaga). Causando graves perjuicios a las entidades recurrentes.

Respecto de la delimitación de planeamientos aprobados (PA-PAM), cuando realmente se tratan de SUC (suelos urbanos consolidados) en los que serían de aplicación la ordenanza PROD-4, sin la limitación de la edificabilidad anterior.

La pretensión que se ejercita es el dictado de sentencia por la que "estimando el recurso contencioso-administrativo, anule la resolución impugnada en el extremo a que se refiere en este recurso (Respecto de la afectación de la alineación de la c/Torre del Mar; Cesar Callejo y Calle Niqaya que quedan afectadas las naves con actividades industriales y logísticas en fundo namiento, abriendo un vial de conexión entre las calles César Callejo y Torre del Mar llevado hasta la calle Calle Ni^a del Polígono Industrial Santa Teresa (Málaga). Causando gravesperjuicios a las entidades recurrentes) y, en consecuencia declare:

Que se anule la decisión de proyectar un vial atravesando la propiedad de mis representados (SLV-G.14) ya que sería un beneficio a obtener mínimo en relación al gran perjuicio que sufrirían, desafectando por tanto las propiedades de mis representantes.

Que la afectación por alineación al igual que la decisión de incluir un nuevo vial es perjudicial para los intereses de mis representados, en cuanto al gran perjuicio que dicho extremo causa en sus negocios, y preverse en caso de renovación voluntaria la cesión gratuita de los mismos.

Que al encontrarnos ante un Suelo Urbano Consolidado se mantengan las mismas condiciones que en el PGOU de 1.997, en concreto respecto al índice de edificabilidad 1.5 m2t/m2s y 100 % de ocupación.

Y por tanto que la Ordenanza PROD. 4 quede con las mismas determinaciones que se establecían en el IND. 3 del PGOU 1997, con eliminación de la figura PROD. 4.B. y, en consecuencia se anule el Art. 12.11.8. sobre condiciones particulares de la subzona PROD. 4".

Por la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que por Ministerio de la Ley ostenta de la Administración Autonómica demandada, se solicita se dicte Sentencia por la que se declare conforme a derecho la resolución impugnada.

Por la representación procesal del Ayuntamiento de Málaga, que ha intervenido en los presentes autos en calidad de parte codemandada, se solicita el dictado de sentencia desestimatoria del recurso al ser ajustado a derecho el acto impugnado.



SEGUNDO.- Alega la actora que la presente impugnación se encuentra coformada por las naves de las entidades actoras ubicados entre la c/ Torre del Mar, Cesar Vallejo hasta llegar a la C/ Vallenga, en el Polígono Industrial Santa Teresa (Málaga) que de acuerdo con el PGOU de 1997 y la Revisión del PGOU aprobado inicialmente en el año 2000 era un suelo clasificado como urbano consolidado.

Ahora la aprobación definitiva del Plan dispone con retranqueo en las alineaciones, abrir un vial atravesando esa propiedad con el grave perjuicio que ello conlleva al dejar inutilizada la misma para cualquier tipo de desarrollo industrial solo a expensas de una futura expropiación o bien a la petición de licencia municipal el cual será el momento de ceder de manera gratuita los metros cuadrados impuestos por el PGOU al retranqueo.

Por ello considera traspasado los límites normales de la discrecionalidad en tanto se decide de manera arbitraria una solución de movilidad al polígono, irreal al no tener continuidad alguna el vial propuesto, desembocando en terrenos sin urbanizar. En primer lugar habría que crear otra nueva vía que en su caso le diera continuidad a esta, uniendo las calle de Joaquín Vargas con Calle Ronda (más de 1km de longitud). Habiendo sido escogida tal solución sin fundamento alguno para adoptar una solución tan arriesgada y causante de tal perjuicio en los negocios de los actores si llegara a llevarse a cabo.

