



Roj: **STS 1078/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1078**

Id Cendoj: **28079130052018100100**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **13/03/2018**

Nº de Recurso: **3097/2016**

Nº de Resolución: **399/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE JUAN SUAY RINCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 399/2018**

Fecha de sentencia: 13/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3097/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3097/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Juan Suay Rincon

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Quinta**

**Sentencia núm. 399/2018**

Excmos. Sres.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Rafael Fernandez Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Jose Juan Suay Rincon

D. Cesar Tolosa Tribiño

En Madrid, a 13 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3097/2016, interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Beatriz Ruano Casanova, en nombre y representación de D<sup>o</sup>. Ismael , D<sup>o</sup>. Leovigildo , D<sup>o</sup>. Nicolas y D<sup>a</sup>. Penélope y asistido del Letrado D. José Arteaga Pardo, contra la Sentencia nº 823/2016 dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en fecha 18 de abril de 2016, recaído en el recurso nº 711/2011 , sobre urbanismo; habiendo comparecido como parte recurrida el Excmo. Ayuntamiento de Fuengirola, representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso administrativo antes referido, el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, dictó Sentencia de fecha 18 de abril de 2016, por cuya virtud se desestimó el recurso contencioso administrativo nº 711/2013 interpuesto por D<sup>o</sup>. Ismael , D<sup>o</sup>. Leovigildo , D<sup>o</sup>. Nicolas y D<sup>a</sup>. Penélope contra la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Fuengirola, aprobado definitivamente por resolución de 22 de febrero de 2011 de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga. Sin costas.

**SEGUNDO.-** Notificada esta resolución a las partes, por los recurrentes se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado mediante diligencia de la Sala de instancia de fecha 12 de septiembre de 2016, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, los recurrentes (don Ismael , don Leovigildo , don Nicolas y doña Penélope ) comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formularon en fecha 15 de noviembre de 2016 su escrito de interposición del recurso, en el cual expusieron los motivos de casación que estimaron procedentes, terminando por interesar la estimación del recurso de casación, casando la sentencia de instancia y, en su consecuencia, el dictado de una sentencia conforme a lo interesado en el suplico de la demanda.

**CUARTO.-** Por providencia de la Sala, de fecha 17 de febrero de 2017, antes de admitir a trámite el presente recurso de casación, se dio traslado a las partes para que se pronunciaran sobre la concurrencia de una posible causa de inadmisión por defectuosa preparación del recurso de casación, por falta de juicio de relevancia de precepto estatal relevante y determinante del fallo de la sentencia y por articular un motivo que no había sido anunciado en el escrito de preparación ( artículos 89.1 y 93.2.a) LJCA ), siendo evacuado el trámite conferido a la parte recurrente mediante escrito de fecha 9 de marzo de 2017, no habiendo hecho alegación alguna el Ayuntamiento de Fuengirola.

**QUINTO .-** Por auto de la Sala, de fecha 3 de mayo de 2017, se acordó la admisión del recurso de casación interpuesto, remitiéndose las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala. Ordenándose por diligencia de fecha 9 de junio de 2017 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (Ayuntamiento de Fuengirola) a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo. Siendo evacuado el trámite conferido mediante escrito de fecha 26 de julio de 2017, en el que solicitó a la Sala la desestimación del mismo, sin condena en costas para esta parte.

**SEXTO .-** Por diligencia de la Sala, de fecha 7 de septiembre de 2017, se dio traslado a la parte recurrida para que alegara sobre la incorporación de los documentos aportados por la parte recurrida en su escrito de oposición, siendo evacuado el trámite conferido mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2017, en el que manifestó lo que a su derecho convino.

**SÉPTIMO .-** Por providencia de fecha 26 de septiembre de 2017, se declaró no haber lugar a los documentos presentados, al no reunir los requisitos del artículo 271.2 LEC . Mediante escrito de fecha 2 de octubre de 2017, la parte recurrida solicita aclaración de la providencia por la que se inadmite los documentos aportados. Por providencia de fecha 18 de diciembre de 2017, se acordó no haber lugar a la aclaración solicitada.

**OCTAVO .-** Por providencia se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 7 de marzo de 2018, en que tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso de casación frente a la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de fecha 18 de abril de 2016, por cuya virtud se desestimó el recurso contencioso administrativo nº 711/2013 interpuesto por D<sup>o</sup>. Ismael, D<sup>o</sup>. Leovigildo, D<sup>o</sup>. Nicolas y D<sup>a</sup>. Penélope contra la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Fuengirola, aprobado definitivamente por resolución de 22 de febrero de 2011 de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga.

**SEGUNDO.-** La sentencia impugnada, tras referirse al objeto del recurso sobre el que ha de pronunciarse y exponer en síntesis los fundamentos de la pretensión de la parte actora, así como los que se contrario se esgrimen por las administraciones demandadas (Junta de Andalucía y Ayuntamiento de Fuengirola) (FD 1<sup>o</sup>), recuerda nuestra doctrina sobre los mecanismos de control de la potestad de planeamiento y la exigencia de una motivación, que incluso puede ser reforzada en algunos casos, pero que con el señalado alcance no es proyectable a un supuesto como el examinado (FD 2<sup>o</sup>), por las razones que se expresan a continuación ya en el FD 3<sup>o</sup>:

