



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

1

SENTENCIA Nº 627/2019
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

RECURSO Nº 509/2016

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOS

D. SANTIAGO MACHO MACHO

D^a. BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

Sección Funcional 2^a

En la Ciudad de Málaga, a 20 de febrero de 2019

Esta Sala ha visto el presente el recurso contencioso-administrativo número 509/2016, interpuesto por el Procurador Sr. Domingo Corpas, en nombre de AGRUPACIÓN ANDALUZA DE VENDEDORES AL POR MENOR DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES (AGAVECAR), asistida por el Letrado Sr. Aguayo Fernández de Córdoba, frente a acuerdo del AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado y defendido por Letrado de la asesoría Jurídica Municipal.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el reseñado en la encabezamiento fue presentado escrito el 21/07/2016 en esta Sala interponiendo recurso contencioso-administrativo contra acuerdos plenarios del Ayuntamiento de Málaga de 28/07/2011 y de 22/12/2015.

SEGUNDO.- El recurso es admitido en Decreto de 19/05/18 que también acuerda su tramitación conforme a lo dispuesto en el capítulo I del título I de la Ley 29/1.998.

Seguido el curso de los autos es sustanciada demanda con escrito recibido el 25/11/16, donde es expuesto cuanto es tenido por oportuno para pedir sentencia por la que, de conformidad con todas o alguna de las alegaciones formuladas acuerde:

1º.- ANULAR íntegramente los Acuerdos Plenarios de 28/07/2011 y 22/12/2015, de





Aprobación definitiva del Plan Especial PP 14/08, para la implantación de una Estación de Servicio en C/ Esteban Salazar Chapela, no 28, en Málaga, dejándolos sin efecto.
2º.- Condenar, a la Administración demandada al pago de las costas causadas.

Dado traslado a la Administración para contestar a la demanda, fue realizada mediante escrito de 29/12/16, que se da por reproducido, en el que pide sentencia que desestime la demanda al ser conforme a Derecho el acto administrativo impugnado.

TERCERO.- En diligencia de 13/01/16 es fijada la cuantía del recurso en 18.000 €. En auto de igual fecha es acordado el recibimiento del pleito a prueba, la admisión de las pruebas que en el mismo constan, que se tiene por practicadas, quedando los autos pendiente de señalamiento para deliberación, votación y fallo, teniendo lugar el pasado día trece.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las exigencias legales, con la demora en la tramitación y en la resolución derivada de la acumulación de asuntos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso presente es determinar si se ajustan a derecho sendos acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de 28/07/2011 por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial PP 14/2008, para implantar una Estación de Servicio en c/ Esteban Salazar Chapela nº 18 esquina con c/ Concepción Arenal en el Polígono Industrial Guadalhorce, promovido por la mercantil COMOLI, S.L., y el de 22/12/2015 que modifica el anterior (ambos publicados en BOP de Málaga, de 30/05/2016).

SEGUNDO.-La parte recurrente expone, en síntesis:

-Dejamos constancia de algunos datos relevantes del expediente:

El 20/02/2008, se presenta por el interesado "Plan Especial para Estación de Servicio en C/ Esteban Salazar Chapela, 28, Polígono Guadalhorce" (folios 1 y 2 del expediente), después de haberse suscrito un convenio urbanístico entre el Excmo. Ayuntamiento de Málaga y la entidad Comoli, S.L., el 16/04/2007 (publicado en BOP Málaga de 3/09/2007).

El 6/03/2008 la Gerencia Municipal de Urbanismo solicita informe a la Junta Municipal de Distrito de Churriana. Finalmente la Junta Municipal de Distrito, emite el 15/04/09 informe negativo por falta de competencia, al pretenderse la instalación en un polígono.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17/09/2010, se aprueba inicialmente el Plan Especial (Aprobación publicada en BOP Málaga de 22/10/10). En el acuerdo octavo se dispone: "Antes de la publicación del acuerdo de la aprobación definitiva, deberá de ingresarse la cantidad de 291.049.85 € (...), y que se corresponde con el 25% de la plusvalía generada que debe revertir al municipio por el cambio del uso comercial de la parcela, al uso de gasolinera".





Durante el mes de octubre de 2010, se sustanció el trámite de información pública.

El 28/07/2011 tuvo lugar la Aprobación definitiva del Plan especial, que no llegó a ser publicada en el BOP Málaga; de hecho, según consta en el expediente (folios 255.1-256), el BOP devolvió el 17/02/2015 el anuncio de aprobación definitiva, por no haber sido abonadas las tasas correspondientes. En el acuerdo tercero del Acuerdo de Aprobación definitiva, se recoge de nuevo la obligación de la promotora de ingresar la cantidad de 291.049.85 €, que ya se había estipulado en la Aprobación inicial (como consecuencia de lo acordado en el Convenio urbanístico entre el Ayuntamiento y la promotora), y aún no había sido satisfecha.

En escritos de 26/06/2014 y de 17/02/2015 (folios 252-255 del expediente), [REDACTED] en representación de la entidad promotora, informa de que el proyecto no se ha llevado a cabo, por lo que no se han generado plusvalías, y solicita que se le dispense de la obligación de pagar la cantidad acordada por ese concepto, por serle de aplicación, al estar la parcela en un polígono industrial, el RD 4/2013, de 22 de febrero, de Medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que favorece este tipo de instalaciones en determinados suelos, entre los que se encuentra la parcela de la instalación pretendida.

Después del informe municipal favorable, de 5/11/2015, en fecha 27/11/2015 se acuerda por el Pleno del Ayuntamiento la resolución del Convenio suscrito el 16 de abril de 2007 entre el Ayuntamiento y [REDACTED] en representación de Comoli, S.L., y la modificación del Acuerdo Plenario de aprobación definitiva del 28/07/2011, dejando sin efecto el apartado tercero, en el que, como se ha dicho más arriba, se exigía el pago de una cantidad en concepto de plusvalía. El Ayuntamiento argumenta, entre otras cosas, que “tras las reformas legislativas (...), en los supuestos contemplados en el artículo 3 y la Disposición transitoria primera del citado RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, se considera que la conveniencia y oportunidad de implantar la instalación quedó establecida mediante dicha norma, y no ha de quedar fijada discrecionalmente por el municipio...”.

Esta Resolución del Convenio suscitó dudas en los propios Órganos municipales sobre la responsabilidad de la promotora por el incumplimiento de la cantidad comprometida en el Convenio. Así, en un informe de 2/10/2015, del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística, se indica que “atendiendo a razones de interés público, se debería analizar por el Departamento proponente si se le han causado perjuicios a este Ayuntamiento, en el periodo de tiempo comprendido desde que se incumplió el convenio, hasta que se ha producido el cambio legislativo; y de ser así, que sean cuantificados y se le exija a la parte incumplidora que proceda a su indemnización...”. El Ayuntamiento, no obstante, como analizaremos más adelante, consideró que la resolución del Convenio era la solución más coherente con “la práctica administrativa” que venía aplicando desde los cambios legislativos operados.

Finalmente, el 22/12/2015 se adopta por el Pleno del Ayuntamiento el Acuerdo de aprobación definitiva del Plan especial 14/08, que, junto con la Aprobación definitiva de 28/07/2011, que resultó modificada, fueron publicadas en BOP de 30/05/2016, con las Ordenanzas correspondientes, y que son el objeto del presente recurso.

- Varias observaciones con respecto al contenido del Plan Especial y su tramitación, según hemos podido apreciar en el expediente administrativo.





1.-En primer lugar, vemos como se permite la implantación de la Estación de Servicio que nos ocupa sin que por el Ayuntamiento se obligue finalmente a la promotora de la instalación a abonar cantidad alguna en concepto de reversión de parte de la plusvalía generada por la implantación de la estación de servicio.

Esto resulta contradictorio con el contenido de otros Planes Especiales para la implantación de Estaciones de Servicio en el término municipal de Málaga, donde esta contribución sí se ha venido exigiendo en el pasado y se sigue exigiendo en la aprobación de otros Planes Especiales sobre Estaciones de Servicio.

De hecho, el propio Ayuntamiento, en el Plan Especial que nos ocupa, vio la necesidad de celebrar un Convenio urbanístico con la promotora, que, como se recoge en el acuerdo octavo del Acuerdo Plenario de aprobación inicial del plan especial, de 17/09/2010, disponía: “Antes de la publicación del acuerdo de la aprobación definitiva, deberá de ingresarse la cantidad de 291.049.85 € (que deberá ser revisado conforme al IPC en función de la estipulación sexta del Convenio urbanístico firmado en su día) y que se corresponde con el 25% de la plusvalía generada que debe revertir al municipio por el cambio del uso comercial de la parcela, al uso de gasolinera”.

Aportamos, a modo de ejemplo, para apreciar la práctica que se ha dado en el Ayuntamiento de Málaga, otros anuncios publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga, sobre las aprobaciones definitivas de Planes Especiales referentes a la implantación de Estaciones de Servicio en Málaga (DOCUMENTO AGRUPADO No 1), y que podemos resumir conforme sigue:

BOP Málaga de 12 de julio de 2001 (nº 134), página 32 y s., donde se establece que “2º. Asimismo, según el acuerdo 4.º del convenio suscrito entre el promotor y el Excelentísimo Ayuntamiento, ratificado por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el 20 de mayo de 1998, deberá ingresarse la cantidad de setenta y un millones ochocientas mil seiscientos cincuenta y cinco (71.800.655) pesetas, en concepto de recuperación de plusvalías, este abono deberá estar efectuado previo a la publicación del acuerdo de aprobación definitiva del presente expediente, así como tenerse en cuenta el resto de las estipulaciones del mencionado convenio”.

BOP Málaga, de 15 de diciembre de 2006 (no 238), página 30 y s., en cuyo punto Cuarto se recoge que “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, condicionar la publicación del presente instrumento de planeamiento al abono al Excmo. Ayuntamiento de Málaga, en concepto de plusvalía, la cantidad de 371.335 €, todo ello de conformidad con lo estipulado en el Convenio Urbanístico de fecha 4 de noviembre de 2004”.

BOP Málaga, de 31 de enero de 2007 (no 22), página 35 y s., donde podemos apreciar en el punto Octavo: “Significar al promotor que una vez recaído el acuerdo de aprobación definitiva del Plan Especial que nos ocupa, y en todo caso, previamente a la publicación y entrada en vigor del presente instrumento de planeamiento, se deberá abonar al Excmo. Ayuntamiento de Málaga, en concepto de plusvalía, la cantidad de 260.662,16 €, todo ello de conformidad con lo estipulado en el convenio urbanístico de fecha 9 de junio de 2005.”

Y, como ejemplo más reciente, BOP Málaga, de 11 de diciembre de 2013 (no 235), en cuya página 39 podemos leer: “Tercero. Disponer que antes de la publicación del acuerdo de aprobación definitiva deberá de ingresarse la cantidad de 381.195,53 euros que se





corresponde con el 25% de la plusvalía generada que debe revertir al municipio por el cambio del uso comercial de la parcela, al uso de gasolinera; haciendo advertencia expresa de que transcurridos dos años desde el 4 de junio de 2010, fecha en que el convenio suscrito fue ratificado, sin que se haya implantado la estación de servicio por causas imputables al interesado, el importe de dicha plusvalía podrá revisarse.”

Vemos, por tanto, que en la tramitación de la implantación de Estaciones de Servicio en Málaga, se han venido suscribiendo desde hace muchos años convenios urbanísticos con los promotores de las instalaciones, que se recogen en las resoluciones aprobatorias de los Planes Especiales, y en los que se establecía el abono de cantidades significativas de dinero (desde 260.000 € hasta más de 430.000 € en los ejemplos que acabamos de citar) en concepto de plusvalía a revertir al Ayuntamiento.

Por el contrario, con respecto a la instalación proyectada en C/ Esteban Salazar, como se ha referido anteriormente, se dispone expresamente en la Resolución de 27/11/2015, dejar sin efecto el apartado tercero del Acuerdo plenario de 28/07/2011, en el que se señalaba a la promotora la obligación de satisfacer el una cantidad en concepto de plusvalía. En la Resolución de 27/11/2015, se justifica la decisión de no exigir la cantidad pactada, en base al cambio legislativo, con argumentos a nuestro juicio erróneos. En concreto expresa lo siguiente:

*En relación con el PGOU-2011, recoge el art. 6.3.4, que regula las Instalaciones de suministro de carburantes para automóviles: “Se considera como un caso singular dentro del uso industrial y como tal será tratado. Para autorizarse su instalación deberá tramitarse un Plan Especial (...). Al no ser un uso específicamente previsto en ninguna de las diferentes calificaciones de suelo, será discrecional para el Ayuntamiento la apreciación de la conveniencia u oportunidad de su instalación, y por consiguiente de la tramitación del Plan Especial (...)”.

*En relación con el PGOU-97, se expresa que contenía casi idéntica regulación en su artículo 12.3.10, conforme al cual “el Ayuntamiento ha ido suscribiendo, a lo largo de los años de su vigencia, diversos convenios con los particulares, en los que, apreciada la necesidad y oportunidad de una instalación, quedaban fijadas las plusvalías que se generaban...”.

*Según el Ayuntamiento, son las reformas legislativas en los supuestos contemplados en el art. 3 y la Disposición transitoria primera del RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, las que llevan al Ayuntamiento a cambiar su postura, al considerar lo siguiente: “...la conveniencia y oportunidad de implantar la instalación quedó establecida mediante dicha norma, y no ha de quedar fijada discrecionalmente por el municipio por la vía del Convenio con los particulares (...). El Ayuntamiento considera así determinante que la nueva normativa ha calificado “la actividad económica de instalación de suministro al por menor como compatible con los usos del suelo para las actividades de todos los tipos enunciados en el apartado 1o del art. 3 del RD-Ley 6/2000”.

Con todo lo expuesto hasta ahora, podemos apreciar como en un mismo municipio, con respecto a algunas Estaciones de Servicio se exige por parte del Ayuntamiento el pago de cantidades importantes en concepto de plusvalía generada, mientras que con respecto a otras Estaciones de Servicio (entre las que se encuentra la que constituye el objeto de nuestro recurso) no se exigen estos pagos.





Salta a la vista, hemos de decir desde ya, la grave injusticia que conlleva esta discriminación de algunos promotores de Estaciones de Servicio frente a otros, ya que tener que iniciar un negocio con una carga en concepto de contribución para el Ayuntamiento por importes incluso superiores a los 400.000 €, mientras que otras Estaciones de Servicio en el mismo entorno se encuentran exentas de este pago, supone un trato desigual sin ninguna justificación, por lo que, conforme se analizará en los fundamentos de derecho, el Plan Especial adolece de una grave irregularidad consistente en la improcedente exoneración del canon de plusvalía, que ha de conllevar la nulidad del mismo.