Considera que el planificador inexplicablemente en el documento de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga da un giro respecto al uso previsto hasta este momento pasando de un uso con aprovechamiento lucrativo y edificabilidad del 100% a la incorporación de un retranqueo con la finalidad de obtener de manera encubierta unas cesiones gratuitas que ahorrarán costes al Ayuntamiento, en lugar de acometer las numerosas expropiaciones. Se le asigna a las parcelas un aprovechamiento menor al preexistente el cual se elevaba a 1.5 m²t/m²s siendo en la actualidad 1 m²t/m²s, todo ello con el único objetivo de implantar un uso terciario que nada tiene que ver con el uso industrial (en algunos casos logísticos, implantados en el polígono Santa Teresa).

Y respecto a la propiedad de los actores afirma que se reduce la huella de ocupación en ocasiones hasta un 60% dejando prácticamente inutilizados las parcelas por lo que un proyecto de nave industrial no podría ser desarrollado debido a la apertura de vial.

Y también que no se busca que los tribunales impongan una determinada solución sino en el sentido de declarar la elegida por el planeador como irracional, alejada de los principios generales del derecho y del Principio de Interdicción de los poderes públicos.

Asimismo considera que la solución elegida por la administración es inviable económicamente, el costo de la expropiación de tal cantidad de parcelas en suelo urbano consolidado y uso industrial, es muy superior a plantear una propuesta alternativa de planeamiento.

Y es que siguiendo las directrices marcadas por la Ley andaluza se debe respetar la edificabilidad preexistente en los solares de mis representados, siendo éste uno de los principales objetivos Ley 7/2.002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA):

"En el marco de los fines y objetivos enumerados en el artículo 3 y, en su caso, de las determinaciones de los Planes de Ordenación del Territorio, los Planes Generales de Ordenación Urbanística deben:

B) Mantener, en lo sustancial, las tipologías edificatorias, las edificabilidades y las densidades preexistentes en la ciudad consolidada, salvo en zonas que provengan de procesos inadecuados de desarrollo urbano "

Por ello debe respetarse el índice de edificabilidad preexistente (PGOU 97 ind .edif 1.5 m²t/m²s) en aplicación del artículo 9 LOUA.

"Pero lo realmente preocupante de esta situación concreta es la apertura del vial señalado en la Fig 3 el cual atraviesa literalmente las naves de mis representadas dejándolo inutilizado, (a expensas de una futura expropiación cuando a la administración le interese y ateniéndonos en todo caso a un justiprecio nada real con el valor en venta de la parcela). El beneficio que se obtendría de tan arriesgada decisión planificadora es mínimo en relación al gran perjuicio que se causa. Sin quererlo se produce una merma respecto al valor en venta de su propiedad".

Y también que no habla en este caso de un perjuicio por la pérdida de expectativas urbanísticas sino de derechos reconocidos por el planeamiento al hallarse tanto el suelo como las edificaciones consolidadas y adecuarse a la ordenación urbanística.

Además, la funcionalidad y la organización de la mayoría de los distintos sistemas de movilidad dependen en un alto porcentaje del transporte que se use y, por ello, es del todo necesario adoptar estrategias que, sin mermar el funcionamiento y la organización urbana e interurbana, permitan resolver los problemas que hoy se manifiestan de manera tan contundente. Las estrategias de movilidad deben abordar no sólo los problemas



de la congestión» sino también el de las variables que la acompañan, es decir, la solución debe ser integral y coherente en todos los términos asumiendo la complejidad que ello supone. (no pueden plantearse soluciones puntuales con el correspondiente agravio comparativo).

