

SENTENCIA Nº 41/2019
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. ORDINARIO Nº 461/2016

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. MANUEL LÓPEZ AGULLÓ

MAGISTRADOS

Dª. MARIA TERESA GÓMEZ PASTOR

Dª. CRISTINA PÉREZ-PIAYA MORENO

Sección Funcional 1ª

En la Ciudad de Málaga a, 21 de enero de 2019.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente Sentencia en el Recurso Contencioso-Administrativo número 461/2016 interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Domingo Corpas AGRUPACIÓN ANDALUZA DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES contra AYUTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por la Procuradora Dª. Aurelia Berbel Cascales e interviniendo en calidad de codemandado ALAMEDA INDUSTRIAL S.L. , representada por el Procurador Don Miguel Ángel Ortega Gil

Ha sido Ponente la Ilma Sra. Magistrado Dª. Teresa Gómez Pastor quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. JOSÉ DOMINGO CORPAS, en la representación acreditada se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra resolución del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de 31 de marzo de 2016 que fue registrado con el número 461/2016.

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 y codemandado para contestar la demanda, lo efectuaron mediante sendos escritos, que en lo sustancial se dan por reproducidos en los 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.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso- administrativo la resolución plenaria del Ayuntamiento de Málaga de 31 de marzo de 2016, de aprobación definitiva del Plan Especial para la instalación de una unidad de suministro de carburantes para vehículos en la C/Eduardo Queipo de Llano Caballero nº.9.

Fundamenta la parte recurrente su pretensión, en esta vía jurisdiccional en venir a mantener la nulidad del Plan Especial por vulneración de los principios de igualdad, trato no discriminatorio y legalidad por no haberse exigido, a diferencia de otros Planes Especiales la celebración de un convenio urbanístico, con la mercantil codemandada, con el fin de determinar la plusvalía generada por permitir la implantación de la instalación de suministro en un determinado terreno, con reversión de parte de esta plusvalía al Ayuntamiento y alegando, en segundo lugar, la nulidad del Plan Especial referido por encontrarse la estación proyectada en una zona de riesgo de inundación donde no cabe construcción alguna.

La Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en los recursos nº 475/2015, 612/2015 y 613/2015 sobre sendas impugnaciones que la parte, hoy, recurrente hizo de resoluciones del Pleno del Ayuntamiento de Málaga que aprobaban definitivamente Planes Especiales para la instalación de estaciones de suministro de carburantes y lo hacía ante el planteamiento por la recurrente de idéntico motivo impugnatorio y que por su identidad con el supuesto, hoy enjuiciado, reproducimos a continuación si bien limitándonos a la parte de las mismas que abordan la cuestión que hoy se plantea:

"PRIMERO.-Por último, se aduce la vulneración de los principios de igualdad en su vertiente de proscripción de la discriminación y de legalidad, al entender la actora que la exención de la exigencia de plusvalías a la empresa titular de la instalación de suministro de carburante, es contraria a la actuación previa del





Ayuntamiento para supuestos idénticos en los que la corporación municipal celebraba un convenio con los promotores de la actividad entre cuyas estipulaciones se pactaba un importe metálico en concepto de plusvalía.

El Ayuntamiento de Málaga en su contestación a la demanda se opone al recurso planteado y solicita su desestimación, en base a las siguientes consideraciones:

6.- Las plusvalías que han sido objeto de convenios anteriores se exigían en función de la facultad discrecional que incumbía a la Administración local en orden a apreciar la conveniencia de la instalación de suministro, como participación de la comunidad en las plusvalías generadas, discrecionalidad municipal que ha quedado diluida por efecto de la modificación operada en el RD Ley 6/2000, a partir de la vigencia del RD Ley 4/2013, en el que se consagra la compatibilidad automática de estas instalaciones en parcelas destinadas a usos comerciales como la presente, por lo que no es necesario la celebración de convenio urbanístico exigiéndose tan solo de acuerdo con la normativa del PGOU de Málaga 2011 la aprobación de un plan especial.

La codemandada se opone al recurso por los motivos sintéticos que se exponen en el fundamento de derecho duodécimo de su contestación a la demanda, a saber:

** No se ha vulnerado el principio de igualdad, trato no discriminatorio y legalidad, derivado de la falta de suscripción de un convenio urbanístico con el Ayuntamiento, dado que: (i) la normativa de aplicación no exige, ni siquiera contempla, la obligatoriedad de celebrar convenios urbanísticos para la implantación de instalaciones de venta de carburante, como la unidad de suministro que nos ocupa; (ii) no nos encontramos ante situaciones sustancialmente iguales, tal y como exige el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que se alega vulnerado el principio de igualdad, y (iii) la suscripción de convenios urbanísticos constituye una potestad discrecional del Ayuntamiento de Málaga.*

SEXTO.- De la exigencia de plusvalías.

Bajo el genérico enunciado de la vulneración de los principios de legalidad y de igualdad la recurrente presenta un motivo impugnatorio que se sustancia en la falta de celebración de un convenio con la mercantil codemandada para la determinación de las plusvalías a satisfacer por la promotora del plan especial combatido como contrapartida a su aprobación.