2.-En segundo lugar, llama extraordinariamente la atención que en la tramitación del Plan Especial no se haga referencia alguna al hecho de que la instalación proyectada se ubica en una zona con alto riesgo de inundación como es el Polígono industrial Guadalhorce. Más concretamente, la Estación de servicio en C/Esteban Salazar Chapela, nº 28, esquina C/Concepción Arenal, se sitúa a poca distancia del río Guadalhorce, y además en las cercanías del afluente Arroyo de las Cañas así como a un canal que transcurre por el Norte del referido Polígono, como puede apreciarse en el plano que adjuntamos como DOCUMENTO No 2 .

Esta zona quedó incluida en el Plan de Gestión del Riesgo de Inundación para la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas de Andalucía, que fue aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en 20/10/2015. Este Plan de Gestión (en adelante PGRI), está publicado en el BOJA de fecha 03/11/2015 así como, tras su aprobación por el Consejo de Ministros vía Real Decreto Legislativo 21/2016, de 15 de enero, en el BOE de fecha 22/01/2016.

Igualmente puede ser objeto de consulta, junto con su memoria y anejos, que son de especial interés a los efectos del presente procedimiento, en la página web de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía en el siguiente enlace:

<http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/portalweb/menuitem.7e1cf46ddf59bb227a9ebe205510e1ca/?>

[vgnextoid=61b3713f5e782510VgnVCM1000001325e50aRCRD&vgnnextchannel=9136461af55f4310VgnVCM1000001325e50aRCRD](http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/portalweb/menuitem.7e1cf46ddf59bb227a9ebe205510e1ca/?vgnextoid=61b3713f5e782510VgnVCM1000001325e50aRCRD&vgnnextchannel=9136461af55f4310VgnVCM1000001325e50aRCRD)

Para evitar sobredimensionar este escrito, no aportamos en este momento la memoria y los anejos del referido PGRI en su integridad, pero sí adjuntamos, como DOCUMENTO No 3, por su especial trascendencia, los capítulos 1 y 2.1. del anejo 2 que citaremos en la Fundamentación Jurídica de la presente demanda. En todo caso, nos mostramos dispuestos a aportar los referidos documentos en su totalidad si por parte de la Sala se considerase necesario.

Dentro de este PGRI, se incluyen algunas Áreas de Riesgo Potencial Significativo de Inundación, las llamadas ARPSIs, entre las que se encuentra justo el polígono Guadalhorce donde se ubica la Estación de Servicio que nos ocupa. Adjuntamos como DOCUMENTO No 4 la página no 49 del anejo 1 del PGRI (que puede consultarse también íntegro en el enlace arriba indicado), donde se observa que esta zona forma parte de una de las ARPSIs contempladas por el PGRI.





Igualmente se aprecia la ubicación de la Estación de servicio que nos ocupa en tal ARPSI en el mapa que esta parte ha elaborado a partir de la información oficial en forma de mapa interactivo que ofrece la Junta de Andalucía en el siguiente enlace: http://mapea-sigc.juntadeandalucia.es/Componente/templateMapeaOL.jsp?wmcfile=http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/rediam/productos/ServiciosOGC/WMC/Mapea/sinunda_mapa_peligrosidad.xml*Mapa%20de%20Peligrosidad%20de%20inundacion,http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/rediam/productos/ServiciosOGC/WMC/Mapea/sinunda_mapa_riesgo_inund_T10.xml*Mapa%20de%20Riesgo%20de%20Inundacion%20periodo%20retorno%2010%20a%C3%B1os,http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/rediam/productos/ServiciosOGC/WMC/Mapea/sinunda_mapa_riesgo_inund_T100.xml*Mapa%20de%20Riesgo%20de%20Inundacion%20periodo%20retorno%20100%20a%C3%B1os,http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/rediam/productos/ServiciosOGC/WMC/Mapea/sinunda_mapa_riesgo_inund_T500.xml*Mapa%20de%20Riesgo%20de%20Inundacion%20periodo%20retorno%20500%20a%C3%B1os&controls=mouse,panzoombar,layerswitcher,navtoolbar,overviewmap,measurebar,scaleline,scale&getfeatureinfo=gml&zoom=3&lr=lang_es

En dicho mapa, que aportamos como DOCUMENTO ° 5, vemos no solamente que la Estación de servicio se encuentra en un área de riesgo significativo de inundación, sino incluso que la zona en cuestión se califica de inundable con un periodo de retorno de 100 años. Es decir que existe una previsión de que en tal periodo de cien años al menos se producirá una inundación del terreno. En este contexto, vemos como en el mapa se señalizan las ARPSIs en color rosa. Los periodos de retorno de 10, 100 y 500 años, respectivamente, vienen señalizados en distintas tonalidades de azul.

En los Fundamentos de Derecho veremos como la normativa aplicable prohíbe construir, en estas zonas de peligro de inundación, una Estación de Servicio. Ello deriva con total claridad tanto del propio PGRI como del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, aprobado por Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, y publicado en el BOJA de 18 de diciembre de 2006 (POTA de aquí en adelante).

Esta prohibición era perfectamente conocida por el Ayuntamiento, por lo que resulta incomprensible cómo se ha llegado a aprobar el Plan Especial.

- Nulidad del plan especial por vulneración de los principios de igualdad, trato no discriminatorio y legalidad

1.- Introducción

Conforme ya se ha expuesto en los antecedentes de hecho, se acordó por el Pleno del Ayuntamiento la resolución del Convenio suscrito el 16/04/2007 entre el Ayuntamiento y la entidad promotora de este Plan Especial, modificando así el Acuerdo Plenario de aprobación definitiva del 28/07/2011, al dejar sin efecto el apartado tercero, en el que se exigía el pago de una cantidad en concepto de plusvalía generada por permitir la implantación de la instalación de suministro en un determinado terreno, con reversión de parte de esta plusvalía al Ayuntamiento. En la tramitación de otros Planes Especiales en el mismo término municipal, no obstante, sí se ha venido y se sigue exigiendo tal convenio urbanístico con abono del canon acordado.





Esta omisión, en el Plan Especial 14/08, referente a la Estación de Servicio en C/ Esteban Salazar Chapela, cuando en otros Planes Especiales se exige para la implantación de instalaciones de suministro de carburantes un canon de en torno a los 300.000 € o incluso superior a los 400.000 € conlleva, evidentemente, una situación de desigualdad desde el inicio de la actividad empresarial por la carga del canon que algunas Estaciones de Servicio han debido abonar previamente a la tramitación de las licencias municipales, mientras que otras queden exentas.

Esta desigualdad en el trato carece de justificación, es discriminatoria y vulnera los principios de legalidad e igualdad, y conlleva la nulidad del Plan Especial.

2.- Naturaleza del Plan Especial

La nulidad del Plan Especial PP 14/08, aprobado en fechas 28/07/2011 y 22/12/2015, por Acuerdos Plenarios del Ayuntamiento de Málaga, se fundamenta sobre lo dispuesto por el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual:

Los Planes Especiales, como el que nos ocupa en el presente procedimiento, regulados en el artículo 14 de la LOUA, son instrumentos de planeamiento urbanístico (conforme deriva de su inclusión en el Capítulo II del Título I de la LOUA), y, como cualquier otro plan de ordenación urbanística, disposiciones administrativas de carácter general, por lo que en caso de contravenir el ordenamiento jurídico, han de considerarse nulos de pleno derecho.

“2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de

rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.”

En este sentido, citamos de la abundante jurisprudencia existente sobre el particular, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 1a) de 26 de mayo de 2011 (JUR 2011/245007): (...)

Igualmente, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5a), en Sentencia de 26 de diciembre de 2011 (RJ 2012/3598): (...)

Y finalmente, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2006 (JUR 2006/277151), que reza literalmente lo siguiente: (...)

3. Nulidad del Plan Especial por trato discriminatorio

Conforme se ha indicado ya con anterioridad, el Plan Especial referente a la implantación de una Estación de Servicio en C/ Esteban Salazar Chapela se ha aprobado con renuncia expresa a la tramitación del convenio urbanístico de 2007, contrariamente a lo que se ha venido haciendo en los planes especiales de otras Estaciones de Servicio en el mismo término municipal. Ello conlleva que, mientras otros promotores de instalaciones de suministro de carburante se veían (y se siguen viendo) obligados a tener que realizar importantes desembolsos en concepto de canon por plusvalía para poder obtener la licencia de obra, COMOLI, S.L., como promotora de la Estación de Servicio que nos ocupa, se ve exenta de la obligación de abonar el referido canon para conseguir la implantación del negocio proyectado.





Con esta no exigencia de convenio urbanístico, se está vulnerando, por parte del Ayuntamiento de Málaga, el principio de igualdad y no discriminación que los poderes públicos han de promover.

En este sentido, el artículo 9.2 de la Constitución Española: (...)

La desigualdad deriva, en el caso concreto que nos ocupa, de la aleatoriedad y falta de justificación con la que la Administración Pública suscribe o no suscribe convenios urbanísticos en distintos supuestos que realmente son iguales, y que, por tanto, deberían recibir un trato igual. La no exigencia de un convenio urbanístico con retribución de la plusvalía generada para la aprobación del Plan Especial 14/08 se ha realizado al margen de la discrecionalidad, y con un manifiesto alejamiento de los intereses generales a que toda Administración Pública ha de servir. Igualmente estamos ante una inobservancia de la seguridad jurídica, y de los principios de buena fe.

De forma general, con respecto a la obligación de las Administraciones Públicas de servir a los intereses generales, la Ley 40/2015, de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 3, establece que: (...)

Y, centrándonos más en la materia del derecho urbanístico, que es la que nos ocupa, las competencias en temas urbanísticos resultan perfectamente definidas en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA), en cuyo artículo 2 se establece que "...la actividad urbanística corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y a los municipios". En el artículo 31, se precisa que: (..)

Esta competencia planificadora en materia urbanística implica también la posibilidad de suscribir convenios urbanísticos, regulados, a nivel de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la LOUA, en su artículo 30: (...)

Estos convenios urbanísticos han de cumplir con los requisitos recogidos con carácter general en el artículo 86 de la Ley 39/2015, con clara indicación que dichos convenios han de respetar al ordenamiento jurídico y servir al interés público: (...)

Igualmente es de importancia destacar lo recogido en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Ordenación Urbana, art. 20: (...).

Finalmente, no se debe olvidar que el contenido esencial de los convenios urbanísticos suscritos para la implantación de Estaciones de Servicio en Málaga era la fijación de una plusvalía generada por permitir la instalación de dicho negocio en un determinado solar, con obligación de revertir el 25% de dicha plusvalía al Ayuntamiento.

La desigualdad y la discriminación en el trato por parte del Ayuntamiento tienen, por tanto, una clara vertiente fiscal y tributaria, por cuanto que una autoridad pública reclama cantidades económicas a particulares, y sin que pretendemos calificar la naturaleza jurídica exacta de dicha contribución. Para evitar confusiones, no estamos sosteniendo que se está ante el impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos urbanos que por simplificación se denomina comúnmente plusvalía. Pero con independencia del matiz jurídico que quiera darse a este pago, indudablemente la exigencia del abono al Ayuntamiento de esa cantidad por plusvalía que se genera en el terreno, es un acto de naturaleza recaudatoria, un ingreso de derecho público (ya que se exige de una Administración Pública un pago dinerario a un particular) al que resultan de





aplicación los principios generales del Derecho tributario, como son los de justicia, generalidad e igualdad.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT de aquí en adelante) define, en su artículo 2.2.b) las contribuciones como sigue: (...)

A todos los tributos, cualquiera que fuera su naturaleza, les son de aplicación los principios generales en materia tributaria, y también los mencionados en el artículo 3 de la LGT, que prevé que la ordenación del sistema tributario se basa "...en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad."

Hemos analizado ya con detenimiento la vulneración de dichos principios. La exigencia aleatoria e injustificada, de una contribución en supuestos idénticos presenta una desigualdad discriminatoria en el trato, que incumple los principios de justicia y generalidad en materia administrativa, urbanística y tributaria, y no existe, conforme analizaremos a continuación, motivo alguno que pudiera justificar las referidas distinciones en el trato.

4.- Inexistencia de motivo legal o justificación de la discriminación

En este contexto, hemos de citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de julio de 2001 (EDJ 2001/25331) que establece, en un asunto que tiene por objeto precisamente la aplicación de un tributo municipal:

"Una desigualdad de trato en la relación tributaria debe estar justificada y fundada en un criterio objetivo y suficientemente razonable"

Y en el mismo sentido, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6a, de 16 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8217), que añade además que:

"...la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [S. 22/1981, de 2 julio (RTC 1981\22), confirmada por otras muchas, entre las que citaremos las SS. 10/1983, de 21 febrero (RTC 1983\10), 42/1986, de 10 abril (RTC 1986\42), 260/1988, de 22 diciembre (RTC 1988\260) y 114/1992, de 14 septiembre (RTC 1992\114)]."

Como adelantamos en el relato de los hechos, en la Resolución de 27/11/2015 (folios 291-307 del expediente), en la que se acuerda dejar sin efecto el apartado tercero del Acuerdo plenario de 28/07/2011, y, por tanto, se decide no exigir en este caso el pago de la plusvalía generada, se justifica la decisión en base a los cambios legislativos. Hace referencia, en primero lugar, a la normativa del vigente PGOU de Málaga (con regulación idéntica en el PGOU anterior), en cuyo artículo 6.3.4. se establece lo siguiente:

"Artículo 6.3.4. Instalaciones de suministro de carburantes para automóviles.

Se considera como un caso singular dentro del uso industrial y como tal será tratado. Para autorizarse su instalación deberá tramitarse un "Plan Especial", en el que se garantice la resolución de las condiciones de accesibilidad, protección, impacto ambiental, etc., y se establezcan además los parámetros reguladores de las construcciones: separaciones, altura, etc., en relación a la zona en que se ubiquen. En ningún caso el índice de edificabilidad superará al de la zona en que se sitúe.

Al no ser un uso específicamente previsto en ninguna de las diferentes calificaciones de suelo, será discrecional para el Ayuntamiento la apreciación de la conveniencia u





oportunidad de su instalación, y por consiguiente de la tramitación del Plan Especial referido en el párrafo anterior. Por ello, la denegación del trámite del Plan Especial, no dará lugar a ningún tipo de indemnización.”

Sobre esta norma se fundamenta, por parte del Ayuntamiento, la suscripción de los convenios urbanísticos con exigencia del pago de un canon consistente en una contribución del 25% de la plusvalía generada, conforme se hizo en el convenio urbanístico suscrito en 2007 respecto a la instalación en C/ Esteban Salazar Chapela.