El objetivo a perseguir por este nuevo PGOU no debe ser tanto mejorar la permeabilidad del tráfico con creación de nuevos viales sino integrar la movilidad sostenible en la ordenación del territorio, en la planificación urbanística y en las nuevas áreas industriales, potenciando modos más sostenibles, como el ferrocarril, el transporte marítimo, y el transporte colectivo (autobús, ferrocarril, metro, tranvía en superficie) y los modos no motorizados como el transporte en bicicleta. \

En cuanto a la Ordenanza PROD-4 que viene a sustituir a la IND. 3 se han introducido alteraciones que disminuyen injustificadamente la edificabilidad de 1,5 m²t/m²s que se preveía para IND. 3 al establecerse en la nueva ordenación unas exigencias sobre aparcamientos y zona de carga y descarga en el interior de la parcela, que en la práctica hacen inviable la patrimonialización del 1,5 m²t /m²s que se preveía con INDA del PGOU 1.997; esta situación implica que ya no podrá aplicarse a las parcelas el 100 por 100 de ocupación como ocurría con INDA, lo cual va a implicar un 90 por 100 de ocupación que de manera efectiva impide la aplicación del 1,5 m²t/m²s.

Además, se crea una subzona, denominada PROD. 4.B aplicada a unos ámbitos O específicos que presentan características diferenciales de ubicación con morfología en las parcelas, al preverse la posibilidad de una renovación morfológica o funcional en un plazo medio. Algo que realmente no se comprende y que no se justifica en unos suelos homogéneos se haga dicha diferenciación en las Ordenanzas, cuando en realidad todos los suelos con vocación de PROD. 4 deben ajustarse a la Ordenanza genérica sin que se justifiquen dicha especialidad.

Asimismo, se impugna las distinciones que se hacen de supuestos de mantenimiento (acondicionamiento, rehabilitación) de supuestos de ampliación y de supuestos de nueva edificación o sustitución de la existente, al crearse un trato discriminatorio en la aplicación de la Ordenanza, cuando en realidad como ocurría con la Ordenanza Industrial 3 debe existir un trato igual para cualquiera de los supuestos.

En definitiva, la impugnación se concreta en que la Ordenanza PROD. 4 debe quedar con determinaciones semejantes a la del PGOU de 1.997 en concreto la Ordenanza IND. 3, sin que quepa distinciones de situaciones ni la creación del subtipo PROD. 4.B, al producir una situación que infringe el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

TERCERO.- Por la Letrada de la Junta de Andalucía, tras exponer las generalidades de rigor acerca de la planificación y la ordenación del territorio recuerda que:

"Respecto a esta última cuestión, hemos de recordar que la clasificación con que aparecieran las fincas en el Avance, en la Aprobación inicial o durante el resto de la tramitación del Plan ni vincula al planificador ni genera un derecho consolidado que no pueda verse modificado a lo largo del procedimiento (Cfr. SSTs de 8 de julio de 1992, RJ 1992\6155, y 19 de abril de 1995, RJ 1995\6935)"

Por lo que se refiere a la pretensión de anulación del vial manifiesta que :

"hemos de precisar que no cabría acceder a esta última pretensión de reconocimiento de situación jurídica individualizada que se formula con carácter subsidiario, al encontrarnos en una jurisdicción revisora y que ha de considerarse inadmisibles por tratarse de contenido discrecional del acto (artículo 71.1. LJCA , constituyendo pretensión inadmisibles ex. artículo 69.a) de la Ley Rituaria), pues se trata de una pretensión concreta de planificación que no puede prosperar, pues acorde a la naturaleza meramente revisora de la jurisdicción contencioso administrativa, el órgano jurisdiccional se halla limitado, sin que pueda sustituir los términos de oportunidad pretendidos de contrario y cuya decisión motivada es atribuible al órgano administrativo competente.

