

EDJ 2016/219657

Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 18-11-2016, nº 2469/2016, rec. 3223/2015
Pte: Peces Morate, Jesús Ernesto

Resumen

PGOU. Revisión. El TS declara la nulidad de dicha revisión, pues no resulta admisible que un suelo urbano que ya estaba consolidado en su uso, edificación y estructura pueda perder la categoría de consolidado para degradarse a no consolidado, por la circunstancia de que el nuevo planeamiento prevea una determinada transformación urbanística, aunque sea integral, doctrina jurisprudencial que ha de servir para interpretar el ordenamiento jurídico autonómico, pues aunque los criterios de distinción entre las categorías primarias del suelo urbano es un cometido que corresponde detallar a la legislación autonómica, ello ha de ser siempre dentro de los límites de la realidad (FJ 8).

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley Andalucía 7/2002 de 17 diciembre 2002. Ordenación Urbanística de Andalucía
art.45.2

Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
art.65.1 , art.95.2.d

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	7
FALLO	10

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN LOCAL

URBANISMO

Planes

Jerarquía

Revisión

Supuestos diversos

Clases de planes

Planes generales municipales

Revisión

Régimen urbanístico del suelo

Clasificación del suelo

Calificación y clasificación

Suelo urbano

Otras cuestiones

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

INCONGRUENCIA

INCONGRUENCIA

Omisiva

PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

ESCRITO DE CONCLUSIONES O VISTA

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Particular; Desfavorable a: Administración autonómica (funciones legislativas), Administración local (funciones legislativas)

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Cita art.45 de Ley Andalucía 7/2002 de 17 diciembre 2002. Ordenación Urbanística de Andalucía

Cita art.65.1, art.95.2.d de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.1, art.14.3 de Ley Andalucía 7/2002 de 17 diciembre 2002. Ordenación Urbanística de Andalucía

Cita art.4, art.217 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.56, art.67.1, art.88.1.c, art.88.1.d, art.139.2, dfi.1 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.62.2 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.14, art.24, art.218 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Anula STSJ Andalucía (Mál) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 mayo 2015 (J2015/153182)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Clasificación del suelo - Calificación y clasificación STS Sala 3ª de 1 julio 2015 (J2015/130434)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Clasificación del suelo - Calificación y clasificación STS Sala 3ª de 28 abril 2015 (J2015/69649)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Clasificación del suelo - Calificación y clasificación STS Sala 3ª de 26 febrero 2014 (J2014/31799)

Cita en el mismo sentido sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Clasificación del suelo - Calificación y clasificación STS Sala 3ª de 15 diciembre 2011 (J2011/327210)

Cita STS Sala 3ª de 8 abril 2010 (J2010/92292)

Cita STS Sala 3ª de 17 diciembre 2009 (J2009/300153)

Cita STS Sala 3ª de 15 diciembre 2005 (J2005/263571)

Cita sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Clasificación del suelo - Calificación y clasificación STC Pleno de 27 febrero 2002 (J2002/2780)

Cita sobre ADMINISTRACIÓN LOCAL - URBANISMO - Régimen urbanístico del suelo - Clasificación del suelo - Calificación y clasificación STC Pleno de 11 julio 2001 (J2001/14932)

Versión de texto vigente Texto actualmente vigente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 3223 de 2015, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don José Ramón Couto Aguilar, en nombre y representación de la entidad mercantil Netobril S.A., de Don Andrés y de Don Doroteo, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de mayo de 2015, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso- administrativo número 394 de 2011, sostenido por la representación procesal de los referidos recurrentes contra la Orden, de 21 de enero de 2011, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, por la que se aprobó definitivamente la revisión-adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 10 de febrero de 2011, nº 29, en cuanto a la inclusión de la parcela situada en el número NUM000 de la CALLE000 en un ámbito de suelo urbano no consolidado, ampliado a la Orden de la misma Consejería, de 28 de julio de 2011, que dispuso la publicación de las Normas Urbanísticas de la indicada revisión-adaptación.

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, el Ayuntamiento de Málaga, representado por el Procurador Don Vicente Ruigómez Muriedas, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- - La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, dictó, con fecha 29 de mayo de 2015, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 394 de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Dª María Victoria Giner Martí, en representación de NETROBIL, S.A., D. Andrés Y D. Doroteo, contra las Ordenes de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía de fecha 21 de enero y 28 de julio de 2011, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas».

SEGUNDO.- - Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo: «En el supuesto concreto sometido a nuestra consideración se expone en la Memoria de ordenación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga que, incluyéndose

los terrenos pertenecientes a los demandantes en el Área de Reforma Interior delimitada sobre Suelo Urbano No Consolidado con la denominación SUNC-R-LO.8 "C/Balazón" y SUNC-R-LO.7 "C/Cantimpla" se pretende "... la implantación de usos residenciales y terciarios, priorizando la liberación de suelo para ampliación de viales existentes y para la consecución de espacios libres y esparcimiento de población. El espacio libre principal se posiciona paralelo a la calle Balazón, sirviendo de estructuración de la manzana y de transición entre la barriada de San Andrés y los nuevos edificios previstos. La proporción de usos y la ordenación de volúmenes se justificarán adecuados al contrario de considerar este ámbito un espacio relevante en el entramado urbano, cruce del nuevo eje viario de entrada que surgirá del soterramiento de las vías del ferrocarril y el nuevo vial de conexión norte-sur entre el Paseo Marítimo y la avenida José Ortega y Gasset, en el calle Balazón es parte integrante".

»Asimismo en las fichas urbanísticas correspondientes a los ámbitos cuestionados se destaca que nos encontramos ante una reestructuración urbana "cuyo objetivo es la sustitución de usos obsoletos e incoherentes con las nuevas condiciones funcionales del área", especialmente las que se derivan de la operación del soterramiento de trazado ferroviario que permitirá un nuevo acceso viario a la ciudad, así como la adecuación de los usos por la proximidad de la nueva estación-apeadero de Cercanías de Renfe "Victoria Kent" que pretende construirse, añadiéndose que "Se pretende la implantación de usos residenciales y terciarios, priorizando la liberación de suelo..." para ampliación de viales circundantes y espacios libres públicos (principalmente junto al viario y nueva estación de cercanías) y esparcimiento de la población.