Pues bien, esta norma del PGOU sigue al día de hoy plenamente vigente y obligatoria, sin variación alguna, por lo que, por unidad de criterio, por los principios de justicia y generalidad, por la prohibición de la Administración Pública de discriminación, por la confianza legítima y por la sumisión al ordenamiento jurídico, es totalmente inadmisibles que en el caso de la Estación de Servicio que nos ocupa no se esté exigiendo el mismo convenio y el mismo tributo.

No constituye, desde luego, ninguna justificación para la no exigencia de convenio urbanístico, la entrada en vigor 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 (en adelante Ley 11/2013), aun cuando el Ayuntamiento de Málaga entienda esta norma justificación suficiente para un cambio en la apreciación de lo que venimos argumentando.

El artículo 40 de la Ley 11/2013 modifica, desde su entrada en vigor el 28 de julio de 2013, algunos artículos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, cuyo artículo 3.1 queda del siguiente tenor literal:

“Los establecimientos comerciales individuales o agrupados, centros comerciales, parques comerciales, establecimientos de inspección técnica de vehículos y zonas o polígonos industriales podrán incorporar entre sus equipamientos, al menos, una instalación para suministro de productos petrolíferos a vehículos”.

En el párrafo tercero del mismo artículo se dice:

“El órgano municipal no podrá denegar la instalación de estaciones de servicio o de unidades de suministro de carburantes a vehículos en los establecimientos y zonas anteriormente señalados por la mera ausencia de suelo cualificado específicamente para ello”.

Si bien es verdad que, según se dice en el preámbulo de la Ley 11/2013, se trata de “simplificar trámites a la apertura de nuevas instalaciones”, esta ley no afecta, porque no puede hacerlo, a las competencias urbanísticas de Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, y tratándose de competencias concurrentes es obvio que las normas urbanísticas vigentes han de continuar aplicándose. La Ley no pretende, lógicamente, la implantación de instalaciones de suministro de carburantes de forma incondicionada y sin tener que ajustarse las mismas a la legalidad en todos sus aspectos: urbanísticos, técnicos, constructivos, medioambientales y de otra índole.

El hecho de que esta ley permita el establecimiento de una estación de servicio en los lugares que se citan en el art. 3.1, sin necesidad de que el Ayuntamiento tenga que aprobar la afectación de ese suelo específicamente a estación de servicio, no significa en modo alguno que los Ayuntamientos queden privados de la discrecionalidad y de la autonomía municipal en la planificación urbanística, por lo que podrán autorizar o denegar la





instalación de una estación de servicio en un terreno determinado, en función de multitud de criterios que siguen siendo de su competencia.

Es el propio artículo 6.3.4. del PGOU vigente de Málaga el que impone que en la aprobación del Plan Especial ha de velarse por la legalidad de la futura construcción y actividad en sentido amplio, al establecer que en el Plan Especial se garantiza la resolución *“de las condiciones de accesibilidad, protección, impacto ambiental, etc., y se establezcan además los parámetros reguladores de las construcciones: separaciones, altura, etc., en relación a la zona en que se ubiquen.”*

Es decir, el control de legalidad en esta fase, conforme el propio PGOU, no solamente abarca los temas relacionados con el suelo, como pretende el Ayuntamiento, sino también aspectos técnicos, constructivos y ambientales, entre otros muchos. Y es más, el Ayuntamiento es perfectamente consciente de la necesidad de velar por la legalidad del Plan Especial en todos estos aspectos, y no solamente la aptitud del suelo. Es por ello que el Plan Especial se aprueba junto a unas ordenanzas en las que se regulan con todo tipo de detalle cuestiones puramente técnicas (altura de marquesina o del monolito de precios, distancias mínimas, etc.).

Con todo ello, en absoluto, la Ley 11/2013 invalida las competencias discrecionales del Ayuntamiento recogidas en el artículo 6.3.4 del PGOU de Málaga, ya que el Ayuntamiento sigue teniendo que apreciar la conveniencia u oportunidad de la instalación.

La Ley 11/2013 realmente no restringe las competencias municipales más allá de la simple inclusión del uso de Estación de Servicio en determinadas y muy concretas calificaciones del suelo. El Ayuntamiento, no obstante, en una interpretación aleatoria, arbitraria y sin ninguna justificación, establece unos criterios para determinar en qué supuestos, si bien se sigue entendiendo necesaria la tramitación de un Plan Especial, se considera imposible por la Ley 11/2013, exigir un Convenio Urbanístico de reversión de plusvalías.

En el folio 299 del expediente se reflejan los supuestos que a juicio del Ayuntamiento quedan exentos del Convenio, y que se pueden resumir como sigue:

Estaciones de servicio en zonas o polígonos industriales

Estaciones de servicio en establecimientos comerciales individuales o agrupados, centros o parques comerciales, o bien incorporados en el mismo proyecto de construcción o bien como

equipamiento de los ya construidos.

Estaciones de servicio en establecimientos de ITV

Resulta evidente que el Ayuntamiento, aun cuando él mismo lo niega, mantiene discrecionalidad con respecto a la autorización de las estaciones de servicio también en las zonas referidas. Es decir, no en todos los suelos industriales, comerciales y similares cabe automáticamente una Estación de servicio, y el Ayuntamiento sigue teniendo que decidir si, por ejemplo por problemas de accesos, afluencia de tráfico, seguridad, condiciones del suelo (por ejemplo, no cabe enterrar depósitos por las particularidades del suelo), etc., se puede autorizar este tipo de instalaciones con sus condiciones particulares. Como hemos visto en los antecedentes de hecho, el Ayuntamiento también tendrá que tomar una decisión en caso de proyectarse una instalación en zonas con alto riesgo de





inundación, por mucho que se trate de un tipo de suelo en principio compatible con la instalación de una estación de servicio.

Las modificaciones legislativas en absoluto pretenden eliminar las competencias municipales de análisis de la conveniencia u oportunidad de la instalación por motivos técnicos, de seguridad, etc.

La interpretación de la norma estatal en esa línea restrictiva de las competencias municipales, con eliminación de cualquier discrecionalidad de la autoridad municipal con respecto al análisis de conveniencia u oportunidad de la implantación de una Estación de Servicio, significaría admitir que se pueden implantar puntos de suministro de carburantes con la única cobertura jurídica de la Ley 11/2013, sin control alguno por parte del órgano municipal.

Esta interpretación vulneraría nuestra Constitución, que incluye una garantía institucional del principio de autogobierno de los entes locales municipales: Artículos 137 y 140

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2001, de 5 de julio, en su FJ 4: (...)

En este contexto es igualmente de importancia destacar que la actividad urbanística forma parte de este núcleo primario de las competencias de autogobierno de los municipios.

Así, el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local: (...)

También el artículo 2 LOUA establece: (...)

En este sentido se pronuncia también la Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2012, de 4 de octubre, que declara incompetente al Estado en cuanto a la regulación de determinadas previsiones de carácter urbanístico.

Por lo tanto, lógicamente, al igual que el legislador estatal, y aun autonómico, tiene vedado interferir o limitar este núcleo primario del principio de autogobierno de los municipios que es la actividad urbanística, es totalmente inadmisibles que un municipio renuncie a estas competencias y facultades de autogobierno en materias de urbanismo, mediante una interpretación innecesariamente restrictiva de una norma. Y esto es precisamente lo que el Ayuntamiento de Málaga estaría haciendo: se interpreta la Ley 11/2013 en un sentido muy restrictivo de las competencias urbanística y extensivo de las estatales, que supuestamente conlleva la eliminación de las facultades discrecionales del Ayuntamiento establecidas en el artículo 6.3.4 PGOU, cuando realmente, estas facultades siguen vigentes, ya que el Ayuntamiento sigue teniendo que decidir sobre la oportunidad y conveniencia de la implantación de una Unidad de Suministro en un determinado terreno, no ya tanto bajo perspectivas de calificación del suelo, como en aspectos técnicos, constructivos, de seguridad, etc.

El hecho de que la Ley 11/2013 no pretende afectar a las competencias municipales en materia urbanística, se hace evidente también por la modificación introducida por dicha Ley en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, cuyo art. 43.2 queda ahora como sigue:

“Las administraciones autonómicas, en el ejercicio de sus competencias, deberán garantizar que los actos de control que afecten a la implantación de estas instalaciones de suministro de carburantes al por menor, se integren en un procedimiento único y ante una única instancia. A tal efecto, regularán el procedimiento y determinarán el órgano





autonómico o local competente ante la que se realizará y que, en su caso, resolverá el mismo”.

Resulta claro que la Ley 11/2013 no modifica las competencias de Comunidades autónomas o Ayuntamientos.

En todo caso habrán de ser los municipios y las Comunidades Autónomas los que, de manera individualizada y, en su caso, previa suspensión del otorgamiento de licencias nuevas, en ejercicio de sus exclusivas competencias urbanísticas, procedan a las modificaciones de su normativa y planeamiento urbanístico si así lo consideran procedente, introduciendo las indicaciones que consideren oportunas tras la Ley 11/2013, lo que en nuestra Comunidad Autónoma aún no se ha llegado a hacer.

Es muy ilustrativo al respecto un reciente pronunciamiento del TSJ de Madrid (Sentencia TSJ de Madrid, de 22 de abril de 2015), en el que se respalda el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Leganés de 12 de julio de 2013, por el que, en consonancia con lo que consideramos procedente, se decide suspender cautelarmente el procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas en el término municipal de Leganés durante un año, a las que resulte de aplicación las ordenanzas reguladoras de las estaciones de servicio recogidas en el Plan General de Ordenación Urbana y su Plan Director de Estaciones de Servicio de Leganés. Y ello porque la nueva normativa de la Ley 11/2013, según se recoge en la sentencia, “entra en contradicción con el Plan Director de Estaciones de Servicio de Leganés”, pues éste prohíbe expresamente el emplazamiento de estaciones de servicio en centros comerciales y grandes superficies. Esta contradicción se considera de suficiente entidad como para suspender las licencias urbanísticas hasta que se estudie con detenimiento la normativa urbanística vigente en Leganés para, en su caso, adaptar la normativa municipal a la regulación estatal sobre la materia. Por lo tanto, el TSJM admite que los Ayuntamientos paralicen el otorgamiento de licencias para la instalación de Estaciones de Servicio hasta tanto no se adapte su planeamiento a la Ley 11/2013.

No quiere decir esto que todos los Ayuntamientos tengan que proceder así, pero esta argumentación muestra cómo nos estamos refiriendo a competencias concurrentes, no excluyentes, por lo que la invocación de la ley 11/2013 no puede servir de apoyo para eludir la aplicación de la normativa urbanística municipal.

Siendo así que el Ayuntamiento de Málaga, hasta la publicación de la Ley 11/2013, y por estricta aplicación de su normativa urbanística vigente, venía exigiendo la suscripción de un convenio urbanístico en el que, entre otros particulares, se ejercía la facultad discrecional de permitir el uso de estación de servicio fijando la cuantía de las plusvalías y canon que habría de abonarse, al considerar que tras la publicación estatal esa exigencia resulta contradictoria con la nueva norma (aunque no llegamos a apreciar causa alguna de tal contradicción), la única vía posible sería la modificación del planeamiento municipal. Pero desde luego, en tanto se tramitara tal modificación de la norma municipal, y con suspensión de nuevas licencias, no podría dejar de aplicarse la vigente.

Por lo tanto, en conclusión de todo lo expuesto, el Ayuntamiento, en una interpretación manifiestamente errónea de la Ley 11/2013, restringe, sin necesidad ni fundamentación legal alguna, el ámbito de sus competencias, y limita drásticamente las facultades de decisión que tiene reconocidas en el art. 6.3.4 del PGOU.





Es decir, con este argumento no se puede justificar la exención de la obligación de suscribir un convenio urbanístico, y, no existiendo otro motivo que pudiera justificar dicha no exigencia, estamos ante la arriba analizada vulneración de los principios de igualdad, no discriminación, confianza legítima y seguridad jurídica en la aprobación del Plan Especial, que ha de declararse nulo de pleno derecho por contravenir al ordenamiento jurídico (artículo 47.1.f Ley 39/2015, de 1 de octubre).

Con independencia de todo lo expuesto, se da además la circunstancia de que, como consecuencia del convenio suscrito por el propio Ayuntamiento con la entidad promotora en el 2007, ésta quedó obligada a ingresar antes de la publicación del acuerdo de la aprobación definitiva, la cantidad de 291.049.85 €, correspondiente al 25% de la plusvalía generada. El Ayuntamiento acordó el 27/11/2015, es decir, ocho años después de que se generara la obligación del pago por parte de Comoli S.L., y sin que esta promotora hubiera ingresado la cantidad comprometida, resolver el convenio en el que se fijaba esa obligación. Esta revocación del convenio, dejando sin efecto un ingreso de derecho público ya liquidado, se lleva a cabo sin someterla a ningún procedimiento legalmente establecido (impugnación ordinaria vía recurso, normas de devolución de ingresos indebidos, o el que hubiera correspondido).

Como ha quedado reflejado en la exposición de los hechos, desde los propios Órganos municipales, en un informe de 2/10/2015, se indicaba que “atendiendo a razones de interés público, se debería analizar por el Departamento proponente si se le han causado perjuicios a este Ayuntamiento, en el periodo de tiempo comprendido desde que se incumplió el convenio, hasta que se ha producido el cambio legislativo; y de ser así, que sean cuantificados y se le exija a la parte incumplidora que proceda a su indemnización...”. En ese mismo informe, recogido literalmente en el Acuerdo de 27/11/2015, que decide la revocación del Convenio, se indica, aplicando en este caso el art. 1100 del Código Civil:

“...la mora, para el promotor empezó a contar desde el momento en que le fue notificado el acuerdo plenario de aprobación definitiva del Plan Especial el 26 de octubre de 2011. A partir de dicho instante debió cumplir con la obligación del pago de los 291.049.85 € en concepto de plusvalía por la calificación que se le otorgaba a la parcela y que, tras la licencia de obras correspondiente, ya le permitía edificar”.

Pues bien, a pesar de esos argumentos, el Ayuntamiento acuerda resolver el convenio en base a dos motivos:

El primero: *“Que la estación de suministro de carburantes no se ha ejecutado al día de la fecha”.* Es evidente que el pago de la cantidad a la que se comprometía el promotor, no ha estado vinculado en ningún momento a la construcción de la Estación de servicio, pues ese pago tendría que efectuarse una vez producida la aprobación definitiva del Plan Especial, y en todo caso, previamente a la publicación y entrada en vigor del mismo. Por lo tanto, en ningún caso podía llegar a construirse la Estación de servicio antes de formalizarse el pago.