Añade que en las normas urbanísticas se prevé que (art 3.3.12.3) en los Polígonos Industriales existentes clasificados como suelo urbano y con uso global de actividades productivos por el presente Plan General, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.3.9 de las presentes normativas podrán formularse Planes Especiales de Mejora Urbana, que contendrán, entre otros documentos, un Programa de Reurbanización que programe y defina las obras necesarias, sin perjuicio de que se ejecuten mediante proyectos ordinarios, así como la previsión de constituir Entidades Urbanísticas de Colaboración con ocasión de la formulación de los proyectos para ejecutar en ellos Actuaciones de Mejora Urbana. Los usos pormenorizados productivos, en sus grados industrial y logístico (PROD 1, 2, 3, y 4 de la ordenanza), no son compatibles con ningún otro uso global distinto al productivo, (art 6.1.4.4-4.3)

Como señala la parte actora (folio 6), en el futuro, de ejecutarse el vial, se procedería a compensar el perjuicio sufrido mediante el correspondiente expediente expropiatorio, como prevé la propia ficha SLV-G.14, por lo que no es este el cauce apropiado para depurar los mismos.

La ficha, cuya copia se acompaña como doc. 1, es realmente clara y concluyente, recogiendo los datos de ordenación estructural, pormenorizada preceptiva y pormenorizada indicativa, refiriendo el área de reparto, uso, superficies, edificabilidad, aprovechamiento, etc; así como otras determinaciones de programación (plazos y cargas complementarias). Así como los objetivos, criterios y directrices vinculantes.

Es decir, justifica, explica y motiva la ordenación acordada, que resulta evidente que es ajustada a la normativa, dado que la ficha evidencia la necesidad de llevar a cabo una serie de operaciones para alcanzar el grado de urbanización consolidada".

Y también que no comparte en absoluto las afirmaciones de la actora sobre la falta de viabilidad económica puesto que no son más que hipótesis alejadas de la realidad y que no tienen en cuenta el conjunto del área de reparto y que incluso habrá que estar en el momento del desarrollo a las posibles alternativas en función de la renovación del entorno.

CUARTO.- Por su parte el Consistorio malacitano expresa que :

"No obstante lo expuesto por la recurrente es imprescindible aclarar que si bien no hace distinciones en su escrito de demanda, dando un tratamiento conjunto, se está refiriendo a dos diferentes localizaciones con distintas situaciones en el planeamiento. En este caso, el recurrente en lugar de plantear dos recursos, con dos objetos claros, dado la diferente situación de planeamiento que se impugna, ha preferido plantear el presente, mezclando situaciones y argumentos, consiguiendo con ello una gran confusión. Distinguiamos dos localizaciones:

- SLV-G-14: Por un lado, está la zona donde se prevé un nuevo vial, en concreto el Sistema Local-S-V-G 14. Adjuntamos ficha correspondiente como documento nº 1 , donde se ve claramente el nuevo vial previsto, lógicamente en Suelo Urbano Consolidado, indicando como sistema de actuación: la expropiación, a la altura de c/ Torre del Mar nº 15. En concreto sería la continuación natural de C/ César Vallejo, iniciando en c/ Malta y concluyendo en c/ Torre del Mar.

- PROD-4 B: Por otro lado, está la zona que parte de la c/ Torre del Mar y termina en la c/ Valle Niza, en la que no se prevé un vial. La ficha que aporta la recurrente no existe en la Aprobación Definitiva del PGOU 2011, se trata de la ficha correspondiente a la Aprobación Inicial que ha sido modificada, como resulta del Informe de alegaciones que aporta el recurrente con su demanda. Siendo otra la situación actual: Suelo urbano consolidado, suprimiendo en la actualidad el vial proyectado.

Además aporta el informe emitido por Arquitecto del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística de la Gerencia Municipal en el que se tratan las dos situaciones de planeamiento planteadas en el recurso y que merecen distinta consideración, y al que después nos referiremos.

QUINTO.- Se ha practicado prueba pericial judicial a instancias de la actora por la Perito, Arquitecta Colegiada D^a Carina , que expresa en su informe que el PGOU/11 establece una nueva Ordenanza PROD-4 y su variante PROD-4 B que sustituye a la IND-3 del planeamiento precedente.