»Se cumplen sobradamente, en consecuencia, a juicio de esta Sala, las exigencias de motivación en los términos que se han dejado expuestos en el fundamento de derecho que antecede. Cuestión netamente distinta y que se abordará a continuación es la consistente en la adecuación y conformidad o no a Derecho de las concretas determinaciones del planeamiento que aquí se combaten».

TERCERO.- - También se declara por la Sala de instancia en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida que: «Dentro del suelo urbano, a su vez, la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía distingue entre las categorías de consolidado y no consolidado, definiendo el suelo urbano consolidado por exclusión de la otra categoría, al tener como tal el integrado por los terrenos a que se refiere el apartado primero del artículo 45 cuando "estén urbanizados o tengan la condición de solares y no deban quedar comprendidos en el apartado siguiente", en tanto que la categoría de suelo urbano no consolidado comprende los terrenos que se adscriban a esta clase de suelo por precisar una actuación de transformación urbanística debida a alguna de las circunstancias que pormenoriza el artículo 45.2.B):

»a) Constituir vacíos relevantes que permitan la delimitación de sectores de suelo que carezcan de los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos y requieran de una actuación de renovación urbana que comporte una nueva urbanización conectada funcionalmente a la red de los servicios e infraestructuras existentes.

»b) Estar sujeta a una actuación de reforma interior por no contar la urbanización existente con todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos en la proporción y con las características adecuadas para servir a la edificación existente o que se vaya a construir en ellos, ya sea por precisar la urbanización de la mejora o rehabilitación, o bien de su renovación por devenir insuficiente como consecuencia del cambio de uso o edificabilidad global asignado por el planeamiento.

»c) Precisar de un incremento o mejora de dotaciones, así como en su caso de los servicios públicos y de urbanización existentes, por causa de un incremento del aprovechamiento objetivo derivado de un aumento de edificabilidad, densidad o de cambio de uso que el instrumento de planeamiento atribuya o reconozca en parcelas integradas en áreas homogéneas respecto al aprovechamiento preexistente».

CUARTO.- - Continúa la Sala sentenciadora declarando en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia que: «Pues bien, respecto a la categorización del suelo en el informe del perito judicialmente designado D. Tomás se afirma que, hallándose el área determinada en el Plan de 2011 calificada como suelo Urbano con uso comercial en el Plan de 1983 y en el de 1997, entre la calle Platero Fco. Vázquez y la calle Balazón y alzándose en la zona una edificación que se destina a almacenes, usos terciarios, el suelo urbano en cuestión está "consolidado en su uso, edificación y estructura", a pesar de lo cual y de las infraestructuras existentes a las que hace mención el perito autor del informe aportado con el escrito rector (con las que el perito judicial muestra expresamente su conformidad) la propiedad, a juicio del Sr. Belarmino, sí constituye Suelo Urbano No Consolidado según lo previsto en el artículo 45.2.B) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y hay, además, causa suficiente para descalificar urbanísticamente la situación que se da de hecho, por los motivos que en dicho informe se exponen y se reproducen a continuación:

»a) Eludiendo la estética de la tipología edificatoria existente en relación con el paisaje urbano del entorno, por entenderla como variable ante cualquier tipo de actuación, y atendiendo únicamente a una observancia de intenciones en la evolución del planeamiento anterior, se reconoce una ordenación en la propiedad objeto de recurso, integrada en la planeada para su entorno, tendente a la solución del PGOU vigente, tanto en la consideración de usos de equipamiento, cada vez más integrados con el residencial, como en la de ir reformando la trama urbana de acuerdo con las necesidades de la zona.

»b) Ya desde su aprobación inicial en el 2008, en dicha propiedad el PGOU tenía expresada la misma ordenación que la aprobada definitivamente en el 2011.

»c) Se entiende que esta ordenación urbanística tiene mucho que ver con el establecimiento de la parada de cercanías en la línea ferroviaria, como hito novedoso en la zona, que plantea una necesidad de accesos, de áreas libres y de aparcamientos, así como el tratamiento de los espacios que se consiguen en el entorno con el soterramiento del trazado ferroviario, que pasa de ser una barrera divisoria a un elemento conector y de esparcimiento.

»d) La ordenación urbanística aprobada definitivamente plantea cambios de uso, estableciendo el residencial libre, el residencial protegido, y el de áreas libres, además de los terciarios que ya existen.

»e) Igualmente, en opinión del perito judicial y entendiendo las áreas AR.UE.SUNC-R-LO.7 y AR.UE.SUNC-R-LO.8 como un conjunto planeado con una única intención, la ordenación urbanística en la zona de la trama viaria aprobada definitivamente renueva y mejora a la existente, ya que: anula la calle Cantimpla, crea una vía nueva perimetral al oeste de la propiedad y las otras dos restantes las desfasa además de ensancharlas, de forma que cuesta menos entenderlas como obra nueva, con la demolición de lo anterior, que como una ampliación o reforma de las existentes.

»f) Respecto a las instalaciones en las citadas vías secundarias, al ser una de ellas de nueva creación y permitirse en la solución aprobada la creación de aparcamientos subterráneos de hasta tres plantas bajo rasante, bajo los recorridos peatonales (aceras), no puede considerarse como recuperable la mayor parte de la infraestructura existentes, lo que también hace necesaria la renovación de las redes urbanas de saneamiento, abastecimiento de agua, luz, etc., en las citadas vías.

»Las nuevas determinaciones, por tanto y como se destaca en el informe técnico aportado por el Excmo. Ayuntamiento de Málaga con su escrito de contestación se basan en la recalificación de los terrenos con unos usos distintos a los existentes, unas nuevas condiciones de edificación acordes a la nueva fachada urbana que se abrirá con la nueva avenida sobre las vías del ferrocarril y la necesidad de reurbanización como aspecto esencial para permitir las conexiones urbanas transversales al nuevo eje viario sobre el soterramiento y la obtención de espacios libres públicos urbanos.