El segundo: *“Que ha habido un cambio legislativo esencial en lo que respecta a la calificación de suelo apto para este tipo de instalaciones”.* Ya ha quedado explicado que, a nuestro juicio, estos cambios legislativos no limitan las competencias municipales del modo en que lo interpreta el Ayuntamiento. Pero es que en este caso, además, se está





utilizando una normativa que entró en vigor en el 2013 para liberar a una promotora concreta de una obligación que asumió en un convenio celebrado en el 2007.

Y esto lo hace el Ayuntamiento, como se ha indicado, sin seguir un procedimiento adecuado, en base al siguiente argumento: *“Entendemos que la conclusión más coherente con la práctica administrativa que esta Administración viene aplicando desde los cambios legislativos operados, pasa por acceder a la resolución del Convenio”*.

No es conforme a derecho tal actuación que implica una revisión de una actuación administrativa sin seguir procedimiento alguno y en claro beneficio del obligado.

Todo lo expuesto pone de relieve aún más el trato discriminatorio y, a nuestro entender, arbitrario, que se ha dado en la exigencia del pago del canon por la plusvalía generada. La entidad promotora de este Plan Especial se ha visto favorecida por las decisiones del Ayuntamiento, precisamente por su injustificada tardanza para atender el pago de las cantidades comprometidas, mientras que otros empresarios han cumplido con las obligaciones asumidas en los respectivos convenios, afrontando el emprendimiento de sus negocios con el importante desembolso que supone el pago del canon exigido por el Ayuntamiento.

- Nulidad del plan especial por encontrarse la estación proyectada en una zona de riesgo de inundación donde no cabe construcción alguna

La Estación de servicio proyectada se encuentra en una zona de alto riesgo de inundación, con un riesgo de retorno de 100 años.

Las consecuencias jurídicas que se derivan del hecho de que la instalación proyectada esté incluida en esta ARPSI, son numerosas:

Por una parte, la normativa aplicable prohíbe claramente cualquier tipo de construcción.

Ello deriva, en primer lugar, del PGRI, que recoge, en su anejo 2, bajo el título *“limitaciones de uso en zonas inundables”* (página 19 y s.- aportada como parte del DOC. No 4):

“b) en las zonas inundables no se permitirá la edificación o la instalación de nuevas construcciones, temporales o permanentes. Excepcionalmente y por razones justificadas de interés público, se podrán autorizar instalaciones temporales”.

Y se añade en el punto 6 (página 20 del anejo 2) que *“las zonas inundables son compatibles con usos que no reduzcan la capacidad de evacuación de las avenidas o que no incrementen los riesgos de inundación. Con carácter general, en las zonas inundables estarán permitidos los usos agrícolas, forestales y ambientales que sean compatibles con la función de evacuación de caudales extraordinarios. Quedarán prohibidos las instalaciones y edificaciones provisionales o definitivas y el depósito y/o almacenamiento de productos, objetos, sustancias o materiales diversos que pueden afectar el drenaje de caudales de avenidas extraordinarias o al estado ecológico de las masas de agua o puedan producir alteraciones perjudiciales del entorno afecto al cauce”*.

Por otra parte, el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía POTA recoge, en su capítulo III (Estrategias de Desarrollo Territorial), como criterio 105 (igualmente reflejado en el anejo 2 del PGRI, página 13):

“3. Los planes de ordenación del territorio subregionales y los planes urbanísticos municipales, a partir del deslinde a que hace referencia el apartado anterior y a la escala





que le es propia, delimitarán las zonas inundables y ordenarán los usos ateniéndose a los siguientes criterios:

a) En las zonas con riesgo de inundación para un periodo de retorno de 50 años o calado superior a 0,5 metros se garantizará la ausencia de cualquier instalación o edificación, temporal o permanente. Excepcionalmente y por razones de interés público podrán instalarse edificaciones temporales.

b) En las zonas con riesgo de inundación para un periodo de retorno de 50 a 100 años, se garantizará la ausencia de cualquier instalación de industria pesada y de industria contaminante según la legislación vigente, o con riesgo inherente de accidentes graves, así como de instalaciones destinadas a servicios públicos esenciales o que conlleven un alto nivel de riesgo en situación de avenida.

c) En las zonas sometidas a riesgo de inundación para periodos de retorno de 100 a 500 años, se garantizará la ausencia de industrias contaminantes, según la legislación vigente, con riesgo inherente de accidentes graves, así como las instalaciones destinadas a servicios públicos esenciales o que conlleven un alto nivel de riesgo en situación de avenida.

4. Hasta tanto se efectúe la delimitación de las zonas inundables por la administración territorial y urbanística, las administraciones competentes para la autorización de instalaciones, obras y edificaciones aplicarán cautelarmente los criterios establecidos en el apartado anterior en cuanto a la compatibilidad de usos.”

Es decir, el hecho de que la Estación de servicio cuyo Plan Especial se ha aprobado esté en zona inundable con un periodo de retorno de 100 años, implica una clara restricción a las construcciones. No caben industrias contaminantes o actividades con riesgos inherentes de accidentes graves. Entre este tipo de actividades encontramos claramente los negocios de carburantes, que almacenan, distribuyen y manipulan productos altamente inflamables.

De especial trascendencia es el arriba citado punto 4. del criterio 105 del POTA, según el cual incluso mientras no se hayan establecido las zonas inundables por la administración territorial y urbanística, se aplicarán los criterios de prohibición de construcciones en zonas inundables de forma cautelar. Es, por tanto, totalmente incomprensible como el Ayuntamiento haya desatendido esta norma, aprobada en el año 2006, a sabiendas que la Estación de Servicio que nos ocupa se encuentra no solamente en zona inundable, sino incluso en una zona en la que el periodo de retorno de inundación es de 100 años.

La normativa para las zonas especialmente delicadas prevé incluso la retirada de construcciones, por lo que, incluso en protección del propio promotor de la Estación de Servicio, y por razones de seguridad jurídica, se debería haber denegada la aprobación del Plan Especial para un establecimiento de combustible en esta zona. Así, en el anejo 2 del PGRI, en la introducción, al referirse a las medidas que se llevarán a cabo, se dice:

“Medidas de ordenación territorial y urbanismo, que incluirán al menos: las limitaciones a los usos del suelo planteadas para las zonas inundables (...). Las medidas previstas para adaptar el planeamiento urbanístico vigente a los criterios planteados (...) incluida la posibilidad de retirar construcciones o instalaciones existentes que supongan un grave riesgo, para lo cual su expropiación tendrá la consideración de utilidad pública”.





Resulta acreditado, pues, como no solamente el PGRI, sino también el POTA prohíben claramente la construcción de una Estación de servicio en una zona inundable como es la que nos ocupa en este procedimiento.

Esta normativa obliga claramente a los Ayuntamientos en el ejercicio de sus competencias urbanísticas, e incluso de forma cautelar han de tener en cuenta todo lo expuesto en el POTA, conforme se ha expuesto con anterioridad.

Igualmente, con respecto al PGRI, aprobado por Consejo de Ministros en fechas más recientes (15/01/2016, con publicación del Real Decreto 21/2016 en el BOE de 22/01/2016), el mismo ha venido precedida por un largo proceso, por lo que no cabe en absoluto que por parte del Ayuntamiento se apruebe, en torno a la fecha de aprobación definitiva del PGRI, un Plan Especial para una Estación de Servicio que, después de la aprobación del PGRI ya no cabría definitivamente.

En cuanto a los antecedentes del PGRI, como se describe en la Memoria del mismo, se llevaron a cabo durante años reuniones de coordinación con las Administraciones competentes, tanto a nivel técnico como institucional. Fruto de ese trabajo coordinado, ya en noviembre de 2011 se redactó la Evaluación Preliminar de Riesgos de Inundación, aprobada por Orden de 23 de abril de 2012 por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Ahí se fijaron ya las Áreas de Riesgo Potencial Significativo de Inundación (las ARPSIs), entre las que se encuentran las zonas próximas al cauce del Guadalhorce.

Y finalmente, La Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, la misma fue traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de Evaluación y Gestión de Riesgos de inundación. Tanto en este Real Decreto como en la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía, se establecían ya previsiones para la coordinación con otros planes sectoriales; en concreto, la coordinación con instrumentos de ordenación territorial y urbanística, que de forma coordinada y compatible con el PGRI. En concreto, dice el artículo 15 del citado Real Decreto:

“Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, no podrán incluir determinaciones que no sean compatibles con el contenido de los planes de gestión del riesgo de inundación...”. Esta determinación se completa en el punto 5 de su anexo para el contenido de los Planes: “Medidas de ordenación territorial y urbanismo, que incluirán, al menos, las limitaciones a los usos del suelo planteadas para la zona inundable en sus diferentes escenarios de peligrosidad, (...) los criterios constructivos exigidos a las edificaciones situadas en zona inundable”.

Con todo lo expuesto, queda claro que el Ayuntamiento debería haber sido perfectamente conocedor de la normativa específica aplicable a esta zona. El PGRI otorga precisamente a los ayuntamientos -entre otras instancias-, competencias para su implantación “en el ámbito del municipio, pudiendo establecer además normas complementarias a las del gobierno sobre limitaciones en el uso de las zonas inundables para garantizar la seguridad de personas y bienes”.

Llama especialmente la atención que se apruebe un Plan especial, en el que no se hace alusión alguna a la circunstancia del riesgo de inundación que afecta al terreno sobre el que se proyecta la instalación.





Esta aprobación genera una clara situación de inseguridad jurídica, pues se aprueba una instalación a sabiendas de que más adelante habrán de ser denegadas las licencias, especialmente la preceptiva Calificación ambiental, por la prohibición total de construcción de Estaciones de Servicio en la zona en la que nos encontramos. Teniendo en cuenta esta situación, lo razonable hubiera sido que el Ayuntamiento suspendiera la aprobación de este Plan Especial, hasta que se determine con claridad la compatibilidad de esta instalación con la normativa referida a los riesgos de inundación.

TERCERO.- La defensa de la Administración opone:

- Merecen ser destacados los siguientes extremos del expediente administrativo:

La presentación del documento de Plan Especial y la solicitud para su tramitación se produce el 21 de febrero de 2008.

El 28 de julio de 2011 el Excmo. Ayuntamiento Pleno acuerda aprobar definitivamente el Plan Especial promovido por la entidad COMOLI para la instalación de una Estación de Servicio en la parcela sita en calle Esteban Salazar Chapela, no 18 esquina a calle Concepción Arenal, con sujeción a la documentación técnica visada con fecha 29 de julio de 2010 y Anexo al Plan Especial fechado en abril de 2011, todo ello de conformidad con los informes técnicos de 4 de agosto de 2010 y 7 de junio de 2011.

El citado Plan Especial tenía por objeto cumplir el mandato contenido en el artículo 12.3.10 de la Normativa de Usos, Ordenanza y Urbanización del PGOU-97, vigente en ese momento, que requería, para el establecimiento de una Estación de Servicio (E.S.), la tramitación y aprobación previa de un Plan Especial. Su finalidad era, por lo tanto, implantar una Estación de Servicio en una parcela de terreno de 1177,50 m² del Polígono Industrial Guadalhorce, clasificada como suelo urbano en el entonces vigente PGOU-97, con calificación Industrial (IND-2) del PA-G.9 (83) (en el PGOU-2011 con idéntica nomenclatura).

El acuerdo de aprobación definitiva fue notificado al interesado el día 26 de octubre de 2011, y permaneció sin publicar en el BOP al no haberse procedido al abono de la cantidad estipulada en su día en convenio urbanístico previo.

Posteriormente, con fechas 13 de marzo y 26 de junio de 2014, la mercantil COMOLI, S.L., presentó sendos escritos exponiendo que no había podido desarrollar el proyecto para la implantación de la Estación de Servicio por dificultades financieras y falta de financiación del proyecto, motivada por la difícil situación económica generalizada de los últimos años, que le habían imposibilitado acometer su construcción, manifestando además la citada promotora que en los alrededores del ámbito de su parcela, y tras las modificaciones del RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, el Ayuntamiento había aprobado Planes Especiales para la implantación, en parcelas calificadas también como industriales, de instalaciones de suministro de carburantes al por menor sin la exigencia de Convenio Urbanístico de reversión de plusvalías y que, su parcela, es la única en la que concurría la circunstancia de no haber sido edificada y tener firmado un convenio; por tal motivo, entiende, que no se ha generado la plusvalía que justificó la firma del Convenio y que, tal y como el Ayuntamiento viene interpretándolo actualmente, la calificación de su parcela se encuentra entre los supuestos para los que la GMU no requiere la firma de Convenio





Urbanístico; consecuentemente, solicita que se resuelva dicho Convenio para poder proceder a la publicación del Plan Especial.

A la vista de los informes jurídicos y del Servicio de Gestión Económica y Presupuestaria obrantes en Autos, la Junta de Gobierno Local, con fecha 27 de noviembre de 2015, acordó resolver el convenio urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Málaga y COMOLI, S.L.

Como consecuencia de lo anterior, y también previo el preceptivo informe-propuesta, con fecha 22 de diciembre de 2015 el Excmo. Ayuntamiento Pleno aprobó modificar el anterior acuerdo de aprobación definitiva de 28 de julio de 2011 del Plan Especial en cuestión, dejando sin efecto el apartado Tercero del mismo, por el cual se debía abonar al Ayuntamiento la cantidad de 291.049,85 € en concepto de la plusvalía generada, al haber quedado resuelto el convenio del que derivaba dicho pago.

- No se vulneran los principios de igualdad, trato no discriminatorio y legalidad.

El recurrente solicita la nulidad del presente Plan Especial argumentando en el Fundamento Jurídico Primero de su demanda un aspecto que no resulta de aplicación al presente Plan Especial, como es la exigencia que pretende imponer la recurrente de la firma de un Convenio urbanístico por el que reviertan a la comunidad las plusvalías generadas por permitir la instalación de la estación de suministro de carburantes en cuestión. Dicha exigencia no tiene ningún amparo legal, por lo que en ningún momento se han vulnerado los principios de igualdad, trato discriminatorio y legalidad, y ello en base a lo siguiente:

A.- En el presente caso se da la particularidad de que inicialmente se suscribió convenio a tales efectos con la mercantil COMOLI, S.L. con fecha 16 de abril de 2007, pero éste fue posteriormente resuelto por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 27 de noviembre de 2015, lo que conllevó la modificación del Plan Especial objeto del presente recurso por el ya citado acuerdo plenario de 22 de diciembre de 2015 que dejaba sin efecto la obligación de abonar la cuantía estipulada en el mismo en concepto de plusvalías.