Afirma que la ordenanza PROD-4, aunque sí mantiene las condiciones de ordenación de la IND-3 para cualquier tipo de actuación siempre que se cumplan las exigencias de esta norma sobre el aparcamiento y carga/descarga, sin embargo, modifica las condiciones de ocupación en planta baja pasando esta del 100% al 90%. El índice de edificabilidad se mantiene igual en 1,5 m²/m²V

En el caso de la PROD-4.B, el plan asume su aplicación en ámbitos específicos de características diferenciales, y consecuentemente, tampoco las condiciones de ordenación se mantienen iguales al resto del polígono. Las condiciones de uso y ordenación de esta variante, en caso de renovación o nueva edificación, pueden asimilarse a las Ordenanzas PROD-3.B y PROD-5, muy diferentes a la precedente IND-3.

Y concluye respecto a este punto que sí ha habido una modificación de las condiciones definidas en la Ordenanza IND-3. El planeamiento actual debe guardar similitud entre las dos ordenanzas por cuanto se trata de un Suelo Urbano Consolidado, y así lo reconoce el propio Plan General actual, pero también es cierto que este se reserva el derecho a modificarlas en caso de subsanación de alguna de las condiciones particulares, y en este caso, las modificaciones previstas quedan justificadas en el título VIII, capítulo segundo de la memoria propositiva, "*a/ objeto de mejorar la maniobrabilidad y las posibilidades de desarrollo de las funciones básicas de zonas productivas (carga y descarga, aparcamientos, en coherencia con la necesaria fluidez de circulación),*" siendo de aplicación a todos los polígonos industriales preexistentes, no solo en los terrenos objeto de autos.



Lo que en definitiva no deja de ser una actuación prevista por el PGOU/11 que puede llegar a crear una situación de falta homogeneidad en el Polígono hasta que transcurran muchos años, pues la incidencia de la Ordenanza será progresiva y dependerá del tipo de actuación a realizar; de la ubicación de la parcelas; y del subtipo, PROD-4 o PROD-4.B, que les sea de aplicación.

En cuanto a la modificación de alineaciones interiores de edificación entiende la perito que sí conllevaría la cesión gratuita pero solo en el caso concreto de la Ordenanza PROD-4.B, puesto que es una de las posibilidades contempladas, que eximiría así de esta manera al Ayuntamiento de Málaga del sistema expropiatorio y correspondiente pago del justiprecio, si bien alternativamente están previstas otras posibilidades en la propia Ordenanza.

Preguntada la perito en relación al vial si puede decir que el perjuicio es mayor que el beneficio a obtener toda vez que cualquier solución alternativa causaría menor perjuicio a las propiedades recurrentes, aquella aclara que el vial previsto SLV.G 14 afecta unicamente a dos de las propiedades.

Y añade que el beneficio previsto desde el PGOU/11 sobre la apertura del sistema local viario SLV-G.14 está encaminado a mejorar la movilidad del polígono. Actualmente las calles principales se congestionan en las horas puntas del día por el tamaño de los vehículos que acceden a las naves de mayor envergadura, y por el estacionamiento de coches a lo largo de los viales en algunos casos. Se da la circunstancia que las calles Valle Niza y Torre del Mar son de un solo sentido y no tienen viales transversales que acorten la distancia de los recorridos y ayuden a descongestionarlas. Por estos motivos el planeamiento prevé la incorporación de calles secundarias que, en opinión de la que suscribe, contribuirían a mejorar el tránsito por el polígono, suponiendo este un beneficio a obtener. No obstante, es claro que cualquier solución alternativa a la proyección del vial y su correspondiente expropiación causaría menor perjuicio a las propiedades recurrentes.

Tambien manifiesta que la definición de este vial ya estaba contemplada el en PGOU/97 en cuanto que estaban definidas las alineaciones en el interior de las parcelas, como puede apreciarse en el plano de calificación incluido en el extremo segundo. Además, por la evolución histórica del polígono incluida en el Anexo10, se observa desde las primeras imágenes que datan del año 2000, que las edificaciones colindantes han respetado dichas alineaciones dejando el espacio interior libre de edificación.