»Nos encontramos, en concreto, ante el supuesto prevenido en el artículo 45.2.B.a)1. de la Ley 7/2002, pues nos encontramos ante dotaciones o infraestructuras públicas no comprendidas en la urbanización existente y ante una urbanización que no reúne las características adecuadas para servir a la edificación que se va a construir, habida cuenta que lo que se van a construir son edificios residenciales allí donde solo había naves industriales».

QUINTO.- - En el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, el Tribunal a quo expresa lo siguiente: «No ha sido desvirtuada, en consecuencia, la presunción de legalidad y acierto en el ejercicio de la potestad reglamentaria de planeamiento urbanístico a que hacen mención las SSTS 24 noviembre 1981, 2 octubre y 6 noviembre 1990, 23 mayo 1992 y 24 abril y 8 julio 1992, entre otras, que impone a quien impugna la carga de destruir dicha presunción mediante la aportación de los elementos probatorios pertinentes, argumentando al respecto la STS 24 noviembre 1981 citada que " si en los simples actos administrativos impera el principio de presunción de legalidad y veracidad de los mismos, lo que ha sido justificado en base a las mayores garantías de control, a las máximas de experiencia, a la apariencia de legitimidad del acto, a su emanación de un órgano con poder público, a un criterio de privilegio, al carácter autoritario del acto, e incluso, precisamente al interés público, si, repetimos, el simple acto administrativo ha merecido el beneficio de esta presunción, refrendado por la jurisprudencia (S.S. 25 Febrero 1960, 6 Enero 1962, 28 Octubre 1964, entre otras muchas), es obvio que las determinaciones de un Plan del rango del que nos ocupa ha de gozar, como mínimo, de este mismo tipo de presunción ".

»Pero es que, aún de entender que, como puntualiza la STS 17 diciembre 2009 (recurso 3992/2005), la presunción antes aludida únicamente lleva inherente como efecto el imponer a quien cuestiona la validez de un acto la carga de impugnarlo y que, una vez producida la impugnación -en este caso en vía jurisdiccional- la determinación de si el acto recurrido es o no conforme a derecho debe dilucidarse en función de los datos concurrentes y normas que sean de aplicación, sin contar entonces el acto administrativo con ningún respaldo presunto más allá del que le proporcione su propio sustento fáctico y jurídico - conclusión en cuanto a la necesaria distinción entre carga probatoria y presunción de legalidad que igualmente alcanzan las SSTS 23 octubre 1989, 19 febrero 1990, 23 junio 1992, 15 diciembre 2005 (recurso 7376/2002) y 8 abril 2010 (recurso 969/2006) y las que en ellas se citan- la misma consecuencia derivaría de la aplicación de las reglas generales en materia del onus probandi, pues incumbía a la parte actora la acreditación de la ordenación prevista en la revisión del Plan General para el suelo de su propiedad es contraria a la normativa aplicable o incurre en cualquier otro vicio determinante de su nulidad y ello tanto en cuanto hecho constitutivo de su pretensión de anulación de las determinaciones del planeamiento por la circunstancia expresada como desde la perspectiva de la disponibilidad o facilidad probatoria a que hace mención el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (aplicable supletoriamente en este ámbito, 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).

»Tales consideraciones, además de a la categorización del suelo como Urbano No Consolidado, son predicables de la edificabilidad asignada, exponiéndose al respecto en el informe pericial judicial que la edificabilidad tomada en consideración por los recurrentes es bruta y no neta y que la edificabilidad neta correspondiente al AR.UE.SUNC-R-LO.8 es de 6,89 m²/m² y parecida, por tanto, a la del entorno, siendo la ponderada de 6,03 m²/m², además de ser la edificabilidad adjudicada de carácter reglado, al venir determinada por lo dispuesto en el artículo 17.5 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que impone que la densidad en las áreas de reforma interior no sea, en ningún caso, superior a 100 viviendas por hectárea ni la edificabilidad a 1,3 metros cuadrados de techo por metros cuadrados de suelo.

»Debe notarse, por lo demás, con la STS 2 octubre 1990 (que a su vez remite a la doctrina contenida en las SSTS 11 julio y 30 septiembre 1987 y 23 mayo 1990) que, procediendo distinguir en el planteamiento urbanístico entre actividad jurídica o reglada - que viene sometida a normas formales y materiales de obligada observancia y acatamiento- y una actividad de oportunidad técnica o discrecional -en la que se elige, entre varias alternativas, una determinada solución de modelo global u orgánico del territorio- resulta " condición esencial para el éxito de una pretensión de nulidad del plan o de algunas de sus determinaciones singularizadas la de que se constate la infracción de una norma legal, o se acredite disconformidad o incongruencia con los hechos determinantes de la decisión, de

tal forma que la propuesta del demandante resulte más acorde con los criterios racionales de técnica y oportunidad que deben gobernar el planeamiento urbanístico discrecional.

» Cuando, por tanto, la decisión planificadora discrecional se concreta en una solución claramente incongruente con la realidad que es su presupuesto inexorable, tal decisión resultará viciada por infringir el Ordenamiento jurídico y, más concretamente, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que, en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y que se convierta esta en causa de decisiones administrativas desprovistas de justificación fáctica alguna " lo que en este caso concreto, como acaba de indicarse, no acontece».

SEXTO.- - Respecto a la inviabilidad económica, el Tribunal de instancia declara en el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida que: «Adujo, asimismo, la parte actora en su escrito de conclusiones que se ha producido una infracción del principio de equidistribución de beneficios y cargas en sede de planeamiento que va a imposibilitar que en ejecución haya o se posibilite una justa distribución de los beneficios y las cargas derivadas del planeamiento por ser inviable desde el punto de vista económico la Unidad de Ejecución.

»El de la inviabilidad económica, sin embargo, constituye motivo de impugnación introducido ex novo en trámite de conclusiones escritas, estableciendo claramente el artículo 65.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que " En el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación ", disposición normativa que no es sino lógica consecuencia de la obligación de consignar en los escritos de demanda y contestación los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan que a las partes impone el artículo 56 de la Ley jurisdiccional y de la necesidad de preservar el principio de contradicción y el derecho de defensa, en su vertiente concreta del derecho a la práctica de los medios probatorios que las partes estimen pertinente en apoyo de sus respectivas pretensiones, principio y derecho los referidos que resultarían vulnerados si se admitiera el planteamiento en el escrito de conclusiones de cuestiones no suscitadas en el momento procesal oportuno, como concluye la STS 28 febrero 2006, con cita de las SSTS 11 diciembre 2003, 16 junio 2004 y 16 mayo 2005.

