



Roj: **STS 3978/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3978**

Id Cendoj: **28079130052016100311**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **07/09/2016**

Nº de Recurso: **1231/2015**

Nº de Resolución: **2000/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE JUAN SUAY RINCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 7805/2015,**  
**STS 3978/2016**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 7 de septiembre de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1231/2015, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, representado por el procurador don Vicente Ruigómez Muriedas y asistido de letrado, contra la Sentencia nº 180/2015 dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en fecha 30 de enero de 2015, recaído en el recurso nº 453/2011, sobre urbanismo; habiendo comparecido como parte recurrida la entidad Grupo P.R.A., S.A., doña Mercedes, don Dimas y doña Rosalía, representados por la procuradora doña Ana Castillo Díaz y asistidos de letrado; y la Junta de Andalucía, representada y asistida por la letrada de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso administrativo antes referido, el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, dictó Sentencia de fecha 30 de enero de 2015, por cuya virtud se estimó en parte el recurso contencioso administrativo nº 453/2011 interpuesto por el Grupo PRA, S.A., doña Mercedes, don Dimas y doña Rosalía contra la Orden de 28 de julio de 2011, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se dispone la publicación de la normativa urbanística de la Revisión-Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Málaga, aprobada por Orden de 21 de enero de 2011 y publicada en el BOJA el 30 de agosto de 2011, que se anula, debiendo la Administración proceder en la forma expuesta en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia. Sin costas.

**SEGUNDO.-** Notificada esta resolución a las partes, por el Ayuntamiento recurrente se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante diligencia de la Sala de instancia de fecha 18 de marzo de 2015, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, el recurrente, Excmo. Ayuntamiento de Málaga compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y formuló en fecha 22 de abril de 2015 su escrito de interposición del recurso, en el cual, después de expuestos los motivos de casación que estimó procedentes, interesó el dictado de una sentencia que anulara la sentencia impugnada, casándola, y que desestimara el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución impugnada.

**CUARTO.-** Por providencia de la Sala, de fecha 14 de mayo de 2015, se acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto, ordenándose por diligencias de fechas 28 de mayo y 3 de junio de 2015 entregar



copia del escrito de formalización del recurso a las partes comparecidas como recurridas (Grupo PRA, S.A. y otros y a la Junta de Andalucía) a fin de que en el plazo de treinta días pudieran oponerse al mismo. Siendo evacuado el trámite conferido el Grupo PRA, S.A. y otros mediante escrito de fecha 9 de julio de 2015, en el que suplicó a la Sala se dicte sentencia por la que, desestimando el recurso interpuesto de contrario, se confirme íntegramente la recurrida, con expresa imposición de costas a la recurrente.

Por diligencia de fecha 24 de julio de 2015 se tuvo por caducado el trámite de oposición concedido a la Junta de Andalucía.

**QUINTO** .- Por providencia se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 19 de julio de 2016, en que tuvo lugar, continuando la deliberación hasta el día 22 de julio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- El presente recurso de casación se dirige contra la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 30 de enero de 2015, por cuya virtud se estimó en parte el recurso contencioso administrativo nº 453/2011 interpuesto por el Grupo PRA, S.A., doña Mercedes, don Dimas y doña Rosalia contra la Orden de 28 de julio de 2011, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se dispone la publicación de la normativa urbanística de la Revisión-Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Málaga (PGOU), aprobada por Orden de 21 de enero de 2011 y publicada en el BOJA el 30 de agosto de 2011, que se anula, debiendo la Administración proceder en la forma expuesta en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia.

**SEGUNDO** .- La sentencia impugnada expone en su FD 1º el objeto del recurso contencioso-administrativo sometido a la consideración de la Sala de instancia, esto es, la actuación administrativa impugnada y la pretensión deducida en relación a ella, del modo que sigue:

<<Se impugna en el presente recurso la Orden de 28 de julio de 2011 de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se dispone la publicación de la normativa urbanística de la Revisión-Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Málaga, aprobada por Orden de 21 de enero de 2011 y publicada en el BOJA el 30 de agosto de 2011; solicitando la parte actora el dictado de sentencia que lo anule en relación al suelo de su propiedad, pasando de suelo no urbanizable a suelo urbano en la categoría de urbano no consolidado, o subsidiariamente se declaren clasificados como sistema general del suelo urbano o urbanizable.>>

También quedan consignados los motivos sobre los que se asienta la impugnación:

<<En apoyo de tal pretensión se invocó el carácter reglado de la potestad de clasificación de suelo urbano -art. 45.1 de la LOUA y 21 del RPU-, e infracción de los requisitos legales de la clasificación de suelo urbanizable atendiendo a las determinaciones estructurales de los Planes Generales y a los criterios de ponderación de la actividad planificadora -arts. 10 y 47 de la LOUA y art. 23 del RPU-.>>