En conclusión, el perjuicio sobre las propiedades de las recurrentes existe por cuanto se establece un sistema de expropiación sobre una superficie de 1.949 m² de suelo, cuya adquisición y pago habrá de valorarse entre la administración y el propietario conforme a la legalidad vigente. Pero también es cierto que esta actuación viene recogida desde el planeamiento precedente y en consecuencia, puesto que las edificaciones han respetado el espacio libre de parcelas ya definido, el perjuicio sobre la propiedad y sobre la actividad desarrollada es siempre menor que en caso de encontrarse las construcciones la medianera.

Interrogada tambien la perito sobre si una vez analizado lo anterior puede considerarse la solución adoptada por el PGOU como incongruente y arbitraria viene a decir que en opinión de esta perito los motivos que ocasionan las modificaciones sobre el planeamiento están suficientemente justificados e incluso considera que algunas de las actuaciones ya estaban incluidas en el PGOU/97. Sin embargo en lo referente a la creación de nuevos viales, el PGOU/11 no establece un único criterio dejando abierta la puerta a diversas soluciones que consecuentemente pueden haber llevado a la presunción de incongruencia y arbitrariedad.

Y que en conclusión, una vez analizado todo lo anterior, en opinión de esta perito la solución adoptada por el PGOU/11 para la implantación de un vial secundario transversal es arbitraria por la ausencia de un criterio único para la obtención del suelo, e incongruente por la consiguiente implantación de ordenanzas edificatorias dispares en distintos ámbitos del mismo polígono.

SEXTO.- Como indica el Ayuntamiento de Málaga en sus conclusiones " lo primero que hay que resaltar es la imprecisión del recurrente en cuanto a cuales son las propiedades de sus representados, dónde están situadas exactamente, y qué ámbitos del planeamiento les afectan. Esa falta de concreción ha llevado a que la perito judicial, tampoco sepa con exactitud cuales son, *entendiendo* (último párrafo de la pág. 5) que son las que refleja en el plano de situación que figura en el folio 6.

En un intento de clarificación, en nuestro escrito de contestación a la demanda, diferenciamos dos localizaciones:

1.- SLV-G-14: La zona donde se prevé un nuevo vial, en concreto el Sistema Local-S-V-G 14. En la ficha que adjuntamos con nuestro escrito (documento nº 1) , se ve claramente el nuevo vial previsto, lógicamente en Suelo Urbano Consolidado, indicando como sistema de actuación: la expropiación, a la altura de c/ Torre del Mar nº 15. Enconcreto sería la continuación natural de C/ César Vallejo, iniciando en c/ Malta y concluyendo en c/ Torre del Mar.



2.- PROD-4 B: Por otro lado, está la zona que parte de la c/ Torre del Mar y termina en la c/ Valle Niza, en la que no se prevé un vial.

La ficha que aporta la recurrente no existe en la Aprobación Definitiva del PGOU 2011, se trata de la ficha correspondiente a la Aprobación Inicial que ha sido modificada. Siendo otra la situación actual: Suelo urbano consolidado, suprimiendo en la actualidad el vial proyectado.

En esta zona industrial, lo que se ha hecho es trazar las alineaciones interiores de edificación, nada más, no hay retranqueo, no hay previsto viario. Son las alineaciones de edificación distintas de la de la parcela para la ordenación interior de la misma y no implican cesión gratuita de espacio alguno al municipio".

Añade que las modificaciones introducidas con este planeamiento en el Polígono Industrial Santa Teresa están suficientemente motivadas, motivación que se recoge en la Memoria Propositiva del PGOU aprobado, en su Título VIII.

Para la perito judicial existe una solida motivación para estas modificaciones aunque al valorar los intereses de los recurrentes considera que otras opciones les causarían menor perjuicio particular.

Así la única objeción que realiza la perito es que se hayan previsto diversas soluciones o alternativas y no en el mismo tiempo sino diferidas.