»En idéntico sentido, desechan la posibilidad de estimar motivos o causas de nulidad no aducidos en la demanda las SSTS 18 junio 2001, 17 junio 2002, 30 diciembre 2003, 6 mayo y 2 noviembre 2005 y 30 mayo 2008, y motivos de oposición a la demanda no esgrimidos en el escrito de contestación la STS 11 noviembre 2004. Las SSTS 3 mayo 2004 y 10 noviembre 2005, incluso, alcanzan idéntica conclusión cuando se trata de la invocación de una causa de inadmisibilidad del recurso que se formaliza en el escrito de conclusiones, el cual, como destaca la STS 3 mayo 2004 citada, " tiene como finalidad ofrecer a las partes la posibilidad de hacer una crítica de la prueba practicada, en relación a ésta, concretar las alegaciones formuladas en sus escritos de demanda y contestación, y combatir las formuladas por las demás partes ". Por ello añade la Sentencia de 3 de mayo de 2004 comentada que el trámite de conclusiones " No es, en cambio, momento hábil para formular nuevas pretensiones, ni causas de inadmisibilidad no opuestas en el escrito de contestación a la demanda ".

»En similares términos la STS 30 diciembre 2004, con cita de las SSTS 6 junio 1997 y 29 junio 1998, afirma en la materia que estamos tratando que la introducción de una cuestión nueva cuando ha precluido la posibilidad de hacerlo supondría una quiebra del principio de contradicción y comportaría una situación de indefensión, con infracción del artículo 24 de la Constitución .

»No puede dejar de notarse que, en cualquier caso, descansando el argumento de la inviabilidad en la pericial judicial practicada en esta litis, el perito Sr. Tomás efectuó sus cálculos sobre una proporción entre uso residencial (39,12%) y terciario (60,88%) que, como el propio perito reconoció al responder a las solicitudes de aclaraciones formuladas por las partes, son meramente indicativas en el Plan General y no vinculantes, por lo que podrán ser modificadas en el Plan Especial que desarrolle la Unidad de Ejecución».

SEPTIMO.- - Finaliza sus argumentos la Sala de instancia con las siguientes declaraciones en cuanto a la vulneración del principio de igualdad: «Finalmente y en cuanto a la eventual vulneración del principio de igualdad, lo cierto es que la entidad actora hace mera mención genérica del aludido principio en los fundamentos de derecho del escrito rector, sin desarrollar el motivo de impugnación que nos ocupa ni exponer las razones concretas por las que la recurrente reputa conculcado el principio que consagra el artículo 14 de nuestra Carta Magna, no ofreciendo término válido de comparación a los anteriores efectos.

»Como significa la STS 8 noviembre 2012 (casación 1053/2008) el principio de igualdad " ... lo que prohíbe no es tanto la desigualdad como la discriminación, esto es, una desigualdad no razonable, de manera que sólo podrá aducirse ese principio de igualdad como violado cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los objetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en virtud de una conducta arbitraria no justificada de los poderes públicos quedando "enmarcados con rigurosa precisión los perfiles dentro de los cuales ha de desenvolverse la acción promovida en defensa de ese derecho fundamental de igualdad, que ha de entenderse entre iguales, es decir, entre aquellos que tiene circunstancias de todo tipo iguales..." (STS 23 de junio de 1989), pues "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) ", sin que se produzca esa discriminación por el hecho de que otras fincas colindantes a las del recurrente hayan sido clasificadas como suelo urbano con usos residenciales ya que, como afirma el Alto Tribunal en la Sentencia citada " un terreno no tiene que ser clasificado como suelo urbano porque el terreno colindante lo haya sido " ».

OCTAVO.- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de los demandantes solicitó aclaración y complemento de la misma, que fue denegado por auto de fecha 21 de julio de 2015, por lo que seguidamente presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante diligencia de ordenación de fecha 25 de septiembre de 2015, en la que se mandó emplazar a las partes para que, en el plazo de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

NOVENO.- Dentro del plazo, el efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, el Ayuntamiento de Málaga, representado por el Procurador Don Vicente Ruigómez Muriedas, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía, y, como recurrentes, la entidad mercantil Netrobil S.A., Don Andrés y Don Doroteo, representados por el Procurador Don José Ramón Couto Aguilar, quien, con fecha 13 de noviembre de 2015, presentó escrito de interposición de recurso de casación.

DECIMO.- El recurso de casación sostenido por la representación procesal de los demandantes en la instancia se basa en cinco motivos, de los que tres se esgrimen al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y dos al del apartado c) del mismo precepto; el primero por haber vulnerado la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial relativa a la categorización del suelo urbano como consolidado, recogida, entre otras, en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo, de fechas 15 de noviembre de 2012, 23 de septiembre de 2008 y 19 de marzo de 2013, así como otras que se citan, al haber considerado la Sala de instancia, en contra de la indicada doctrina jurisprudencial, correcta la categorización que el Plan General de Ordenación Urbana impugnado hace del suelo urbano, propiedad de los recurrentes, como no consolidado; el segundo, al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional por haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia omisiva y falta de motivación, con infracción de lo establecido en los artículos 24.1 de la Constitución, 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil, 67.1 de la Ley Jurisdiccional y 120 de la Constitución en cuanto no resuelve sobre la incoherencia e incongruencia denunciada del uso característico terciario asignado por el Plan General de Ordenación Urbana a la unidad de ejecución SUNC-R-LO.8; el cuarto, al amparo también del apartado c) del mismo precepto, por haber infringido el Tribunal a quo las normas reguladoras de las sentencias con vulneración de lo dispuesto en los artículos 65.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al considerar la sentencia recurrida que la inviabilidad económica de la unidad de ejecución constituye una cuestión nueva introducida en el escrito de conclusiones que, por ende, no puede ser objeto de enjuiciamiento en la sentencia; y el quinto y último por haber infringido la Sala sentenciadora la jurisprudencia sobre el principio de jerarquía normativa en el planeamiento urbanístico, que se cita y transcribe, según la cual un Plan Especial no puede llegar a alterar el uso característico fijado por el Plan General, y, a pesar de esta doctrina jurisprudencial, la sentencia recurrida considera que un Plan Especial puede alterar, sin limitación, la proporción entre uso residencial y terciario, de tal manera que dicho Plan pudiera, mediante tal modificación, salvar la inviabilidad económica de la unidad de ejecución SUNC-R-LO.8, para terminar con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y el auto de aclaración, y, entrando a resolver las cuestiones conforme se plantearon en la instancia, estime las pretensiones contenidas en la súplica de la demanda formulada con expresa condena en costas.