Así como las razones por las que, en cambio, las administraciones demandadas consideran pertinente el rechazo de la demanda:

<<El Letrado de la Junta de Andalucía, vino a oponer en su escrito de contestación la desestimación del recurso, alegando que el Plan motiva las razones de la clasificación del suelo dada su singular ubicación y valores naturales y paisajísticos, habiendo sido incluidos por el POTAUM dentro de la zona de protección territorial del Parque Natural Montes de Málaga, sin que conste acredita la existencia de una necesidad de crecimiento natural en esa zona de la ciudad, hallándonos ante una opción del planificador discrecional y de ninguna manera obligada.

En términos semejantes argumentó la defensa de la codemandada su petición de desestimación del recurso, insistiendo en que son claros los motivos y fundamentos expuestos en el PGOU para continuar manteniendo la zona como suelo no urbanizable.>>

En el FD 2º la Sala sentenciadora da cuenta de la doctrina jurisprudencial acerca de los límites a la potestad de planeamiento, de modo que la controversia litigiosa queda así delimitada en los siguientes términos:

<<Pues bien, bajo estas premisas, debe analizarse si resulta arbitraria la clasificación del suelo del actor como no urbanizable de especial protección.>>

Tampoco descuida la sentencia impugnada, por otra parte, recordar en este mismo fundamento los objetivos de la ordenación del territorio.



Ya en el FD 3º, a fin de resolver sobre el fondo del asunto litigioso sometido a su consideración, la Sala de instancia parte de la clasificación territorial y urbanística otorgada a la finca, a que se contrae la impugnación:

<<En el supuesto enjuiciado la finca, cuya clasificación se recurre está situada, conforme al instrumento de planeamiento impugnado, en las estribaciones de los Montes de Málaga, en una zona de alto valor paisajístico, junto al Centro Colorado y debido a ello el POTAUM la calificó como Zona de Protección Territorial, Montes de Málaga, y el PGOU lo clasificó como Suelo No Urbanizable de Especial Protección -ver informe técnico municipal adjuntado al escrito de contestación con la Memoria justificativa pertinente.->>

Tras recordar la jurisprudencia de este Tribunal Supremo establecida acerca de la clasificación del suelo rústico es, sin embargo, en el siguiente FD 4º donde la controversia suscitada a propósito de la indicada finca queda enjuiciada y resuelta en los siguientes términos:

<<Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso enjuiciado, hemos de examinar con carácter previo, a la luz de la amplia prueba testifical pericial practicada en el recurso con intervención de las partes, si los terrenos objeto de recurso se hayan o no incluidos en la Zona de Protección de los Montes de Málaga, pues si ello es así su clasificación como suelo no urbanizable se impone reglada. Así pues al efecto destacamos los siguientes extremos:

1. Para el perito Sr. Miguel , los terrenos objeto de la demanda no se constituyen como una lengua de los Montes de Málaga, ya que como se evidencia en la realidad observada, quedan completamente aislados de este ámbito territorial por la ronda de circunvalación, careciendo de valor alguno que implique preservarlos para actividades agrícolas, ganaderas o forestales o excepcionalmente equipamientos o instalaciones de turismo rural, como tampoco características ambientales, paisajísticas o valores actuales o potenciales de carácter agrícola, ganadero, forestal, cinegético o análogo, o por su función equilibradora del territorio de la aglomeración. Además, el propio POTAUM en su art. 6.2 establece que la delimitación de la protección territorial se ha efectuado a partir de elementos físicos y geográficos fácilmente perceptibles y perdurables en el tiempo (un río, un viario, una vía pecuaria, etc.), extremo que se obvia en el caso que nos ocupa.

2. Par la perito Sra. Ricardo , siendo ésta una bolsa de terreno aislada, ubicada entre zonas totalmente urbanizadas y la Ronda, la escala de trabajo del POTAUM no permite establecer una división exacta entre un suelo susceptible de ser protegido y otro con capacidad de acogida para la urbanización, como sería el presente caso.

3. En términos semejantes el perito Sr. Severiano afirmó que si bien es cierto que el POTAUM establece parte de los suelos de litis dentro de la Zona de Protección Territorial identificada como Montes de Málaga, esta protección no abarca la totalidad del ámbito estudiado, sino una superficie en torno al 60%, entendiéndose que el suelo restante es susceptible de ser clasificado como urbanizable.