El Ayuntamiento en relación con la 1ª zona donde se ha previsto la apertura de un nuevo vial precisa:

"CUARTA.- Referente a la la zona identificada, donde se ha previsto la apertura de un nuevo vial, hemos de precisar:

*En ningún momento se le ha negado la clasificación de Suelo urbano consolidado, siendo posible realizar modificaciones.

*Está prevista en su ficha la obtención por expropiación (nada de cesiones gratuitas).

*La apertura de este vial si tiene justificación, es la continuación de la c/ César Vallejo y une transversalmente las calles Torre del Mar y Valleniza con todas las ventajas expuestas.

*No inutiliza las propiedades, al contrario, al crear este nuevo vial mejora su explotación.

* La perito judicial reconoce que no hay perjuicio para los propietarios de estas naves, pues "la definición de este vial ya estaba contemplada en el PGOU/97 en cuanto que estaban definidas las alineaciones en ei interior de / as parcelas" (pag. 15) de modo que "desde /as primeras imágenes que datan de! año 2000, /as edificaciones colindantes han respetado dichas alineaciones dejando ei espacio Ubre de edificación"

"Pero también es cierto que esta actuación viene recogida desde ei planeamiento precedente y en consecuencia, puesto que /as edificaciones han respetado ei espacio Ubre de parcelas ya defínido, ei perjuicio sobre ia propiedad y sobre ia actividad desarrollada es siempre menor que en caso de encontrarse /as construcciones alineadas a ia medianera".

Y en cuanto a la 2ª zona (PROD-4B) precisa el Consistorio que en esta zona se han previsto unas alineaciones de edificación para la ordenación interior, sin retranqueo ni cesiones gratuitas.

Añade que "los espacios situados a partir de ia alineación dei vial hacia el interior de ia parcela, por ya venir definidos como de 'dominio privado", no habrían de ser cedidos en caso de renovación voluntaria de la edificación, aún cuando existe una "alineación de edificación"determinada por el PGOU."

El establecimiento de esta alineación de edificación no supone actualmente ningún perjuicio a los propietarios. Lo único que se se prevé es que en caso de renovación de la edificación respeten esta nueva línea.

La ordenanza de aplicación la PROD-4 B, ofrece distintas alternativas para adoptar en función de necesidades y características del entorno.

La edificabilidad de 1,5 m²/m²s no se reduce, como afirma la recurrente, sino que en función de los usos a implantar, podría aumentarse hasta 2,00 m²/m²s, e incluso 2,20 m²/m²s. (se puede corroborar en el cuadro del dictamen pericial pag. 10).

No se imponen usos terciarios sino que permite los preexistentes y posibilita una amplia gama de usos productivos, desde los industriales a los logísticos, hasta los enunciados de carácter terciario, potenciados por una mayor edificabilidad.

Las condiciones de aparcamiento y carga tienen carácter genérico para todas las ordenanzas del uso productivo, no solo para PROD-4.



Concluye que de todo lo expuesto en cuanto a esta zona definida como PROD-4 B, no entendemos el perjuicio real y actual que le ha provocado a los recurrentes el nuevo PGOU/11.

SEPTIMO.- La Sala ha querido recoger las principales manifestaciones del escrito de conclusiones del Ayuntamiento codemandado que, a su vez, se hace eco de las manifestaciones de la perito judicial.

Debemos recordar el Informe técnico que ha presentado esta codemandada con su escrito de contestación a la demanda que nos da una clara idea de las cuestiones planteadas:

-No hay cesiones gratuitas para la apertura de nuevo vial. Se preve su obtención por expropiación.

- En el caso de las parcelas con retranqueo tampoco hay cesion alguna de carácter gratuito porque los planos del PGOU no señalan retranqueo de la alineación exterior de parcela al vial. Las alineaciones de edificación para la ordenación interior de la parcela no implican cesión gratuita de espacio alguno al municipio.