Estos acuerdos se fundamentaron jurídicamente con detalle en el informe propuesta del Servicio Jurídico-Administrativo del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística de la GMU de 22 de julio de 2015 (folios 256 a 268), según el cual:

“3.-) Respecto de la cláusula de revisión de plusvalía prevista en el Convenio:

(...)

CONSIDERANDO respecto a las modificaciones legislativas que por la promotora se estima que afectan a la parcela en cuestión, en función de su calificación como industrial, lo siguiente:

1.-) El PGOU-2011, aprobado definitivamente de manera parcial por Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 21 de enero de 2011 (BOJA 31 de agosto de 2011), en su arto 6.3.4 regula del siguiente modo las Instalaciones de suministro de carburantes para automóviles:

“Se considera como un caso singular dentro del uso industrial y como tal será tratado.

Para autorizarse su instalación deberá tramitarse un Plan Especial, en el que se garantice la resolución de las condiciones de accesibilidad, protección, impacto ambiental, etc, y se establezcan además los parámetros reguladores de las





construcciones: separaciones, altura, etc., en relación a la zona en que se ubiquen. En ningún caso el índice de edificabilidad superará el de la zona en que se sitúe.

Al no ser un uso específicamente previsto en ninguna de las diferentes calificaciones de suelo, será discrecional, para el Ayuntamiento la apreciación de la conveniencia u oportunidad de su instalación, y por consiguiente de la tramitación del Plan Especial referido en el párrafo anterior. Por ello, la denegación del trámite del Plan Especial, no dará lugar a ningún tipo de indemnización.

Para las zonas calificadas como MC o CTP la instalación solamente podría tramitarse si se sitúa en una manzana exclusiva, o en el extremo de una manzana, siempre y cuando se resuelva convenientemente la medianería con las edificaciones colindantes.

En el suelo no urbanizable, este tipo de instalaciones, se entienden incluidas dentro de la "ejecución y mantenimiento de las infraestructuras y servicio y dotación y equipamientos públicos", por lo que podrán ser autorizadas por el Ayuntamiento de acuerdo a lo dispuesto en el arto' 52 de la LOUA previa la tramitación del Plan Especial de Actuación de Interés Público, según lo señalado en el artículo 14.1.13 y en la sección tercera del capítulo primero del título XIV del PGOU, en las siguientes zonas cuyo uso se considera admisible:

1. Suelos con pendientes mayores del 30% 2. Áreas de Sensibilidad paisajística

3. Suelo agrícola

Por tal supuesto, no regirán más condiciones de la edificación que la separación a linderos de la parcela, que se fija en 10 metros la altura máxima de la edificación fijada en 7 metros y en 10 metros para el resto, y la condición de que las edificaciones habrán de armonizar con el paisaje en que se sitúen. Se establece para este caso una parcela mínima de 5.000 m."

Como se infiere de la lectura del artículo anteriormente transcrito, el Plan General de 2011 no califica directamente nuevo suelo con destino al uso concreto de instalaciones de suministro de carburantes ni establece, con carácter general en su normativa, parámetros urbanísticos reguladores para dichas instalaciones sino que considera que éstos deben ser fijados, tras la consideración de la conveniencia y oportunidad de establecimiento de una instalación concreta, mediante la elaboración y aprobación de un Plan Especial sobre un emplazamiento dado.

2.-) El PGOU-97 contenía idéntica regulación en su artículo 12.3.10 -excepcionando las previsiones para el suelo no urbanizable- y, de conformidad con lo dispuesto en el mismo, el Ayuntamiento ha ido suscribiendo, a lo largo de los años de su vigencia, diversos Convenios con los particulares, en los que, apreciada la necesidad y oportunidad de una instalación, quedaban fijadas las plusvalías que se generaban por la implantación del uso y se tramitaba dicho Convenio; todo ello, con carácter previo o paralelo a la tramitación del Plan Especial en el que ya se fijaban las condiciones técnicas de accesibilidad, protección, impacto, etc y parámetros para la instalación concreta que posibilitaban el posterior otorgamiento de la correspondiente licencia de obras.

3.-) El citado artículo 6.3.4 del vigente PGOU-11 debe ... ponerse en conexión con las normas estatales contenidas en el RD-Ley 6/2000, de 23 de junio (de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios) y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, siendo objeto, el primero de ellos,





de varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y ambas normas, de modificaciones e innovaciones por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, (también modificada la Ley 34/1998 por la Ley 8/2015 pero sin incidencia en el tema que tratamos); concluyéndose lo siguiente:

1º-Como ya se ha indicado anteriormente, para posibilitar la implantación de las referidas instalaciones conforme al PGOU 97 era necesario, en todos los casos, que la persona interesada en su construcción redactase un Plan Especial, a fin de atribuir a la parcela en cuestión el correspondiente uso singular preciso para poder desarrollar la actividad de almacenamiento y distribución de carburantes de vehículos al por menor y, en su caso, otros usos compatibles, posibilitando que su promotor materializase los aprovechamientos urbanísticos correspondientes tras la obtención de la licencia que autorizase su constitución. La causa de dicha exigencia se halla, en que, si bien el PGOU consideraba dichas instalaciones como un caso singular dentro del uso industrial, no les atribuía específicamente ninguna calificación urbanística pormenorizada concreta, optando, en su lugar, por atribuir a cada Plan Especial dicha función calificadora para cada parcela, posibilitando, en cada caso concreto, que el Ayuntamiento, discrecionalmente, aprecie la conveniencia y oportunidad, para el interés de la ciudad, de su implantación, en función de su localización, atendiendo, entre otros aspectos, a las condiciones de accesibilidad, protección o impacto ambiental mediante la exigencia de los parámetros que garanticen el cumplimiento de dichas condiciones.

Previamente a la ultimación de dicho Plan, el promotor había de contribuir -en concepto de participación de la ciudad en las plusvalías resultantes de dicha atribución- mediante el abono de la cuantía que determinase, tras su pertinente valoración económica, el Servicio de Valoraciones de esta Gerencia, y la aprobación del convenio que se suscribiese a tal fin.

2º-Tras la entrada en vigor del RD-Ley 6/2000, de 23 de Junio (de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios), se planteó en el expediente de referencia PP 84/01, si esta Administración podía exigir la formalización de convenio para la reversión del plusvalías en el caso de que se quisiera instalar una estación de suministro de carburante en una gran superficie comercial ya existente, concluyéndose en el informe de la Asesoría jurídica de esta Gerencia de 2 de abril de 2003 que no era posible ya que la decisión de implantar dicha instalación en una gran superficie comercial ya no era discrecional de esta Administración.

3º-Según dictamen jurídico de este Departamento de fecha 5 de junio de 2013 obrante en los expedientes de referencia PP 1041/13 y 1042/13 y aprobado por sendas Resolución del Gerente de 2 y 12 de septiembre de 2012, respectivamente: tras las reformas legislativas antes indicadas, en los supuestos contemplados en el artículo 3 y la Disposición transitoria primera del citado RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, se considera que la conveniencia y oportunidad de implantar la instalación quedó establecida mediante dicha norma, y no ha de quedar fijada discrecionalmente por el municipio por la vía del Convenio con los particulares. A mayor abundamiento se indicó que la citada reforma se



complementa disponiendo que el órgano municipal no podrá denegar la instalación de estaciones de servicio o de unidades de suministro de carburantes a vehículos en los establecimientos y zonas anteriormente señalados por la mera ausencia de suelo cualificado específicamente para ello; y que el art. 43.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos incide sobre la innecesariedad de suelo expresamente calificado por el planeamiento territorial o municipal con aptitud para autorizar la implantación de una estación de servicio, calificando la actividad económica de instalación de suministro al por menor como compatible con los usos del suelo para las actividades de todos los tipos enunciados en el apartado 1o del art. 3 del RD-Ley 6/2000, haciéndose extensiva dicha compatibilidad a los usos que el planeamiento considere aptos para la instalación de actividades con niveles similares de peligrosidad, residuos o impacto ambiental, cuyo régimen es objeto, además, de la correspondiente normativa sectorial.

4º- A la vista de estos antecedentes, los supuestos contemplados en la redacción vigente del artículo 3 y de la Disposición Transitoria Primera del citado RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, respecto de los cuales este Ayuntamiento ha ratificado la obligatoriedad de tramitar un Plan Especial pero, no así, la de suscribir un Convenio de reversión de plusvalías serían:

- a) Instalación de estaciones de servicio o de unidades de suministro de carburantes en Zonas o polígonos industriales.
- b) Instalación de estaciones de servicio o de unidades de suministro de carburantes incorporadas en el mismo proyecto de construcción de un establecimiento comercial individual o agrupado, centro comercial o parque comercial o como equipamiento a los ya construidos.
- c) Instalación de estaciones de servicio o de unidades de suministro de carburantes en establecimiento de inspección técnica de vehículos o como equipamiento a los ya construidos.

Al margen de estos supuestos, sí continúa exigiéndose tanto el Plan Especial como el Convenio en cuestión.

5º- Con este cambio de la práctica administrativa, tras la entrada en vigor del RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, se han tramitado o están en tramitación una serie de Planes Especiales a cuyos propietarios ya no se les ha exigido la formalización de Convenio de plusvalías por encontrarse en alguno de los tres supuestos antes referidos”.

Con mayor detalle aún se recoge la presente cuestión en el extenso informe del Servicio Jurídico Administrativo del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística de 27 de diciembre de 2016, que aportaremos como DOCUMENTO N. 1, elaborado a efectos de contestación a la presente demanda, y al cual nos remitimos en su integridad, transcribiéndole aquí parcialmente:

“El criterio municipal que este Ayuntamiento sostiene para fundamentar los supuestos en los que no considera que haya de acudir a la acción concertada con los particulares a través del convenio urbanístico, viene sustentado en las razones que, de forma minuciosa, exponían los informes jurídicos de fechas 22 de julio y 5 de noviembre de 2015 anteriormente señalados, acudiendo para ello a la interpretación sistemática de diversos





preceptos contenidos en las normas que cita, y que obedece a las siguientes consideraciones.

Por lo que respecta a la configuración del Plan Especial impugnado, hay que señalar que la regulación que el arto 6.3.4 del PGOU-11 lleva a cabo de las Instalaciones de suministro de carburantes para automóviles, viene encabezada con una referencia a la naturaleza que el Plan General atribuye al uso que mediante dichas instalaciones se ejerce, y al Plan Especial que, en todo caso, requiere este Ayuntamiento para su implantación,

(...)

Del contenido de dicha regulación pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Mediante la ordenación urbanística detallada que el propio PGOU-11 establece para los suelos que clasifica y califica directamente, les atribuye un uso pormenorizado e intensidades del mismo, y sus correspondientes ordenanzas de edificación con tipologías edificatorias, parámetros constructivos, etc, que legitimen directamente la actuación de transformación urbanística, efectuando una concreta vinculación de los mismos a usos del suelo que, conforme a los arts. 3 de la LOUA y 1.1.4 del PGOU-11, delimita el contenido del derecho de propiedad del suelo, los usos y formas de aprovechamiento.

A diferencia de dicha técnica de ordenación, para la implantación del uso correspondiente a la actividad de suministro de carburantes prevista en el citado art. 6.3.4, el PGOU-11 (y antes en su precedente art. 12.3.10 del PGOU de 1997), se establece que “ Al no ser un uso específicamente previsto en ninguna de las diferentes calificaciones de suelo, será discrecional para el Ayuntamiento la apreciación de la conveniencia u oportunidad de su instalación”, optando aquél por la técnica de remitir al Plan Especial la función calificadora que el PGOU- 11 no ha llevado a cabo para dicho uso, pero que le posibilita en su art. 2.3.9.5.

De esta manera, será el citado Plan Especial el instrumento de ordenación que, por propia decisión del PGOU, vincule en cada caso el destino concreto de un emplazamiento determinado de la ciudad a la mencionada actividad de distribución, atribuyéndole la calificación que haga compatible su ejercicio, como premisa de las restantes determinaciones de ordenación que dicho instrumento también ha de contener para resolver los restantes objetivos señalados por el PGOU en dicho artículo (condiciones de accesibilidad, protección, impacto ambiental, etc., y establecimiento, además, de los parámetros reguladores de las construcciones, altura, etc. en relación a la zona en que se ubiquen, y sujeción a las limitaciones específicas para el suelo no urbanizable).

En consecuencia con lo anterior, desde el propio PGOU se ha optado por no prever ni delimitar, vía calificación urbanística, áreas, zonas, espacios territoriales, ni ámbitos concretos y predeterminados hacia los que reconducir dicho uso ni el emplazamiento de las citadas instalaciones, sino que, en su lugar, el PGOU encomienda a la figura de dicho Plan Especial, como uno de sus objetivos, que, en aras de la satisfacción de los intereses municipales que resulten más idóneos en cada momento para evitar problemas como el desabastecimiento o la saturación de dichas instalaciones en enclaves concretos de la ciudad, lleve a cabo la tarea de localización de los espacios que considere más adecuados a tales fines, estableciendo él mismo la compatibilidad de dicho uso para una concreta zona, emplazamiento o, en definitiva, con un espacio territorial determinado.





Con dicha función, el citado Plan Especial complementa al PGOU como medio para vincular el uso del suelo para garantizar la disponibilidad de suelo para dicho uso urbanístico, y contribuir a la adecuada dotación y equipamiento urbanos, así como para la implantación de actividades económicas conforme al interés general de la ocupación y los usos del suelo mediante la técnica de calificación urbanística a que se refieren los arts. 3 de la LOUA y 1.1.4.1.5 del PGOU-11.

O, como más recientemente expresa el art. 3.2.e) y g) del TRLS, al referirse a las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo, contribuyendo a garantizar el acceso universal de los ciudadanos a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos, transportes y servicios y favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente.

- La citada técnica regulatoria, mediante la que el PGOU remite a la figura de un Plan Especial la ordenación pormenorizada de las instalaciones objeto del presente informe, no es novedosa en el planeamiento urbanístico general municipal, puesto que también se contenía en el art. 12.3.10 del precedente PGOU de 1997, -aplicado en el primero de los acuerdos impugnados- en los mismos términos que los ya señalados para el art. 6.3.4 del PGOU-11 salvo para el suelo no urbanizable, y la legalidad de aquel precepto del PGOU-97 fue avalada por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia 718/2004, de 31 de mayo, dictada en el RCA (RJCA\2004\516).

En dicha Sentencia, era la Asociación Provincial de Estaciones de Servicio de Málaga la que impugnaba el citado art. 12.3.10 junto al art. 12.9.1, ambos, del PGOU de 1997, solicitando de la Sala que declarase la consideración de las estaciones de servicio como un uso comercial o industrial, en el que la actora estimaba que su instalación debía ser reglada, y su autorización obligatoria para la Administración, y sólo discrecional en suelo no urbanizable o en urbanizable o urbano que no tenga asignado uso industrial, de la que transcribimos lo siguiente: (...)