A la vista de lo expuesto la Sala, valorando la referida prueba conforme a las reglas de la sana crítica llega a la conclusión de que los terrenos de litis no se hallan situados por completo dentro de la referida zona de protección que prevé el POTAUM por lo que la clasificación que del todo hace el PGOU impugnado como suelo no urbanizable es contraria a derecho. Ello exige su anulación al objeto de que por la Administración se elabore un nuevo instrumento de planeamiento del sector en el que conste con claridad la delimitación aludida y una nueva clasificación urbanística en armonía con el destino del suelo.>>

El recurso contencioso-administrativo, en consecuencia, vino a estimarse sin imposición de condena en costas (FD 5º) y a anularse también la actuación impugnada, en los siguientes términos:

<<Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y en su virtud se anula el acto impugnado, debiendo la Administración proceder en la forma expuesta en el último párrafo del fundamento de derecho cuarto de la presente sentencia. Sin costas.>>

**TERCERO.-** El Ayuntamiento de Málaga promueve en esta sede recurso de casación, con fundamento en los siguientes motivos:

1) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, vulneración del artículo 12.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, en conexión con los artículos 2.2 del mismo texto legal y 24 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio , por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico.

2) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional , por infracción de la doctrina jurisprudencial que se cita, entre otras sobre clasificación de suelos como no urbanizables por los planes generales.



Podemos agrupar ambos motivos y proceder ahora a su examen conjunto, toda vez que la infracción denunciada resulta coincidente en ambos casos, si bien en el desarrollo del primer motivo de casación la infracción se funda sobre la base de la normativa que resulta de aplicación a juicio de la Corporación municipal recurrente y en el segundo es la jurisprudencia establecida a propósito de dicha legislación la que se invoca como fundamento del recurso.

**CUARTO.-** En efecto, la entidad recurrente apela en primer término a la normativa estatal básica que antes dejamos consignada, y que considera determinante del fallo dictado por la Sala de instancia, para justificar con base a ella que la situación de suelo rural o no urbanizable resulta obligada como mínimo para los terrenos que deban quedar protegidos conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellas concurrentes; por lo que resulta improcedente la anulación acordada en la instancia de la clasificación como suelo no urbanizable del que previamente figuraba incluido dentro la zona de especial protección delimitada por el POTAUM, como era el caso. Incluso se afirma que la Administración urbanística está legitimada para adscribir al suelo no urbanizable los terrenos litigiosos con independencia de que estuviesen incluidos o no en la zona de especial protección delimitada por el POTAUM.

Precisamente, desde esta última perspectiva es desde la que después se trae a colación, ya en el desarrollo del segundo motivo de casación, la jurisprudencia que reiteradamente tenemos establecida acerca de este concreto pormenor, que por otra parte es a la que viene ateniéndose también, según se nos hace notar, la propia Sala de instancia a lo largo de sus resoluciones.

**A)** Centrado de este modo el planteamiento del recurso, se hace preciso ante todo realizar un doble orden de precisiones con vistas a emitir nuestro pronunciamiento:

- La primera es de orden estrictamente fáctico, y es que a tenor de lo resuelto en la instancia la controversia se limita en realidad a una sola porción de la finca de titularidad de los a la sazón recurrentes, esto es, los terrenos que formando parte de dicha finca quedan completamente aislados por la ronda de circunvalación. La escala que maneja el POTAUM no permite establecer una delimitación exacta de la zona de protección territorial delimitada por el mismo, al menos, en lo que concierne a la división de la finca de los recurrentes, por lo que es el caso que a tenor de las pruebas realizadas en la instancia la protección dispensada por el POTAUM no abarca la totalidad de ella, sino una superficie que se calcula en torno al 60 %, de modo que la superficie restante puede clasificarse como urbanizable. Justamente por eso, es por lo que también se ordena la práctica de una nueva delimitación y se anula la establecida por el PGOU de Málaga.

Desde luego, no podemos en casación revisar la valoración de la prueba practicada en la instancia, por lo que hemos de partir del estado de cosas establecido en dicha sede.

Sin embargo, no menos importante es destacar también, a partir de lo señalado, que la clasificación otorgada al resto de la finca y la protección resultante de la misma no es puesta en cuestión, incluso, así lo llegan a observar ahora los propios recurrentes en la instancia, al venir a oponerse a la estimación del presente recurso de casación.

- Hemos de precisar también, ya desde un punto de vista estrictamente jurídico, que tampoco se trata de enmendar ni venir a poner algún género de tacha a la jurisprudencia que tenemos establecida en torno al alcance de la clasificación del suelo rústico o no urbanizable de especial protección. Es más, ratificamos expresamente su vigencia y, por tanto, acogemos la doctrina establecida, entre otras, en nuestras Sentencias de 29 de mayo de 2009, RC 283/2006, 14 de mayo de 2010 RC 2098/2006 y, particularmente, en la de 8 de abril de 2013 RC 4378/2010 (y su predecesora de 2 de febrero de 2012 RC 2411/2009).