UNDECIMO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Sala por venirle atribuido su conocimiento conforme a las vigentes normas de reparto de asuntos, y, una vez recibidas, se convalidaron mediante diligencia de ordenación de fecha 2 de febrero de 2016, en la que se mandó dar traslado a las representaciones procesales de las Administraciones comparecidas como recurridas para que, en el plazo de treinta días, pudiesen formalizar por escrito su oposición a dicho recurso, lo que llevaron a cabo, con fecha 16 de marzo de 2016, la Letrada de la Junta de Andalucía y, con fecha 7 de marzo de 2016, el Procurador representante del Ayuntamiento de Málaga.

DUODECIMO.- La representación procesal de la Administración autonómica, comparecida como recurrida, se opone al recurso de casación porque la sentencia recurrida no ha infringido la doctrina jurisprudencial relativa a la categorización del suelo urbano consolidado, ya que, en el caso enjuiciado, responde a las exigencias legales, concretamente a lo establecido en el artículo 45 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, estando en el planeamiento anterior clasificado el suelo de los recurrentes como suelo urbano de uso comercial, en el que se preveía llevar a cabo una reforma interior a través de un Plan Especial, habiéndose justificado en la Memoria del planeamiento impugnado el carácter obsoleto de los usos con las nuevas condiciones funcionales del área y del entorno residencial, así como la implantación de usos residenciales y terciarios, y la prueba pericial practicada concluye afirmando que hay razones para categorizar el suelo como urbano no consolidado, y así lo recoge la sentencia recurrida, que declara que se está ante uno de los supuestos en que la Ley Urbanística andaluza clasifica el suelo como urbano no consolidado, aparte de que la representación procesal de los recurrentes no explica la relación existente entre la jurisprudencia citada como infringida y el supuesto enjuiciado y, por tanto, no acredita que se trate de casos similares; mientras que la sentencia recurrida se encuentra debidamente motivada en cuanto al uso asignado por el Plan a la unidad de ejecución SUNC-R-LO.8 a la vista de las pruebas practicadas, cuestión esta que se reitera en el tercer motivo, si bien al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, lo que no cabe en casación, según ha declarado la jurisprudencia, pero, en cualquier caso, la Sala sentenciadora considera suficientemente justificado el uso asignado al suelo con lo expresado en la Memoria del Plan, uso que, como se declara en la sentencia recurrida, es indicativo y no vinculante, al permitirse su alteración mediante la aprobación de un Plan Especial que desarrolle la unidad de ejecución; sin que el cuarto motivo de casación pueda ser acogido, ya que es suficiente la lectura de la demanda para comprobar que no se cuestiona la viabilidad económica de la unidad de ejecución, lo que se hace en el escrito de conclusiones, con lo que se introduce en éste un nuevo motivo de impugnación al no poderse considerar, como pretenden los recurrentes, como un mero argumento adicional, y, a pesar de ello, la Sala sentenciadora lo examina y rechaza expresamente; y, finalmente, la Sala de instancia no ha conculcado el principio de jerarquía normativa en el planeamiento urbanístico, resultando la cita jurisprudencial que se hace al articular este último motivo genérica y no específica, pero es que, en todo caso, las determinaciones sobre porcentaje de usos son meramente indicativas, según se ha expuesto anteriormente, por lo que pueden ser alteradas en un Plan Especial ulterior que desarrolle la unidad de ejecución, lo que está permitido por la legislación urbanística autonómica, y así lo establece el articulado 14 de la Ley de ordenación urbanística de Andalucía, concretamente en el apartado 3 de este precepto, terminando con la súplica de que se desestime el recurso de casación interpuesto y se confirme la sentencia recurrida.

DECIMOTERCERO.- El representante procesal del Ayuntamiento de Málaga se opone al recurso de casación porque el suelo de los recurrentes, conforme al ordenamiento urbanístico propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, está correctamente clasificado como suelo urbano en la categoría de no consolidado por las razones expresamente recogidas en la Memoria del Plan, y así lo corrobora

el informe pericial emitido en el proceso, que desacredita las conclusiones del informe pericial que los demandantes presentaron junto a su escrito de demanda, mientras que lo que pretenden aquéllos es favorecerse del cambio de naves industriales a edificios residenciales sin coste alguno, de todo lo que se deduce que el supuesto enjuiciado no es el contemplado en las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo citadas, al articular este motivo por los recurrentes, y, además, tal categoría de suelo obedece a la aplicación del ordenamiento jurídico autonómico que corresponde a la Sala de instancia, y ésta, a la vista de las pruebas practicadas y de la interpretación de esas normas autonómicas, ha llegado a la conclusión de que el suelo en cuestión está correctamente clasificado con la categoría de suelo urbano no consolidado; en cuanto al segundo motivo de casación tampoco puede prosperar porque la sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia omisiva y está debidamente motivada, para lo que basta la lectura de los fundamentos jurídicos primero y segundo de la misma, en que se razona acerca de la implantación de los usos residenciales y terciarios, mientras que en el tercer motivo de casación tratan los recurrentes de que esta Sala del Tribunal Supremo realice una nueva valoración de la prueba distinta a la efectuada por la Sala de instancia, que, a la vista de las practicadas, ha considerado la razonabilidad de que predomine el uso terciario cuando lo existente eran naves industriales, compatible con el residencial; resultando evidente que la cuestión relativa a la inviabilidad económica de la unidad de ejecución se adujo por los demandantes en el escrito de conclusiones, momento procesal inidóneo para el planteamiento de cuestiones nuevas; y, finalmente, el quinto motivo de casación ha de ser igualmente desestimado porque se sustenta en una mera hipótesis, cual es el desarrollo que en un futuro Plan Especial se va a hacer de las determinaciones contenidas en el Plan General, concretamente la proporción entre uso residencial y terciario en la unidad de ejecución SUNC-R-LO.8, dado que la proporción entre uso terciario y residencial contenida en el Plan General resulta meramente indicativa y no vinculante, por lo que el Plan Especial podría alterar dicha proporción, y así lo manifestó claramente el perito procesal al dar respuesta a las aclaraciones interesadas, y así terminó con la súplica de que se desestime el recurso de casación y se ratifique la sentencia recurrida.