Con los matices y en el contexto descrito en la referida Sentencia, parece que la postura mantenida por dicha Asociación se encontraba más cercana, en aquel momento, al vigente criterio municipal cuestionado por ella misma y por Agavecar en la alegaciones presentadas durante la tramitación de alguno de los Planes Especiales referidos al principio del presente informe, que Agavecar también ha impugnado.

- El Plan Especial impugnado respondería a la tipología de Planes Especiales recogidos en el apartado 3.1.f) del art. 2.3.9 del PGOU-11, previstos como desarrollo del mismo por señalar éste expresamente sus objetivos (en el caso de la implantación de las actividades de distribución minorista de carburantes de vehículos los objetivos señalados en el citado art. 6.3.4 del PGOU-11), precepto, aquél, en el que, salvo los Planes Especiales de protección y los ejecutivos para la implantación de los Sistemas Generales (art. 2.3.9.5 del PGOU-11), encuentra acomodo la citada función calificadora a la que el art. 1.1.4.5 del PGOU vincula la generación de las plusvalías de las que ha de participar la comunidad, fijadas previamente en los convenios tramitados a tal fin.

Con esta finalidad derivada del citado art. 6.3.4 del PGOU-11, dichos Planes Especiales, cumplen el cometido de desarrollo y complemento el PGOU que el art. 14.2.a) y 14.3 de





la LOUA asigna a los Planes Especiales cuyo objeto sea el establecimiento, desarrollo y definición y ejecución de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos.

- Habida cuenta de la función calificadora y fines asignados a los Planes Especiales a los que nos hemos referido, este Ayuntamiento venía entendiendo que hasta la promulgación de las normas estatales señaladas en los referidos informes jurídicos municipales de 22 de julio y 5 de noviembre de 2015, era conveniente acudir al convenio urbanístico de planeamiento como instrumento complementario a los citados Planes Especiales, pero como acto con sustantividad y tramitación propia e independiente de los mismos, en el que esta Administración, que abría la participación ciudadana y su conocimiento general con un trámite de información pública previa e independiente al del Plan Especial, adoptaba, también de forma independiente a la este último, la decisión final más acorde al interés general, de manera que, conforme al art. 30.2 de la LOUA, el convenio sólo tenía el efecto de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento sobre la base del acuerdo respecto a la oportunidad, conveniencia y posibilidad de concretas soluciones de ordenación.

Las aportaciones económicas que habían de realizarse en virtud del convenio (a las que se refiere Agavecar con reseñas concretas de anuncios en el BOP de convenios anteriores a los cambios legislativos estatales reseñados) responden a la previa cuantificación de la valoración económica municipal de la plusvalía generada por el cambio del uso urbanístico del citado emplazamiento, con reversión al municipio de parte de ellas una vez abonadas, como se expresa en el texto de los convenios que, con dicho fin, se han suscrito con este Ayuntamiento, y no a la pretendida naturaleza tributaria del ingreso con las que la califica Agavecar al referirse a ellas con términos propios del Derecho Tributario inaplicables a dichas aportaciones, tales como contribuciones especiales o canon, por cuya razón el 30.2 de la LOUA dispone que se integran en el Patrimonio municipal con destino a los concretos fines que, para dichos ingresos, señala el art. 75.2 de la LOUA, cualquiera que sea el concepto al que obedezcan, salvo que tengan por objeto asumir gastos de urbanización.

En definitiva, el convenio que ha venido suscribiendo este Ayuntamiento en los casos señalados por Agavecar reviste un carácter preparatorio encaminado a la formación del Plan Especial previsto en el art. 6.3.4 del PGOU-11, y antes en su precedente art. 12.3.10 del PGOU-97, como medio para lograr una propuesta de ordenación urbanística eficaz, y, como señala la STS de 13 de junio de 2011 (RJ 2011, 5262) para conseguir objetivos concretos y la ejecución de forma efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general a los que responde su suscripción.

Si bien, en la decisión municipal que se adoptase sobre el Plan Especial habían de ponderarse, entre otros extremos, las circunstancias, justificaciones y compromisos contraídos en el convenio aprobado y en vigor, lo acordado en el mismo sólo tiene el efecto señalado el art. 30.2 de la LOUA, de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento de planeamiento sobre la base del acuerdo respecto de la oportunidad, conveniencia y posibilidad de concretas soluciones de ordenación, y en ningún caso vincularán a las Administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades.



En consonancia con lo anterior el art. 6.3.4 del PGOU-11 dispone que la denegación del Plan Especial no dará lugar a ningún tipo de indemnización, lo cual, por otra parte, obedece a la discrecionalidad inherente a la potestad de planeamiento consagrada en el art. 2.3.3.4 del PGOU-11, que establece:

“En aquellos supuestos en que el planeamiento de desarrollo no sea redactado a iniciativa municipal, el Ayuntamiento, además del necesario control de legalidad, habrá de ejercer un control de oportunidad con relación a las determinaciones y criterios adoptados por el redactor. A tales efectos, y con la finalidad de cumplimentar y desarrollar los objetivos y directrices de ordenación que se establecen en el presente Plan, podrá adoptar justificadamente aquellos criterios de oportunidad sobre la ordenación pormenorizada que mejor satisfagan el interés general.”

Y dicha discrecionalidad en la potestad de aprobación del planeamiento, tiene, además, reconocimiento a nivel jurisprudencial, que la califica como esencial y profundamente discrecional (TS 21-9-93; TSJ Navarra 17-1-00, RJCA 37), lo que supone que la Administración goza de discrecionalidad para determinar la forma en que ha de quedar ordenado el territorio y cuales sean los destinos de los inmuebles.

Sólo de resultar aprobado y publicado el Plan Especial tramitado, y una vez en vigor, se generarían las plusvalías por el cambio de uso de la parcela, y el titular de los terrenos objeto de su ámbito podrá materializar a posteriori, tras la obtención de la preceptiva licencia de obras, los aprovechamientos urbanísticos correspondientes a dicha calificación, de los que el titular del suelo carecía antes de la vigencia del citado Plan Especial.

Tal ha sido la práctica de este Ayuntamiento hasta la aparición de las normas estatales mencionadas.

A los debidos efectos motivadores de dicho criterio municipal, los informes jurídicos mencionados citan, incluso, referencias numéricas, informes jurídicos y resoluciones de los primeros procedimientos en los que este Ayuntamiento aplicó dicho criterio jurídico, respondiendo tal forma de proceder a la exigencia motivadora que, tanto la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común, bajo la que se tramitó el presente expediente administrativo, como la vigente Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (arts. 54.1.c) y 35.1.c), respectivamente) requieren para los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, que abiertamente se reconocía en dicho informe jurídico al señalar:

“5º- Con este cambio de la práctica administrativa, tras la entrada en vigor del RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, se han tramitado o están en tramitación una serie de Planes Especiales a cuyos propietarios ya no se les ha exigido la formalización de Convenio de plusvalías por encontrarse en alguno de los tres supuestos antes referidos.”

- Abordada ya la cuestión del convenio urbanístico, resta señalar que las anteriores consideraciones deben completarse con lo previsto en el art. 2.3.9.4 del PGOU-11, conforme al cual los Planes Especiales deben contener, según su especificidad sectorial o ámbito que traten, las determinaciones y particularidades apropiadas a su finalidad y las demás limitaciones que le impusiera, en su caso, el Plan o norma de las cuales sean





derivados, sin perjuicio de las demás que les corresponda por su naturaleza, según la Ley y los Reglamentos.

En consecuencia con lo anterior y en atención a la naturaleza de las Instalaciones de suministro de carburantes para automóviles, entre tales particularidades, determinaciones y limitaciones se encuentran las previstas en la legislación del sector energético sobre hidrocarburos contenidas en el art. 3 del RD-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, y en el art. 43.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que han fundamentado los acuerdos municipales de resolución del convenio y de modificación del acuerdo de aprobación definitiva del Plan Especial impugnado.

A dicha especificidad sectorial se refiere la STS de 8 de octubre de 2010 (Recurso de Casación 7422/2006), al admitir la posibilidad de que la legislación estatal condicione la ordenación urbanística incidiendo en el emplazamiento de determinadas actividades e instalaciones, en base a sus títulos competenciales que se proyectan sobre el mismo territorio que las competencias urbanísticas, señalando:

“... si hacemos una aproximación que atiende a la naturaleza de los títulos controvertidos, entre el urbanismo y el régimen energético, esta operación jurídica nos indica que el título relativo al régimen energético (149.1.25 CE), singularmente respecto de la energía nuclear, resulta ser un título específico que, por ello, ha de incidir y condicionar al más genérico del urbanismo. Estamos notoriamente, por tanto, ante un título de contenido muy concreto y singular. A este principio de especificidad se viene refiriendo habitualmente el Tribunal Constitucional, por todas, SSTC 32/1983 (RTC 1983, 32), 15/1989, 153/1989, 170/1989 y 102/1995 (RTC 1995, 102)...”.

No debe pasarse por alto el hecho de que el mismo título competencial estatal sobre régimen energético (149.1.25 CE) que invoca dicha Sentencia, junto con el que, también con carácter exclusivo, ostenta el Estado sobre las bases de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), son los que llevaron al Tribunal Constitucional en su Sentencia 170/2012 (que Agavecar cita -pág. 23 de su demanda- en apoyo de su interpretación sobre el particular) a confirmar la legalidad de las previsiones contenidas en el ya citado RD- Ley 6/2000, permitiendo la incorporación de instalaciones de suministro de carburantes en los emplazamientos y zonas que contempla sin una previa cualificación de los mismos acorde a la naturaleza de dicho uso.

Tales emplazamientos resultaron ampliados con posterioridad por el art. 40 del RD-Ley 4/2013 (en base a su DF 1a), que también modificaba en dicho sentido el art. 43.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, a los supuestos delimitados por este Ayuntamiento.

La citada STC 170/2012 lleva a cabo, en sus FFJJ 8, 9 y 10, una interpretación sistemática de las competencias estatales horizontales y urbanísticas autonómicas, depurando los contornos conforme a los que considera que las normas sectoriales estatales sobre hidrocarburos se ajustan al sistema constitucional de distribución de competencias por constituir un complemento necesario para facilitar la venta de productos petrolíferos al público, a cuyo fin se orientan, en tanto que - afirma el TC- que se trata de una medida que afecta al subsistema de la distribución minorista del sector de los productos petrolíferos que ordena el subsector energético, de suma importancia para el desarrollo de la actividad económica general.



Y dicha interpretación sistemática de la citada legislación sectorial es la que fundamenta el modo en que este Ayuntamiento ejercita, en los términos de dicha legislación, las competencias de ordenación urbanística que le atribuye el art. 25.2.d) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, cuya inaplicabilidad sostiene y reclama Agavecar en el presente recurso y en todos los que ha interpuesto en los autos ya reseñados en el presente informe.

Dichos preceptos estatales establecen directamente la compatibilidad de la actividad económica propia de las instalaciones de suministro de carburantes de vehículos con los usos del suelo para establecimientos y actividades comerciales individuales o agrupadas, centros comerciales, parques comerciales, establecimientos de inspección técnica de vehículos y zonas o polígonos industriales sin precisar expresamente la cualificación de apto para dicha actividad, por lo que procede considerar que la implantación de dichas instalaciones en los emplazamientos y zonas señaladas, como la parcela industrial objeto del presente Plan Especial, no precisa que el Plan Especial requerido lleve a cabo la previa calificación urbanística que vincule los usos asignados a dichas ubicaciones con la citada actividad, puesto que las normas estatales señaladas hacen innecesaria, tanto dicha calificación como acudir al convenio al que la misma se ha venido ligando.

Ello se complementa con la previsión legal de que el otorgamiento de las licencias municipales requeridas para los mencionados establecimientos lleva implícita la autorización de dichas instalaciones, que no pueden ser denegada por la mera ausencia de suelo cualificado específicamente para ello.

-Por último, y de conformidad con lo todo lo expuesto con anterioridad, debe rechazarse la supuesta falta de discrecionalidad que Agavecar atribuye a este Ayuntamiento en el análisis y apreciación municipal del Plan Especial impugnado, ya que el art. 2.3.3.4 del PGOU-11 dispone:

“En aquellos supuestos en que el planeamiento de desarrollo no sea redactado a iniciativa municipal, el Ayuntamiento, además del necesario control de legalidad, habrá de ejercer un control de oportunidad con relación a las determinaciones y criterios adoptados por el redactor. A tales efectos, y con la finalidad de cumplimentar y desarrollar los objetivos y directrices de ordenación que se establecen en el presente Plan, podrá adoptar justificadamente aquellos criterios de oportunidad sobre la ordenación pormenorizada que mejor satisfagan el interés general.”

En consecuencia con lo anterior, en el análisis municipal de los Planes Especiales de instalaciones de suministro de carburantes de vehículos concurre un doble control en el ejercicio de la potestad municipal de planeamiento:

*De legalidad respecto a la constatación de la circunstancia legal que concurre en el Plan Especial objeto del presente informe, sobre la efectiva localización de su ámbito en alguno de los emplazamientos y zonas delimitados en los arts. 3 del RD-Ley 6/2000 y 43.2 de la Ley 34/1998 anteriormente señalados, en cuyo caso este Ayuntamiento no estima necesario acudir a la vía del convenio con los particulares sobre la conveniencia u oportunidad de materializar la implantación de las instalaciones en dichas ubicaciones, por resultar innecesaria en ellas la calificación urbanística que vincule la actividad de las mismas con los usos del suelo asignados por el PGOU a las citadas ubicaciones, sin





perjuicio de la eventual constatación de otras circunstancias legales que, en función de su especificidad sectorial, pudieran quedar, también, sujetas a dicho control, y

*De oportunidad, sobre la apreciación justificada respecto a la efectiva resolución de las condiciones y el establecimiento de los parámetros de ordenación pormenorizada señalados en el art. 6.3.4 del PGOU-11 (y antes su precedente art. 12.3.10 del PGOU-97) que mejor satisfagan el interés general, que tiene lugar cualquiera que sea el ámbito y emplazamiento de dichos Planes Especiales”.

- Subsidiariamente, añadir que en esta misma línea de no entender vulnerados los principios de igualdad, trato discriminatorio y legalidad, aunque alcanzando dicha conclusión por una vía distinta a la planteada en el apartado anterior por este Ayuntamiento, ya se ha pronunciado recientemente esta Sala del TSJA con sede en Málaga en recursos interpuestos por la propia AGAVECAR contra la aprobación de otros Planes Especiales igualmente referidos a instalaciones de suministro de carburantes. En concreto en sus Sentencias n. 1967/2016 y 2053/2016, de 17 y 31 de octubre respectivamente. En la primera de ellas (P.O. 475/2015), que es reproducida posteriormente en la segunda (P.O. 613/2015), se desestima pretensión idéntica a la actual en su Fundamento Jurídico Sexto en base al siguiente razonamiento, plenamente aplicable al supuesto de Autos: (...).