Insiste la actora que en otros casos similares se ha empleado este modo de actuación concertada entre Administración municipal y empresa promotora de la instalación de suministro de carburante, resultando a la postre para este caso una exención injustificada y arbitraria de la plusvalía para esta compañía que es contraria a los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima.

En primer lugar y con arreglo a una correcta naturalización de esta plusvalía debemos desechar que ésta tenga una vertiente tributaria como defiende la recurrente.





La plusvalía de la que aquí tratamos es la conocida como plusvalía urbanística, y es la contraprestación que el propietario del suelo debe satisfacer a la comunidad a cambio de las ventajas económicas que obtiene por efecto de la acción urbanística de las Administraciones públicas. Esta plusvalía encuentra su fundamento en lo dispuesto en el art. 33.3 de la CE en cuanto que consagra la función social del derecho de propiedad, y en el art. 47 de CE, que expresamente previene la participación de la colectividad en la participación de las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos, todo ello conviene a la catalogación de la propiedad del suelo como estatutaria, estos es, sujeta a un régimen preconfigurado de derechos y cargas previstos legal y reglamentariamente a través de la figuras de planeamiento, que responde a la necesidad de preservar los graves intereses de la colectividad en juego.

Para que exista plusvalía es necesario que la Administración actúe sus competencias en materia de urbanismo u ordenación territorial, dando lugar a un proceso de transformación urbanística, que afecta de modo ventajoso al propietario que por ello asume el deber de compensar a la colectividad agotando una serie de deberes.

De este modo como recuerda la STS de 15 de mayo de 2011 (rec. 5354/2007): "no cabe apreciar la infracción del principio previsto en el artículo 47 de la Constitución sobre participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos, pues, precisamente, la categorización del suelo como consolidado es consecuencia del cumplimiento previo por la propiedad de los deberes urbanísticos previstos en la norma aplicable en su momento; deberes y cargas urbanísticas por medio de los cuales se materializa la participación de la comunidad en tales plusvalía".

Así pues, el art. 30.3.1º y 2º de LOUA, en relación a la regulación de los convenios urbanísticos contempla dos supuestos en los que es posible incluir estipulaciones de contenido económico a favor de la administración. La primera en los casos de sustitución en metálico de terrenos donde se localice el aprovechamiento a favor de la Administración en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas. El segundo caso es el de las sumas a satisfacer para sufragar gastos de urbanización.

En ambos casos se aprecia que la premisa para la exigencia de esta aportación económica del propietario es la existencia de un proceso de transformación urbanística, y muy particularmente en el caso de las plusvalías en metálico, la imposibilidad justificada en el instrumento de planeamiento de aportación de los terrenos en los que ha de materializarse el aprovechamiento que corresponde a la Administración para la dotación del sector.

La cuestión trascendente aquí es por tanto resolver si la estación de servicio o unidad de suministro a instalar precisa la realización de actuaciones de urbanización, o si por el contrario en la parcela de autos la urbanización está agotada, pues en este último caso el propietario que lo es de una parcela de suelo urbano consolidado no está ya obligado a asumir otras cargas adicionales.

Y ello es así pues tal y como recuerda la STS de 16 de junio de 2014, recaída en el RC





525/2012, con cita de otras muchas "Es en todo caso claro que el suelo urbano consolidado, una vez adquirida esa condición, no puede descategorizarse para someterlo al régimen del suelo urbano no consolidado y aplicar el régimen de cargas y cesiones propias de este suelo, sometiendo los mismos terrenos a procesos sucesivos de cesión y costeamiento de las obras de urbanización que lesionan el derecho a la equidistribución [por todas, sentencia de 30 de noviembre de 2011 (casación 5935/2008)]"

Y añade la STS de 6 de julio de 2012 (RC1531/2009) que "Para determinar la consolidación del suelo, que es reglada, como lo es en general el suelo urbano, se hace necesario acudir, en el mismo sentido que defiende el Ayuntamiento recurrente en su motivo, a las sentencias de esta Sala más recientes de 28 de octubre de 2011 (Casación 4984/2007), de 27 de octubre de 2011 (Casación 5500/2008), de 18 de octubre de 2011 (Casación 5082/2007), de 25 de marzo de 2011 (Casación 2827/2007), de 17 de diciembre de 2009 (Casación 3992/2005) o a la de 23 de septiembre de 2008 (Casación 4731/2004). En ellas este Tribunal se ha hecho eco de la jurisprudencia constitucional que se acaba de exponer, pero también ha subrayado la necesidad de que la distinción entre ambas clases de suelo, que hemos efectuado, se ejerza siempre "en los límites de la realidad" a la hora de establecer la diferencia entre suelo urbano consolidado y no consolidado, y, por tanto, sin que pueda ignorarse la realidad existente con una vocación de fijeza y estabilidad, armonizando en forma necesaria lo dispuesto en la legislación autonómica con lo que se dispone con carácter básico en la LRSV aplicable a este caso".