DECIMOCUARTO.- Formalizadas las oposiciones al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - Procederemos a examinar primero los motivos de casación esgrimidos por quebrantamiento de forma, que lo han sido por la representación procesal de los recurrentes en segundo y cuarto lugar.

En el segundo se asegura que la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia omisiva y adolece de falta de motivación, y en el cuarto se tacha a la sentencia recurrida de incongruente por no haber examinado la cuestión relativa a la inviabilidad económica de la unidad de ejecución con el pretexto de tratarse de una cuestión nueva introducida en el escrito de conclusiones, con lo que se ha infringido lo establecido en los artículos 65.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

SEGUNDO.- - En el segundo motivo de casación se denuncia la infracción por la Sala sentenciadora de lo establecido en los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución, 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al haber omitido dar respuesta a lo alegado en la demanda acerca de la incoherencia del uso terciario asignado por el Plan General de Ordenación Urbanística impugnado a la unidad de ejecución SUNC-R-LO.8, y, en todo caso, la sentencia recurrida adolece de falta de motivación acerca de tal cuestión.

Este motivo de casación no puede prosperar porque la demanda no contiene razonamiento alguno acerca de la pretensión en orden a que el uso sea residencial, compatible en un 50% con los usos hotelero, comercial y terciario, ya que se limita a expresar que « no es adecuado para el entorno un uso mayoritario de servicios terciarios/empresariales, debiendo ser el uso mayoritario residencial, sin perjuicio de un uso compatible comercial y hotelero », al tiempo que se adjunta a dicha demanda un informe pericial en el que el arquitecto que lo emite « entiende que los terrenos o suelos analizados deberían seguir teniendo el Uso Residencial (compatible en un 50% con uso hotelero, Comercial o Terciario), con una edificabilidad de 2,2 m²t/m²s correspondiente a la ordenanza OA-2, al ser ésta la mayoritaria en el entorno inmediato ».

Al emitir su informe el arquitecto, perito procesal, afirma que, a su juicio, « el uso terciario en un porcentaje del 60,88% es desproporcionado para una zona saturada de comercios, sin atractivo alguno para las oficinas y sin condiciones, por la localización y el carácter del barrio, para el uso hotelero; sin embargo, sí que admite la promoción de viviendas por su carácter eminentemente residencial ».

Pues bien, la Sala de instancia, en el fundamento jurídico segundo, después de transcribir las razones o justificación expuestas en la Memoria del Plan General impugnado en relación con la implantación de usos residenciales y terciarios, considera que « se cumplen sobradamente las exigencias de motivación en los términos que se han dejado expuestos en el fundamento de derecho que antecede », para más adelante, en el fundamento jurídico sexto, señalar que la proporción entre uso residencial (31,12%) y terciario (60,88%) es meramente indicativa en el Plan General y no vinculante, por lo que podrá ser modificada en el Plan Especial que desarrolle la unidad de ejecución.

Con esta respuesta consideramos que no cabe tachar de incongruente a la sentencia recurrida y que satisface suficientemente el deber de motivar su decisión en cuanto considera que no resulta irracional el porcentaje de usos residencial y terciario fijados con carácter

indicativo en el Plan General, solución la elegida por la Administración urbanística que, como apunta el perito procesal, no se desvía excesivamente de lo planteado por los demandantes, que interesan un 50% de uso residencial.

TERCERO.-.- El cuarto motivo de casación viene a tachar de incongruente a la sentencia recurrida por no haber examinado la Sala de instancia la cuestión planteada acerca de la inviabilidad económica de la unidad de ejecución con el pretexto de que se trata de una cuestión nueva suscitada en el escrito de conclusiones, por lo que, conforme a lo establecido en el artículo 65.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no es admisible, según la interpretación jurisprudencial del citado precepto, por lo que se afirma en este cuarto motivo de casación que el Tribunal sentenciador ha conculcado lo dispuesto en dicho precepto y en el artículo 67.1 de la misma Ley Jurisdiccional, ya que, en contra del parecer de la Sala de instancia, no se trata de una cuestión o motivo de impugnación nuevo sino de una argumentación adicional a lo alegado en la demanda acerca de la categorización del suelo urbano como no consolidado y a la asignación del uso terciario, cuestión a la que se hizo referencia en el informe adjunto a la demanda y, ante todo, en el del perito procesal dando respuesta a las aclaraciones interesadas por la representación procesal del Ayuntamiento demandado.

Este motivo de casación tampoco puede prosperar porque, como admite la representación procesal de los recurrentes, la inviabilidad económica de la unidad de ejecución no fue suscitada en la demanda sino en el escrito de conclusiones a la vista de lo expresado por el perito procesal al dar respuesta a las aclaraciones solicitadas por el Ayuntamiento demandado, de modo que la Sala sentenciadora, en aplicación de lo establecido en el citado artículo 65.1 de la Ley Jurisdiccional y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, no analiza ni resuelve tal cuestión, aunque rechaza las conclusiones a que llega el perito procesal acerca de dicha inviabilidad económica debido a que el cálculo que éste hace se basa en un porcentaje de asignación de usos meramente indicativo, que pudiera verse alterado al desarrollarse la unidad de ejecución mediante el Plan Especial previsto para ello.

CUARTO.-.- En el tercer motivo de casación se reprocha a la Sala a quo la vulneración de la doctrina jurisprudencial, que se cita, relativa a la discrecionalidad y a los criterios de racionalidad técnica y oportunidad, a que se debe someter la potestad de planeamiento urbanístico de la Administración Pública, por no haber apreciado la incoherencia que supone la asignación de un uso predominante y característico terciario para la unidad de ejecución SUNC-R-LO.8.