De tal manera que el planeamiento urbanístico es susceptible de extender el ámbito del suelo no urbanizable de especial protección más allá de la protección que pudiera resultar de la ordenación territorial (y de la legislación sectorial), eso sí, siempre y cuando, desde luego, se acredite la efectiva concurrencia de los valores (paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales) requeridos a tal efecto. En tal supuesto, puede afirmarse que la clasificación en los términos indicados deviene incluso una decisión reglada; aunque tampoco cabe dejar de reconocer cierto margen de apreciación a la Administración, como consecuencia de la aplicación de una serie de conceptos jurídicos que a la postre no dejan de adolecer de un cierto grado de indeterminación.

**B)** Lo que ocurre, sin embargo, una vez sentadas las precedentes consideraciones, es que no es esto lo que sucede en el supuesto sometido a nuestra consideración. Por lo que, de este modo, a partir de las precisiones efectuadas en el apartado anterior, queda definitivamente despejado el camino para la resolución de la presente controversia.

Según resulta del enjuiciamiento practicado en la instancia, en efecto, el Ayuntamiento de Málaga (PGOU) no ha procedido a la clasificación como suelo no urbanizable de especial de protección de la porción concreta de



la finca de titularidad de los recurrentes en la instancia donde radica la discrepancia, atendiendo a la presencia en ella de una serie de valores objetivamente constatados, más allá de los que tuvo presente la ordenación territorial (POTAUM).

Luego no es de aplicación la jurisprudencia que tenemos elaborada que pretende traerse a colación, a la que antes nos referimos. Se trata de un supuesto diferente.

Lo hizo por considerar que, de acuerdo con el POTAUM, la referida parte de la finca había venido a quedar incluida dentro del ámbito de una de las zonas de protección territorial delimitadas por dicho instrumento de ordenación territorial. Y éste es el extremo en que yerra la apreciación del PGOU.

Las actuaciones practicadas en la instancia han venido a acreditar, precisamente, que no toda la superficie de la finca de titularidad de los recurrentes en la instancia ha quedado incluida dentro del ámbito de protección dispensada por el POTAUM; y que una porción de ella -la parte de la misma que concretamente ha quedado asilada por la ronda de circunvalación- ha de considerarse excluida de dicho ámbito.

Razón por la que la sentencia impugnada ordena la práctica de una nueva división de la finca y la consiguiente anulación del PGOU de Málaga en lo que concierne a este concreto pormenor, para que pueda procederse a la realización de una nueva división de la finca en cuestión.

Sin que podamos entrar ahora, como ya quedó antes resaltado, en consideraciones atinentes a la valoración de la prueba practicada en la instancia. No hemos sido directamente emplazados a ello (más allá de alguna tenue alusión al hecho de que las pruebas tomadas en consideración fueron solo las periciales aportadas por las partes), ni habríamos podido serlo fácilmente, porque hemos de atenernos en casación a los hechos dados como probados en la instancia.

Por virtud de las razones expresadas, así, pues, hemos de venir a desestimar los motivos de casación examinados en este fundamento.

**QUINTO.-** Desestimado del modo expuesto en su integridad el presente recurso de casación, procede imponer la condena en costas a la entidad recurrente, conforme ordena nuestra Ley Jurisdiccional en su artículo 139.2. No obstante, cabe también limitar el alcance de las costas, a tenor de lo prevenido igualmente por el indicado precepto; por lo que, atendida la índole del asunto y la actividad desplegada por las partes, las costas por todos los conceptos no podrán exceder de la cantidad de 4.000 euros más IVA, procediendo el abono de la cantidad resultante solo a favor de la entidad Grupo P.R.A., S.A., doña Mercedes, don Dimas y doña Rosalía, que por **medio** de su escrito conjunto realmente han venido formal y materialmente a formalizar su oposición a la estimación del presente recurso de casación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido no haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación nº 1231/2015, interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga contra la Sentencia nº 180/2015 dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en fecha 30 de enero de 2015, recaído en el recurso nº 453/2011. Condenar a la parte recurrente en las costas del presente recurso de casación, en los términos expresados.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Rafael Fernandez Valverde Jose Juan Suay Rincon Cesar Tolosa Tribiño Francisco Jose Navarro Sanchis Jesus Ernesto Peces Morate Mariano de Oro-Pulido y Lopez PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.