-En cuanto a que el objetivo del PGOU sea implantar un uso terciario bajando el aprovechamiento de 1'5 a m2t/m2s a 1'0 m2t/m2s para el técnico informante "debe existir un error en el recurso pues la edificabilidad no se reduce sino que en función de los usos a implantar podría aumentarse hasta 2,00 m2t/m2s e incluso 2,20 no imponiéndose usos terciarios, sino permitiéndose los preexistentes y posibilitándose una amplia gama de usos productivos, desde los industriales o logísticos hasta los enunciados de carácter terciario, potenciados por una mayor edificabilidad.

-Nada se opone a la clasificación de suelo consolidado de las fincas.

- Por lo que se refiere a la inviabilidad económica de la solución por expropiación de la finca para su destino a vial así como a la consideración de ser mas adecuada una propuesta alternativa no se realizan cálculos numéricos que justifiquen la inviabilidad expresada.

Se tratarían, en su opinión, de opiniones particulares sobre escasos beneficios de la apertura viaria y de su consideración, también particular, de que el objetivo del PGOU "no debe ser tanto mejorar la permeabilidad del tráfico con creación de nuevos viales, sino integrar la movilidad sostenible en la ordenación del territorio".

-No se considera demostrado la objeción de imposibilidad de alcanzar la edificabilidad máxima autorizada con la ordenanza PROD-4.

Respecto a las distinciones entre supuestos de mantenimiento, ampliación y nueva edificación o sustitución de lo existente, no se considera que representen trato discriminatorio, puesto que son situaciones que se pueden dar en todas y cada una de las parcelas existentes. Es decir, no se impone en momento alguno que una parcela tenga que mantener su edificación y otra ampliarse u otra renovarse. Sobre cualquier parcela se podrá ejercer cualquier tipo de actuación en función de los deseos del propietario, dándose parámetros para las actuaciones en función de tales iniciativas, sin mayor discriminación.

OCTAVO.- Así pues en ningún momento se ha discutido por la parte demandada que estamos en presencia de suelo urbano consolidado.

El índice de edificabilidad se mantiene en 1,5 m2t/m2s aunque las condiciones de ocupación en planta baja pasan del 100 al 90 %.

La Perito reconoce que el PGOU se reserva el derecho a modificar las condiciones que se definieron en la Ordenanza IND-3 en caso de subsanación de alguna de las condiciones particulares, así como que en este caso quedan justificadas las modificaciones en la Memoria Proponentora.

En cuanto a la cesión gratuita de suelo aunque la perito afirma que es posible en el caso concreto de la ordenanza PROD- 4BN el técnico municipal afirma lo contrario.

Y en cuanto a que si estas soluciones alternativas causarían menos perjuicios a las propiedades de los recurrentes, la respuesta de la perito es que si, pero ni se explicitan otras soluciones ni se dice si serían mas perjudiciales a intereses generales o a otros particulares. Confirmando que la definición del vial ya estaba contemplada en el PGOU de 1997-

En cualquier caso la ubicación de los viales no puede quedar en manos de la perito ni de este Tribunal.

Y finalmente no dice la perito que la solución adoptada por el PGOU sea incongruente o arbitraria sino que en las referente a la creación de nuevos viales el PGOU/11 no establece un único criterio dejando abierta la puerta a diversas soluciones que "pueden haber llevado a la presunción de incongruencia o arbitrariedad.

En definitiva y en opinión de esta Sala no han quedado acreditados los perjuicios ni argumentaciones contrarias al PGOU explicitados por la parte actora ni el informe pericial judicial ha venido a justificarlos, habiéndose aportado informe técnico por el Ayuntamiento de Málaga suficientemente explícito a los fines de este recurso



y quedando bastante clarificado el tema por el propio Ayuntamiento en sus escritos de contestación a la demanda y conclusiones, especialmente en este último.

NOVENO.- No se aprecian motivos para una especial imposición de las costas procesales (art. 139,1 LJLA)

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

FALLAMOS

Desestimar el presente Recurso Contencioso-Administrativo. Sin costas.

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 la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