De modo que es la realidad física de los terrenos incorporados al instrumento, la que nos ha de descubrir si la superficie afectada por el plan merece la categorización de suelo urbano consolidado o no consolidado, para en este último caso acometer el proceso de consolidación urbana, y correlativo de equidistribución de beneficios y cargas, de los que ha de participar el propietario mediante cesión de terrenos, o en caso de no ser posible a través de aportaciones dinerarias que pueden ser previamente conveniadas tal y como prevé el art. 30.3 de LOUA, forma en la que se materializa la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos.

En suma y como sintetiza la STS de 15 de julio de 2015 (rec. 3118/13) lo que justifica la exigencia de las obligaciones urbanísticas es la «necesidad de transformación urbanística para la implantación del nuevo uso», que es presupuesto para exigir la plusvalía en metálico que sustituye a la cesión de terrenos para dotaciones demostradamente inviable. En el supuesto de autos sin embargo la actora nada justifica, ni en ningún caso demuestra la necesidad de proceder a una transformación urbanística para la implantación de la estación de suministro de carburante en un espacio vacío de una parcela que ya está destinada a un uso comercial. Al contrario, todo parece apuntar al agotamiento del proceso de urbanización y al estado físico de consolidación urbana que impide la exigencia de tales plusvalías.

En este estado de cosas la celebración de un convenio urbanístico orientado a exigir cargar urbanísticas a los propietarios estaría abocado a su radical nulidad, tal y como prescribe el art. 6 del RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de aplicación al caso por razones cronológicas.





Sentado lo anterior, es irrelevante la incidencia de la Ley 11/2013, de 26 de julio de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, y en nada afecta la nueva redacción dada al art. 3 del RD Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios, pues aunque esta norma consagra una compatibilidad automática del uso comercial con la instalación de estaciones de suministro de combustible, no se critica en este recurso, a cuenta de este motivo impugnatorio, la compatibilidad urbanística de nuestra unidad de suministro, sino que lo que se somete a nuestra consideración es la exigibilidad de plusvalías derivadas de su instalación, juicio que es posterior al presupuestario examen de la compatibilidad urbanística, y que ya hemos evacuado en el sentido que se razona ad supram, de lo que se deduce a la postre la inexistencia de infracción alguna de los alegados principios generales.

Por todo lo razonado este motivo debe ser desechado."

Luego la identidad del motivo de impugnación abordado en las anteriores sentencias a las que nos hemos referido con el esgrimido en el presente recurso, determina que el mismo no pueda ser estimado. Sin que la sentencia dictada en el recurso 34/2016 invocada por la parte recurrente pueda ser de aplicación al supuesto que nos ocupa; toda vez que en la misma se planteaban otros vicios o defectos del Plan Especial impugnado en cuanto a la omisión de determinados informes; constituyendo el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia un pronunciamiento "obiter dicta", mientras que las otras sentencias abordan en profundidad la cuestión que se plantea en el presente recurso en los términos que consideramos de aplicación al presente.

SEGUNDO.- Descartado el motivo impugnatorio anterior hemos de abordar el segundo de los alegados por la parte recurrente en su escrito de demanda relativo a la nulidad del Plan Especial por aplicación del Plan de Gestión de Riesgo de Inundación de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas (BOE 22 de enero de 2016).

Debiendo al respecto señalar que consta acreditado, tal y como se mantiene por el Ayuntamiento demandado, con la aportación como documento número 1 de un informe realizado por la Ingeniera Municipal en el que se hace constar que la parcela sita en Calle Eduardo Queipo de Llano num.9, no se encuentra incluida en el ámbito del Plan de Gestión del Riesgo de Inundación para la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas de Andalucía, añadiendo dicha Técnica que se puede observar en el plano que se adjuntan como dicha parcela no está afectada por la lámina de agua para el periodo de retorno de 10 años, ni para el de 100 años, ni para el de 500".

Luego frente a la contundencia del informe realizado por una persona técnica y cualificada con concreción a la parcela a la que se refiere el impugnado Plan Especial no puede prosperar lo argumentado por la parte recurrente con apoyo en una consulta a una página web en forma de mapa interactivo sin otro soporte probatorio que desvirtúe el anterior informe.

Resultando de todo lo anterior los motivos esgrimidos por la parte recurrente no pueden favorable acogida y, por ende, el presente recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.-De conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional a la





desestimación del recurso lleva aparejada la imposición de las costas procesales a la parte recurrente . Si bien con limitación en cuanto a su cuantía a la cantidad de 1500 € más IVA por todos los conceptos.

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

FALLAMOS

PRIMERO.-Desestimar el recurso contencioso - administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Domingo Corpas, en nombre y representación de ASOCIACIÓN ANDALUZA DE VENDEDORES AL POR MENOR DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES (AGAVECAR) frente a la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 31 de marzo de 2016.

SEGUNDO.-Imponer las costas procesales a la parte recurrente con el límite de 1500 € más IVA por todos los conceptos. Contentaron que se quiero terminar dos sentencias previas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho Estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con la composición que determina al artículo 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, recurso que habrá de prepararse ante esta misma Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de la notificación de la presente Sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el artículo 89.2 del mismo cuerpo legal.

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 Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.