Este tercer motivo de casación se basa en una premisa que constituye una auténtica petición de principio, porque el Tribunal sentenciador ha considerado que, al llevar a cabo con carácter indicativo el Plan General impugnado esa asignación de usos, la Administración ha realizado un correcto uso de su potestad para diseñar la ciudad, como se deduce de la doctrina jurisprudencial que recoge en el fundamento jurídico primero de su sentencia y que le sirve de guía y orientación al analizar los motivos de impugnación aducidos por los demandantes, singularmente el relativo a dicha asignación de usos, y declarar, como ya hemos indicado, que la Administración ha motivado sobradamente y justificado la implantación de usos residenciales y terciarios así como su proporción, razón por la que este motivo de casación debe ser también desestimado.

QUINTO.-.- La articulación del quinto motivo de casación resulta contradictoria con lo que la representación procesal ha aducido para justificar el cuarto, esgrimido por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, ya que en éste tachó la sentencia recurrida de incongruente por no examinar la cuestión de la inviabilidad económica de la unidad de ejecución y ahora, en el quinto, le reprocha la razón que ha dado para considerar que no se ha acreditado dicha inviabilidad económica.

Efectivamente, en el quinto motivo de casación se alega que el Tribunal sentenciador ha conculcado la doctrina jurisprudencial relativa al principio de jerarquía en el ordenamiento urbanístico por considerar que un Plan Especial puede alterar los usos característicos fijados por el Plan General con una distinta proporción entre los diferentes usos.

Este motivo se sustenta en que el Tribunal de instancia ha declarado en la sentencia recurrida lo que no consta en ésta, pues lo que apunta aquél es que la proporción entre uso residencial y uso terciario, como reconoce el perito procesal, es meramente indicativa y no vinculante, razón por la que podrá ser modificada por el Plan Especial previsto para desarrollar la unidad de ejecución, y la representación procesal de los recurrentes debe conocer que el artículo 14.3 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía dispone que « Los Planes Especiales desarrollan y complementan las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbanística, pudiendo modificar las pertenecientes a su ordenación pormenorizada potestativa », de manera que este quinto motivo de casación tampoco puede prosperar.

SEXTO.-.- Hemos dejado el primero de los motivos de casación para ser examinado en último lugar por plantearse en él una cuestión de singular complejidad en el concreto caso enjuiciado aunque exista una copiosa doctrina jurisprudencial acerca del suelo urbano y su categoría de consolidado, que no se refleja en la sentencia recurrida al limitarse a transcribir lo declarado en la nuestra de 13 de febrero de 2014 (recurso de casación 3760/2011), relativa al suelo urbano como límite de la discrecionalidad del planificador por tratarse de un concepto reglado.

El ordenamiento jurídico autonómico cuenta con un precepto legal, cual es el artículo 45 de la citada Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que establece lo que debe entenderse como suelo urbano consolidado y no consolidado, que la Sala de instancia recoge con precisión en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, transcrito en el antecedente tercero de esta nuestra, y que dicha Sala ha interpretado y aplicado, a la luz del informe del perito procesal, para llegar a la conclusión de que el suelo en cuestión, en contra de lo interesado por los recurrentes y de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Ordenación Urbana impugnado, debe considerarse dentro de la categoría de "no consolidado".

A la complejidad indicada se añade la tesis mantenida por esta Sala del Tribunal Supremo, al interpretar lo establecido en los artículos 86.4 y 89.2 de la Ley de esta Jurisdicción, acerca de que la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico autonómico no tiene acceso a la casación salvo que se justifique la infracción de normas estatales o comunitarias europeas.

En este caso, la representación procesal de los recurrentes asegura que la Sala sentenciadora, al declarar que el suelo en cuestión está correctamente categorizado en el Plan impugnado como no consolidado, ha vulnerado la doctrina jurisprudencial relativa al suelo urbano consolidado, recogida en las sentencias que se citan y transcriben, concretamente las de 23 de septiembre de 2008, 17 de diciembre de 2009, 25 de marzo de 2011, 19 de mayo de 2011, 25 de octubre de 2012, 15 de noviembre de 2012, 22 de enero de 2013, 19 de marzo de 2013 y 11 de abril de 2014.

SEPTIMO.- - Según la propia Sala de instancia, « respecto a la categorización del suelo en el informe del perito judicialmente designado Don Tomás se afirma que, hallándose el área determinada en el Plan de 2011 calificada como suelo urbano con uso comercial en el Plan de 1983 y en el de 1997, entre la calle Platero Fco. Vázquez y la calle Balazón y alzándose en la zona una edificación que se destina a almacenes, usos terciarios, el suelo urbano en cuestión está "consolidado en su uso, edificación y estructura" », a pesar de lo cual y de las infraestructuras existentes (sigue expresando el Tribunal a quo) el suelo, a juicio de dicho perito, es urbano no consolidado conforme al artículo 45.2.B) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, para seguidamente la Sala sentenciadora recoger las razones que este perito procesal ofrece a efectos de llegar a la conclusión jurídica de que se trata de un suelo urbano no consolidado, las que hemos enumerado en el antecedente cuarto de esta nuestra sentencia al transcribir el fundamento jurídico cuarto de la recurrida, entre las que están el que la ordenación urbanística plantea cambios de uso, estableciendo el residencial libre y protegido, y el de áreas libres, además de los terciarios que ya existen, y (prosigue la Sala sentenciadora) las áreas se han planeado en su conjunto con la intención de ordenar urbanísticamente la zona con una trama viaria que renueva y mejora la existente, de modo que se está ante una obra nueva más que ante una ampliación o reforma de lo existente, con lo que, debido a los trabajos previstos, no se pueden recuperar la mayor parte de las infraestructuras existentes, haciendo necesaria la renovación de las redes urbanas de saneamiento, agua, luz etc., y todo ello le lleva a la Sala de instancia a aceptar, sin cuestionamiento alguno, la conclusión jurídica a la que llega el perito procesal y a considerar que se trata de un suelo urbano no consolidado, definido como tal en el artículo 45.2.B.a)1 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, por encontrarnos ante dotaciones o infraestructuras públicas no comprendidas en la urbanización existente y ante una urbanización que no reúne las características adecuadas para servir a la edificación que se va a construir, habida cuenta de que lo que se va a construir son edificios residenciales allí donde sólo había naves industriales.