- No procede 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).

Antes de proceder a analizar este motivo de nulidad postulado por la recurrente, hemos de destacar que estamos ante una cuestión de futuro, que necesita un desarrollo pormenorizado por fases, de trabajo coordinado entre varias Administraciones y que actualmente no existe la prohibición que percibe el recurrente ni en el Plan de Gestión de Riesgo de Inundación (en adelante PGRI) ni en el POTA. Es muy ilustrativa la última frase del Fundamento Jurídico Segundo que dedica a esta cuestión, y en la que se evidencia las dudas que la recurrente tiene sobre la aplicación inmediata de la normativa del PGRI al Plan Especial que impugna:

“Teniendo en cuenta esta situación, lo razonable hubiera sido que el Ayuntamiento suspendiera la aprobación de este Plan Especial, hasta que se determine con claridad la compatibilidad de esta instalación con la normativa referida a los riesgos de inundación”.

Y es que como hemos dicho, estamos hablando de una cuestión cuyo desarrollo está programado en distintas fases y a largo plazo, siendo necesario, entre otras cuestiones, la previa adaptación del planeamiento urbanístico vigente a los criterios planteados en el Plan de gestión del riesgo de inundación. En absoluto, es una cuestión tan simple, ni por supuesto, tan automática.

Dicho esto, lo primero que debemos señalar, vistas las alegaciones efectuados de contrario respecto a que el ámbito del Plan Especial impugnado se sitúa en las cercanías del Arroyo de las Cañas así como de un canal que trascorre por el Norte del polígono en el que se ubica, llamando la atención que se haya aprobado el Plan Especial sin “alusión alguna a la circunstancia del riesgo de inundación”, que entiende la parte actora que se encuentra afectado por el Área de Riesgo ARPSI Guadalhorce ARPS_0048 del Plan de Gestión del Riesgo de Inundación de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, lo que a su





criterio impediría la autorización de la instalación aprobada, es que se ha emitido informe técnico por el Servicio de Urbanización e Infraestructuras del Departamento de Planeamiento con fecha 22 de diciembre de 2016 (fecha de su firma, a pesar de que aparezca en principio con fecha 20 de diciembre de 2016), en el que se señala que “de acuerdo con el plano I.5.2.2. Planta de Afecciones Propuesta de “Hidrología superficial y costas. Dominio público y zonas inundables. Línea marítimo terrestre” del PGOU-11, la parcela no se encuentra en zona de policía de los arroyos circundantes, ni del canal (Acequia de los Labradores) que se menciona en la demanda”, grafiando dicho informe la parcela fuera del ámbito de dichas afecciones. Se acompaña dicho informe a la presente contestación como DOCUMENTO N. 2.

Por otra parte, en el ya citado informe del Servicio Jurídico Administrativo del Departamento de Planeamiento y Gestión Urbanística de 27 de diciembre de 2016, que adjuntamos como DOCUMENTO N. 1, se hace un estudio exhaustivo de la cuestión, al cual nos remitimos, sin transcribirlo íntegramente por razones de economía procesal. No obstante, del mismo podemos destacar los siguientes argumentos:

1.- En primer lugar, el citado PGRI no sería de aplicación al Plan Especial impugnado dado que éste es de fecha anterior a la entrada en vigor del PGRI, o como se dice en el citado informe, “por razones cronológicas”.

De la cronología de actuaciones que constan en el procedimiento en el que se ha tramitado el Plan Especial impugnado se desprende que se inicia mediante instancia de la mercantil promotora de fecha 21 de febrero de 2008, solicitando se iniciase la tramitación para la aprobación del citado Plan Especial, que obtuvo aprobación definitiva el 28 de julio de 2011 y una modificación de la misma mediante acuerdo de fecha 22 de diciembre de 2015, acuerdo que puso fin al citado procedimiento con los efectos que, conforme señala el apartado 1o del art. 34 de la LOUA, se determinan en este precepto.

Y el citado PGRI de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, y sus determinaciones despliegan su eficacia desde el día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto 21/2016 de 15 de enero que lo aprobó, publicación que tuvo lugar el 22 de enero de 2016. Y es que según su Disposición final segunda “Los Planes de gestión de riesgos que se aprueban serán eficaces desde el día siguiente al de la publicación del presente real decreto en el «Boletín Oficial del Estado».

Ello determina como fecha inicial de su eficacia el día 23 de enero de 2016, sin que, por un lado, se hayan previsto expresamente situaciones ni soluciones jurídicas de derecho transitorio -totales o relativas a aspectos concretos de la nueva normativa- respecto de procedimientos iniciados y resueltos con anterioridad a dicha fecha que hayan de surtir efectos a posteriori -como el Plan Especial ahora impugnado-, o no resueltos a dicha fecha -habiendo o no incurrido en silencio administrativo-, o resueltos pero no publicados con posterioridad a dicha fecha -caso, también, del presente Plan Especial-.

En el Informe citado, al que me remito (pags. 15 y 16), se analiza más extensamente este aspecto, debiendo destacarse

2.- El hecho de que la zona en cuestión, Polígono Industrial Guadalhorce, esté incluido en una de las Áreas de riesgo potencial significativo de inundación no tiene, actualmente, las consecuencias de prohibición de licencia o instalación que afectaría a este plan Especial, y el hecho es que actualmente se está tramitando la misma ante el correspondiente





Departamento de la GMU. Además, sería una cuestión posterior al objeto del presente recurso y que afectaría, en todo caso, a la empresa promotora y al Ayuntamiento de Málaga. En el momento presente, lo que se impugna es el Plan Especial, el cual está redactado cumpliendo con la normativa actual y con el PGOU de 2011 y 1997, sin ninguna limitación al respecto en esta zona.

El informe que adjuntamos expone de forma muy clara la posición y alcance del citado PGRI en el marco jurídico considerado para aprobar el Plan Especial impugnado y su incidencia futura en el planeamiento municipal:

“Cuestión distinta sería la atinente a la incidencia a futuro en el planeamiento municipal aprobado con anterioridad a la publicación y eficacia del PGRI, del programa de medidas que, con carácter imperativo, ha de contener éste para adaptar el planeamiento urbanístico vigente a los criterios planteados en el mismo, y del calendario establecido en el mismo para su efectiva implantación, según se señala a continuación.

A la vulneración del citado PGRI (integrado por una Memoria y 4 Anejos) que alega la parte actora hay que oponer que se invoca el contenido parcial de algunos preceptos de su Memoria y de su Anejo no 2 “Descripción del Programa de Medidas”, sin tener en cuenta el contenido de otras determinaciones del PGRI.

Así, el citado PGRI prevé como medida estructural específica en el ARPSI Guadalhorce mencionada (Código Subtramo ES0060_ARPS_0048, pág 49 del Anejo I), la adecuación del curso bajo del río Guadalhorce, la sustitución del puente sobre la antigua N-340 y la ampliación de la capacidad del encauzamiento por la Administración del Estado sin fecha prevista (pág. 109 de la Memoria).

Hay que señalar que, tanto la citada Memoria como el Anejo nº 2, que califican como contenido esencial del PGRI al citado programa de medidas, lo definen como conjunto de actuaciones a llevar a cabo por la Administración competente en cada caso (págs. 84 de la Memoria y 5 del Anejo no 2), teniendo distintos ámbitos territoriales, en algunos casos concurrentes, sin que eso se corresponda con una única Administración competente, diferenciándose cada una de dichas medidas en actuaciones específicas de ámbito nacional, andaluz, de la Demarcación Hidrográfica y del Área de Riesgo Potencial Significativo (págs. 88 a 97 Memoria), estableciendo prioridades y plazos para la ejecución de dichas medidas, fuentes de financiación y definición de indicadores de seguimiento hasta 2021 (págs. 97 a 124 de la Memoria).

Las principales actuaciones específicas a llevar a cabo en cuanto a la medida de ordenación del territorio “mediante el control de los usos y el establecimiento de criterios para el desarrollo de las distintas actividades en la zonas potencialmente inundables”, los Organismos responsables de su implantación, los costes de la medida, los aspectos claves en el calendario de su implantación (6 años), las limitaciones de uso y la descripción del grado de avance se contienen en las págs. 16 a 22 del Anejo no 2.

Las principales actuaciones a desarrollar, descritas sintéticamente en las págs. 19 del Anejo no 2 y 106 de la Memoria, y cuya fecha prevista de finalización es diciembre de 2021, son, entre otras, la adopción de medidas para la coordinación de la normativa existente y mejora de la eficiencia en la emisión de los informes de Aguas del art. 42 de la Ley de Aguas de Andalucía, cuya responsable es la Administración Hidráulica Andaluza; la adaptación de la normativa autonómica a las determinaciones de los planes





hidrológicos de cuenca y planes de gestión del riesgo de inundación sobre limitaciones de uso en zona de flujo preferente y en zona de policía inundable y demás criterios establecidos para la reducción de daños sobre personas y bienes en las zonas inundables, cuya responsable es la Secretaría General de Ordenación del Territorio y Sostenibilidad Urbana de la Junta de Andalucía; la suscripción de protocolos y convenios de colaboración entre las Administraciones competentes para actuaciones de relocalización o retirada de actividades vulnerables en las zonas inundables que, como resultado de la revisión y actualización de los planes urbanísticos, se consideren necesarias para la reducción de los riesgos de inundación y protección del espacio fluvial, que corresponde a todas ellas, y la adaptación del planeamiento urbanístico a las determinaciones y criterios de los planes de gestión del riesgo de inundación, que corresponde a los Ayuntamientos.

El PGRI atribuye a la citada Secretaría General la responsabilidad de la adaptación de la normativa andaluza de ordenación del territorio y urbanismo a los riesgos de inundación en colaboración con la Administración Hidráulica Andaluza, y a esta última le atribuye la responsabilidad de la adopción de medidas para la coordinación de la normativa existente y mejora de la eficiencia de la emisión de los informes del art. 42 de la Ley de Aguas de Andalucía en colaboración con la citada Secretaría General y el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en un plazo de desarrollo de 6 años (medida de ordenación territorial y urbanismo con código 13.01.01 de la tabla de la pág. 106 de la Memoria del PGRI)".

Es decir, que como ya comentamos al inicio de este apartado, se trata de una cuestión de gran complejidad y a largo plazo que no puede simplificarse en el sentido que pretende el recurrente (PGRI igual a imposibilidad de licencia), máxime cuando el mismo PGRI (junto al Plan Hidrológico de las Cuencas Mediterráneas) ha sido impugnado por numerosos propietarios de parcelas del Polígono Guadalhorce, estando pendientes dichos recursos de sustanciarse ante el Tribunal Supremo, al cual han sido remitidos tras interponerse los mismos ante esa Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos.

3.- Por último, señalar que esta parte entiende que tampoco se vulnera el POTA, concretamente el criterio 105, como afirma la parte actora, ya que el vigente PGOU-11 contiene las determinaciones en materia de clasificación de suelos delimitados en su momento como inundables, así como sobre usos autorizables en los mismos y obras propuestas en materia de inundabilidad bajo el marco del Plan de Prevención de Avenidas e Inundaciones en Cauces Urbanos Andaluces aprobado por el Decreto 189/2002, de 2 de julio, instrumento normativo de prevención del riesgo de inundación vigente tanto durante la tramitación del PGOU-11 como a la fecha de su aprobación, cuya incorporación al PGOU fue exigida, en su momento, por la Agencia Andaluza del Agua, y a cuya delimitación responden los Planos I.5.2.1 Esquema general y I.5.2.2, Planta de afecciones propuesta, de la Hidrología superficial y costas. Dominio Público y Zonas inundables. Línea marítimo terrestre del vigente PGOU-11 mencionados en el informe técnico de fecha 22 de diciembre de 2016 aportado como DOCUMENTO N. 2, al cual nos volvemos a remitir.

CUARTO.- EL Plan Especial, cuyo contenido está regulado en el art. 15 Ley 7/2002, LOUA, tienen un alcance, contenido y finalidad limitadas, de modo que no puede





alcanzar a sustituir al planeamiento general en la función que le es propia, como acontece con la clasificación del suelo o la fijación de la estructura general, que constituyen determinaciones vedadas al plan especial, dato en el que redunda la jurisprudencia en sentencias del TS como la de 21 enero 2010. (Recurso de Casación 5951/2005).

Dentro de esta función de ordenación urbanística subordinada y limitada, el plan especial no puede ni adoptar determinaciones, ni valorar aspectos sustantivos propios de ámbitos sectoriales específicos cuya competencia viene atribuida a otros niveles de Administración. A este respecto recuerda la STS de 8 octubre 2010 (Recurso de Casación 4722/2006), que *"lo cierto es que el plan especial, en el extremo declarado nulo, prescindía de la competencia del Estado para decidir el emplazamiento de sus actividades energéticas nucleares, el contenido de las funciones a desarrollar en el centro, el término durante el que tendrán lugar las mismas en dichas instalaciones, y, en fin, la fijación de las normas de seguridad precisas"*.

El alcance del plan especial se ha de circunscribir por lo tanto a la valoración de la oportunidad de la instalación y su compatibilidad con el régimen urbanístico previsto en el plan general, así como con las previsiones de la legislación sectorial que por efecto del principio de especificidad deban incidir en el más genérico campo de la ordenación urbanística, en lo que se refiere fundamentalmente al emplazamiento de las actividades y condiciones de su ejercicio, cuando por motivos de seguridad, salubridad o ambientales, entre otros, así se exija, atendida la intensidad de la actividad a desarrollar, pero sin que esto se traduzca en la anticipación de un juicio técnico de carácter reglado sobre la autorización administrativa de las actividades productivas o comerciales, cuya valoración está sometida a la competencia de los órganos de la Administración sectorial.

Por otra parte, su relación con el Plan General responde tanto al principio de jerarquía como al de especialidad. Así dice la STS de 3 julio 2014, rec. 4801/2011, en su FD 3º:

"...Los planes especiales, a diferencia de los demás instrumentos de planeamiento, no ordenan el territorio desde una perspectiva integral y global, sino que su punto de vista es más limitado y singular porque atiende a un sector concreto y determinado, como sucede en este caso con el recinto ferial. Esta diferencia tiene su lógica consecuencia en las relaciones con el plan general, pues si su subordinación fuera puramente jerárquica quedaría el plan especial sin ámbito propio sobre el que proyectarse, toda vez que no puede limitarse a reproducir lo ya ordenado en el plan general. Téngase en cuenta que el plan especial precisa un campo concreto de actuación en función de los valores que persiga y de los objetivos que se haya propuesto.