La propia Sala de instancia recoge el contenido de la Memoria del Plan General impugnado en el fundamento jurídico segundo de su sentencia, en la que se expresa abiertamente que « nos encontramos ante una reestructuración urbana "cuyo objetivo es la sustitución de usos obsoletos incoherentes con las nuevas condiciones funcionales del área" ».

OCTAVO.- Hemos, en primer lugar, de señalar que no es al perito a quién le corresponde definir si el suelo urbano en cuestión tiene o no la categoría de consolidado, sino que su cometido es la aportación de datos técnicos para que sea el Tribunal quien, a partir de las definiciones legales y de la doctrina jurisprudencial, tenga elementos de juicio para decidir si el suelo urbano merece la categoría de consolidado o no, lo que, en el caso que revisamos en casación, no ha sucedido, al haber llegado el perito procesal a conclusiones jurídicas que la Sala de instancia asume sin apartarse un ápice de lo expresado por aquél y sin tener en cuenta para nada la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, recogida, entre otras, en las sentencias citadas por la representación procesal del recurrente al articular este primer motivo de casación, a las que cabe añadir las pronunciadas por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo con fechas 12 de mayo de 2008 (recurso de casación 2152/2004), 19 de mayo de 2008 (recurso de casación 4137/2004), 17 de diciembre de 2009 (recurso de casación 3992/2005), 29 de abril de 2011 (recurso de casación 1788/2007), 31 de mayo de 2011 (recurso de casación 5354/2007), 14 de julio de 2011 (recurso de casación 1590/2007), 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 39/2008), 26 de febrero de 2014 (recurso de casación 3346/2011), 28 de abril de 2015 (recurso de casación 2747/2012) y 1 de julio de 2015 (recurso de casación 2731/2013).

En estas sentencias hemos repetido una y otra vez que no resulta admisible que un suelo urbano que ya estaba consolidado en su uso, edificación y estructura, como en este caso manifestó el propio perito procesal, pueda perder la categoría de consolidado para degradarse a no consolidado por la circunstancia de que el nuevo planeamiento prevea una determinada transformación urbanística, aunque sea integral, doctrina jurisprudencial que ha de servir para interpretar el ordenamiento jurídico autonómico, pues, como declaró el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 164/2001, de 11 de julio de 2001 y 54/2002, de 27 de febrero de 2002, aunque los criterios de distinción entre las categorías primarias del suelo urbano es un cometido que corresponde detallar a la legislación autonómica, ello ha de ser siempre dentro de los límites de la realidad, lo que no ha sucedido en el caso que revisamos en casación porque el Tribunal "a quo", siguiendo el criterio interpretativo del perito procesal, ha interpretado lo establecido en el artículo 45.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002 sin tener en cuenta esa doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias antes citadas, razones todas por las que este primer motivo de casación debe ser estimado con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida en cuanto desestima la pretensión de los demandantes en la instancia y ahora recurrentes en casación, relativa a la categorización del suelo de su propiedad como urbano consolidado.

NOVENO.- Al ser estimable el referido primer motivo de casación, es nuestro deber, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que, en este caso, se circunscribe a decidir si el suelo en cuestión, propiedad de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación, tiene la condición de suelo urbano consolidado, a lo que procede acceder por las razones expresadas en los precedentes fundamentos jurídicos para estimar el primero de los motivos de casación alegados, con desestimación, sin embargo, del resto de las pretensiones formuladas en la demanda, y, en consecuencia, según lo establecido concordadamente en los artículos 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

Común, 68.1 b), 70.2, 71.1 a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debemos declarar nulas de pleno derecho las determinaciones de la revisión- adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella, aprobada definitivamente por Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía de fecha 21 de enero de 2011, en cuanto clasifican el suelo, propiedad de los recurrentes y demandantes en la instancia, de 17.629 metros cuadrados, situado en la trama urbana de la zona Málaga Oeste, en el número NUM000 de la CALLE000 y AVENIDA000, como suelo urbano no consolidado, dado que dicho suelo tiene la categoría de suelo urbano consolidado.

DECIMO.- La declaración de haber lugar al recurso de casación interpuesto, por ser estimable el indicado motivo primero, comporta la anulación de la sentencia recurrida en cuanto desestimó el recurso contencioso-administrativo y la primera de las peticiones formuladas por los demandantes, y, por consiguiente, no debemos hacer expresa condena al pago de las costas causadas, según establece el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con los artículos 68.2 y 95.3 de esta misma Ley, sin que existan méritos para imponer las de la instancia a cualquiera de los litigantes, conforme a lo dispuesto en el apartado primero del mismo precepto, en la redacción vigente al momento de la incoación del pleito, al no apreciarse en su actuación mala fe ni temeridad.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 y 107.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

Que, con estimación del primer motivo de casación y desestimación del resto, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por el Procurador Don José Ramón Couto Aguilar, en nombre y representación de la entidad mercantil Netobril S.A., de Don Andrés y de Don Doroteo, contra la sentencia pronunciada, con fecha 29 de mayo de 2015, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 394 de 2011, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, con estimación del recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Netobril S.A., de Don Andrés y de Don Doroteo contra la Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, de fecha 21 de enero de 2011, por la que se aprobó definitivamente la revisión-adaptación del Plan General de Ordenación Urbanística de Málaga, debemos declarar y declaramos que esta disposición general es contraria a derecho y, por tanto, radicalmente nula en cuanto clasificó el suelo, propiedad de los indicados recurrentes, con una superficie de 17.629 metros cuadrados, situado en la CALLE000 nº NUM000 y AVENIDA000 de la ciudad de Málaga, como suelo urbano no consolidado, al tener dicho suelo urbano la categoría de consolidado, estimando así la pretensión al efecto formulada por los demandantes en la instancia, y con desestimación del resto de las pretensiones sostenidas por los recurrentes en la misma demanda, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en dicha instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, cuya parte dispositiva y determinaciones declaradas nulas se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130052016100466