Ahora bien, su relación no es explicable exclusivamente por el principio de jerarquía sino que introduce en sus relaciones normativas con el plan general el principio de especialidad, lo que no quiere decir que la jerarquía no tenga aplicación en tal relación y que la autonomía o independencia del plan especial sea plena, que no lo es. En efecto, el ámbito sectorial que regula el plan especial no puede alcanzar hasta sustituir el planeamiento general en la función que le es propia, como acontece en el supuesto enjuiciado con la alteración de las determinaciones estructurantes, cuyo establecimiento se encuentra vedado al plan especial en virtud de la legislación autonómica aplicable, según la interpretación que de la misma efectúa la Sala de instancia..."





QUINTO.- Realizadas las anteriores consideraciones generales, toca afrontar el primer motivo de impugnación alegado por la parte recurrente: Nulidad del plan especial por vulneración de los principios de igualdad, trato no discriminatorio y legalidad, por mor de la no exigencia de abono compensatorio por plusvalías.

La cuestión ha sido planteada por las mismas partes aquí intervinientes y resuelto por esta Sala en: Sentencia: 1717/2017 del 21 de septiembre de 2017 Recurso: 612/2015 (de idéntico sentido a la Sentencia: 2053/2016 del 31 de octubre de 2016, Recurso: 613/2015, así como a la Sentencia: 1967/2016 del 17 de octubre de 2016, Recurso: 475/2015). También en la Sentencia: 552/2017, del 31 de marzo de 2017, Recurso: 34/2016, que parece seguir otro criterio.

Dice la primera de las sentencias citadas en su FD 4º:

“CUARTO.- De la infracción de los principios de igualdad y legalidad

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, esto 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 plusvalías".

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 firmeza 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 RDLeg 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.”

La segunda sentencia de las citadas, que parece apartarse del criterio anterior, se pronuncia obiter dicta del mismo, tras estimar el recurso por otros motivos, y en función de la prueba obrante en esos autos, parece seguir otro criterio respecto de las plusvalías, cuando en su FD 4 dice:

“Cuarto.- Aunque las consideraciones expuestas en los fundamentos de derecho que anteceden bastarían, por sí solas, para provocar el efecto anulatorio postulado por la parte actora y hacen innecesario abordar el examen de los restantes motivos de impugnación formulados por la Asociación recurrente en su escrito de demanda no podemos dejar de notar que, deviniera o no innecesaria la suscripción de convenio urbanístico tras la modificación operada por el Real Decreto ley 4/2013, de 22 de febrero -norma, por lo demás, que, como razona la recurrente en su escrito de demanda, no elimina las competencias municipales en orden al control de la implantación de





estaciones de suministro de carburante en lugar idóneo para ello desde la perspectiva del correspondiente control del cumplimiento de la normativa urbanística y medio ambiental aplicable-, lo que no explica ni justifica la Administración demandada es la falta de exigencia en este caso concreto de la reversión al Ayuntamiento de la plusvalía generada por el cambio del uso de la parcela, apartándose así del criterio sustentado por el mismo Ayuntamiento en la aprobación de anteriores Planes Especiales concernientes a la implantación en suelo urbano de instalaciones de suministro de carburantes, conforme se expone en el escrito rector y ha quedado incontrovertido.

En todo caso el tratamiento discriminatorio dimanante de la antedicha circunstancia ha de entenderse debidamente acreditado en base a la documental aportada por la parte actora con su escrito de demanda (documento agrupado núm. 1, cuya autenticidad no ha sido impugnada de contrario y con los efectos probatorios, en consecuencia, que determina el artículo 326 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria en este orden jurisdiccional específico, según el artículo 4 de la Ley Procesal Civil y la Disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)."

Conforme al principio de unidad de doctrina, la Sala se atiene al criterio sentado en las tres sentencias primeramente reseñadas, bastando recordar que la igualdad en la vertiente de aplicación de la ley, tiene un carácter formal y que persigue que no se realicen pronunciamientos arbitrarios y que se interprete la ley de forma igual para todos. Para fundamentar con éxito una discriminación contraria al principio de igualdad ha de probarse un término suficiente y adecuado de comparación (STC 190/2001, que reproduce los términos de las SSTC 82/1990, 183/1991, 104/1996, y 102/2000, entre otras). En este sentido dice la STS de 27 febrero 2013, recurso 4580/2010, recuerda en su FD 7, que:

"...no toda disparidad de trato significa discriminación, sino que es necesario que la disparidad de soluciones sea ante situaciones absolutamente iguales" (STS 15 de octubre de 1986). En consecuencia "tal principio ha de requerir ... una identidad absoluta de presupuestos fácticos ..." (STS 28 de marzo de 1989)".

Además, la aplicación del citado principio de "igualdad en la aplicación de la ley", "requiere que exista un término de comparación adecuado, de forma que se haya producido un tratamiento desigual en supuestos absolutamente idénticos ya que es presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE, que las situaciones que quieran traerse a la comparación sean efectivamente equiparables y ello entraña la necesidad de un término de comparación ni arbitrario ni caprichoso..." (STS 6 de febrero de 1989). Por otra parte, una actuación "de la Administración al dar cumplimiento a los preceptos de la ley ... para que pueda declararse vulneradora del principio de igualdad, es necesario acreditar que tal actuación fue arbitraria y discriminatoria" (STS 13 de julio de 1989), pues el artículo 14 CE excluye que "la resolución finalmente dictada aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso" (STC 55/1988, de 24 de marzo; 181/4987, de 13 de noviembre; y 1/1990, de 15 de enero). Debiendo, en consecuencia, concluirse señalando que lo "que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de





que dos sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal" (STC 49/1985, de 28 de marzo y 1/1990, de 15 de enero).

En la STS de 14 de julio de 2003 dice hemos reiterado, en esta concreta materia de deslindes que "el principio de igualdad sólo opera en el ámbito de la legalidad", esto es, que "no puede esgrimirse dicho principio para que la igualdad se aplique a situaciones de ilegalidad. Quiere decirse con ello que eventuales deslindes que hayan seguido criterios contrarios a la legalidad no son el ejemplo a seguir. La única actitud posible es la de acreditar la improcedencia de los criterios actuados, siempre desde el punto de vista de la legalidad, en la fijación del deslinde objeto de impugnación en este proceso"" .

Por tanto, además de las razones antes expuestas para mantener la inexigibilidad de plusvalías, también se fundamenta su no exigibilidad en el principio de igualdad, conforme al criterio que ha sido seguido por la Administración en los casos resueltos en las tres primeras sentencias citadas, en razón de un una nueva interpretación por la Administración del artículo 6.3.4 del vigente PGOU de 2011 en relación con el RD-Ley 6/2000, de 23 de junio (de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios), en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, siendo objeto, en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) y por el RD-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, (también modificada la Ley 34/1998 por la Ley 8/2015 pero sin incidencia en el tema que tratamos).

QUINTO.- La parte recurrente también considera nulo el Plan por no hacerse en su tramitación a que la instalación proyectada se ubica en una zona con alto riesgo de inundación, al situarse a poca distancia del río Guadalhorce y junto a la orilla del afluente Arroyo de las Cañas, quedando incluida la zona en el Plan de Gestión del Riesgo de Inundación para la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas de Andalucía (PGRI) que fue aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 20 de octubre de 2015, calificándose la zona de inundable con un período de retorno de diez años, lo que representa el riesgo más elevado de inundación y comporta una prohibición de edificaciones o de instalación de nuevas construcciones, temporales o permanentes.

Quedó dicho por la Sala en la sentencia antes transcrita, ahora en su el FD 3º que *"Es lo cierto que por efecto del principio de especificidad, el urbanismo, en cuanto que competencia más genérica y transversal, resultará condicionado por la norma especial, es decir, en el ejercicio de las competencias urbanísticas la Administración local deberá atender las previsiones de la normativa sectorial, pero siempre que tengan incidencia en la labor de planeamiento, básicamente en lo que atañe a la tarea de selección de ubicaciones físicas y usos permitidos en el ejercicio del la facultad discrecional de la que goza el planeador.*

Así se infiere de la antecitada STS de 8 de octubre de 2010 en la que se puede leer, por lo que aquí interesa que " si hacemos una aproximación que atiende a la naturaleza de los





títulos controvertidos, entre el urbanismo y el régimen energético, esta operación jurídica nos indica que el título relativo al régimen energético (149.1.25 CE), singularmente respecto de la energía nuclear, resulta ser un título específico que, por ello, ha de incidir y condicionar al más genérico del urbanismo. Estamos notoriamente, por tanto, ante un título de contenido muy concreto y singular. A este principio de especificidad se viene refiriendo habitualmente el Tribunal Constitucional, por todas, SSTC 32/1983 15/1989 , 153/1989 , 170/1989 y 102/1995 ."

Es por tanto función del planeamiento la regulación de los usos comerciales en consideración a su entorno e incidencia en la urbe, que es el campo de acción del denominado "urbanismo comercial", al respecto del cual es interesante la cita de la STC 170/2012, de 4 de octubre , que mantiene que " los preceptos de la legislación autonómica que imponen directrices al planificador del llamado "urbanismo comercial", "caen en el seno de la competencia autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo" (STC 124/2003, de 19 de junio) , FJ 3, con remisión a la STC 227/1993, de 9 de julio , FJ 6), por su "(...)obvia la influencia en distintos aspectos de relevancia urbanística como son la utilización de los transportes públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan, los problemas en la calificación del suelo, etc."..."

Al caso de autos la tramitación del Plan Especial se inicia mediante instancia de la mercantil promotora de fecha 21 de febrero de 2008, y obtuvo aprobación definitiva el 28 de julio de 2011 y una modificación de la misma mediante acuerdo de fecha 22 de diciembre de 2015, acuerdo que puso fin al citado procedimiento con los efectos que, conforme señala el apartado 1º del art. 34 de la LOUA, se determinan en este precepto.

La normativa que estima infringida la parte recurrente, el citado PGRI de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, y sus determinaciones entró en vigor el día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto 21/2016 de 15 de enero que lo aprobó, publicación que tuvo lugar el 22 de enero de 2016. Y es que según su Disposición final segunda "Los Planes de gestión de riesgos que se aprueban serán eficaces desde el día siguiente al de la publicación del presente real decreto en el «Boletín Oficial del Estado»", con lo que mal puede haber sido infringida una normativa inexistente cuando son dictadas las resoluciones impugnadas.

Además, conforme al informe técnico del Servicio de Urbanización e Infraestructuras del Departamento de Planeamiento de 22 de diciembre de 2016, acompañado como documento 2º de la contestación a la demanda donde contrariamente a lo dicho en la demanda dice "de acuerdo con el plano I.5.2.2. Planta de Afecciones Propuesta de "Hidrología superficial y costas. Dominio público y zonas inundables. Línea marítimo terrestre" del PGOU-11, la parcela no se encuentra en zona de policía de los arroyos circundantes, ni del canal (Acequia de los Labradores) que se menciona en la demanda", grafiando dicho informe la parcela fuera del ámbito de dichas afecciones.

Tampoco tiene consistencia suasoria la alegada vulneración por el Plan Especial impugnado del POTA, criterio 105, puesto que el PGOU de 2011 contiene las determinaciones en materia de clasificación de suelos delimitados en su momento como inundables, así como sobre usos autorizables en los mismos y obras propuestas en materia de inundabilidad bajo el marco del Plan de Prevención de Avenidas e Inundaciones en





Cauces Urbanos Andaluces aprobado por el Decreto 189/2002, de 2 de julio, instrumento normativo de prevención del riesgo de inundación vigente tanto durante la tramitación del PGOU 2011 como a la fecha de su aprobación, cuya incorporación al PGOU fue exigida, en su momento, por la Agencia Andaluza del Agua, y a cuya delimitación responden los Planos I.5.2.1 Esquema general y I.5.2.2, Planta de afecciones propuesta, de la Hidrología superficial y costas. Dominio Público y Zonas inundables. Línea marítimo terrestre del vigente PGOU-11, según consta también en el referido informe técnico de 22 de diciembre de 2016, sin que se alegue ni conste que el Plan Especial se haya desviado de esas previsiones.

SEXTO.- La desestimación del recurso, implica que procede la condena en costas a la parte recurrente, conforme al art. 139.1 Ley 29/98, en redacción dada por Ley 37/11, sin necesidad de más razonamiento, puesto que, como dice el ATS, Sala Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del 01/12/16, Recurso: 368/2016:

"no existe un deber de motivación en los casos de vencimiento objetivo, ya que, como hemos expuesto en la sentencia de la Sala de 18 de enero de 2016 (recurso de casación nº 1096/2014), "la fórmula imperativa utilizada ("... impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones..."), parece indicar que la exigencia de razonamiento adicional ("... y así lo razona...") se reserva para la salvedad de que aprecie que "... el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho...", lo que determina que cuando la Sala de instancia aplique el criterio del vencimiento objetivo, sin hacer uso de la aplicación de la excepción, no necesitará motivar o razonar la imposición de las costas".

En el mismo sentido dice la STS de 12 de febrero de 2018, Recurso: 3011/2016, en su FD 6º:

".....Decíamos recientemente, en sentencia de 19 de enero de 2017 -recurso de casación 168/2016 -, y debemos reiterar ahora lo siguiente:

"El principio objetivo del vencimiento, como criterio para la imposición de costas que establece el artículo 139 LJCA, se matiza en el segundo inciso del mismo precepto con la atribución al tribunal de la posibilidad de apreciar la concurrencia en el proceso de serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no-imposición de costas a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones.

Esta previsión se configura como una facultad del juez, discrecional aunque no arbitraria puesto que su apreciación ha de estar suficientemente motivada, y su aplicación no está condicionada a la petición de las partes.

Habrá que convenir que, la fórmula utilizada de "... serias dudas de hecho o de derecho", constituye un concepto jurídico indeterminado teñido de subjetividad que dificultará no sólo la razonabilidad de la no imposición de costas en virtud del criterio del vencimiento sino también las posibilidades de fiscalización en vía de recurso.

Este Sala, además, tiene dicho que la expresión «serias dudas» demanda una aplicación restrictiva, pues las discrepancias sobre una determinada cuestión, de hecho o de derecho han de revestir una entidad tal que justifique la excepción (ATS 5 de junio de 2012, rec. 258/2012)".





FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de la AGRUPACIÓN ANDALUZA DE VENDEDORES AL POR MENOR DE CARBURANTES Y COMBUSTIBLES (AGAVECAR), asistida por el Letrado Sr. Aguayo Fernandez.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe, en su caso, interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos. Sres. al inicio designados

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