<<Pues bien, con respecto a las determinaciones aquí combatidas lo primero que debemos notar es que, tratándose de la calificación del suelo y como pusimos de manifiesto en Sentencias de 16 de febrero de 2015 (recurso 618/2010), 20 de abril de 2015 (recurso 1188/2010), 18 de mayo de 2015 (recurso 388/2011) y 29 y 30 de junio de 2015 (recursos 398/2011 y 829/2010, respectivamente) -entre otras muchas y por citar las más recientes- cuando, como es el caso, nos encontramos ante una mera revisión de planeamiento es posible admitir una motivación de alcance general como la que se contiene en este caso en la Memoria, siendo innecesario descender al detalle del cambio de clasificación de puntos concretos del territorio sobre el que se proyecta, más propio de una modificación, argumento que en el supuesto concreto aquí examinado cobra mayor relevancia si tenemos en cuenta que con la revisión viene a mantenerse la calificación de que gozaban los términos en el planeamiento anterior>>

Además:

<<Debiendo además señalar que del texto del PGOU resulta acreditada la justificación de la ordenación establecida, así en concreto de las fichas técnicas del SG ZV 11.1 y SG ZV 11.2 en las que se hacen constar la situación del terreno que la componen sus parcelas, se establecen las condiciones de ordenación las condiciones de destino y se incluyen observaciones en relación con el colindante dominio público hidráulico y su zona de servidumbre. Destacando las condiciones de destino que "tiene protección ambiental y del POT" y en la descripción de la segunda se insiste quede enclavada una vivienda unifamiliar en dicho parque lo que no hace sino venir a justificar la ordenación mantenida en la Revisión del Plan>>.

Pero es que todavía se añade en el siguiente fundamento una razón adicional, a tenor de los antecedentes del caso FD 4<sup>o</sup>):

<<Señalar por último que la parte recurrente mantiene su recurso en la ordenación urbanística al año 1982 y sin embargo omite que la inclusión de los terrenos de su propiedad en el Sistema General 12 Parque General ya se encontraba incluida en la Revisión del PGOU de 1998. Y que además, tal y como se hace constar por la Junta de Andalucía, los anteriores propietarios de dichos terrenos, de los que, los recurrentes son herederos como se mantiene en el hecho segundo de su escrito de demanda, ya interpusieron recurso contra el referido Plan General y contra la inclusión de los terrenos en el referido SG habiendo recaído sentencia firme en la que se mantiene el ajuste a derecho de la referida inclusión (sentencia de 28/03/2006 recaída en el recurso 190/1999)>>.

Por cuanto antecede, en suma, el recurso contencioso-administrativo es desestimado (FD 5<sup>o</sup>), sin imposición de condena en costas (FD 6<sup>o</sup>).

**TERCERO.-** Se articula el pretende recurso de casación a partir de un doble orden de motivos:

1) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas estatales y doctrina jurisprudencial respecto a los límites al ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración Local, la interdicción de la arbitrariedad y la justa distribución de beneficios y cargas en la acción urbanística, contenidas en los artículos 14 y 106 CE; artículos 3.1, 3.2f) y 72.5.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo; artículo 25.1.c) del Reglamento de Planeamiento, y jurisprudencia que se cita.

2) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas estatales y doctrina jurisprudencial respecto a la interdicción de la arbitrariedad, así como el principio de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 9.3 y 106 CE, artículos 3.1,



3.2.f) y 72.5.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo ; artículo 25.1.c) del Reglamento de Planeamiento , y jurisprudencia que se cita.

**CUARTO.-** Estos dos motivos invocados y desarrollados por la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso no se corresponden, sin embargo, con los dos que habían sido anunciados por ella en el escrito de preparación, toda vez que a la sazón el primero de ellos vino a articularse por la vía de la letra c) del artículo 88.1 de nuestra Ley Jurisdiccional, mientras que ahora los dos que se esgrimen se fundamentan en la letra d) del mismo precepto legal .

No obstante, en nuestro Auto de 3 de mayo de 2017 , como ya antes avanzamos, interpretamos -conforme a un principio " *pro actione* " - que no procedía declarar la inadmisión del presente recurso; y que había que entender que ambos motivos venían a ser el resultante de subdividir en dos (sub) motivos el segundo de los anunciados en el recurso.

Es así que procede entonces que ahora nos pronunciemos sobre ellos, si bien cumple hacerlo en este trance dándoles una respuesta conjunta, que desarrollamos a continuación.

**QUINTO.-** En efecto, se invocan en ambos casos como infringidos los mismos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios ( artículos 14 y 106 CE ; artículos 3.1 , 3.2f ) y 72.5.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo ; artículo 25.1.c) del Reglamento de Planeamiento ), así como el mismo principio de interdicción de la arbitrariedad, solo que en el primer caso se conecta ello con los límites al ejercicio del *ius variandi* y la justa distribución de beneficios y cargas en la acción urbanística, y en el segundo, con el principio de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica.

De ahí que la jurisprudencia que igualmente se estima vulnerada en el escrito de preparación se complete e integre con la que ahora se invoca en el escrito de interposición, con ocasión del desarrollo de los dos motivos en que este escrito se subdivide, en los términos antes indicados.

Así las cosas, el recurso se funda en la falta de justificación de la determinación adoptada por el plan en relación con la finca de la titularidad de los recurrentes, con base en que, con anterioridad, con base en el PERI aprobado por el Ayuntamiento de Fuengirola en 1984 se atribuyó a la propiedad de los recurrentes la calificación de unifamiliar aislada con parcela mínima de 500 m2. Es así que ahora en la revisión impugnada se incluyen los terrenos dentro de un Parque Urbano en el Sistema General 12 (SG 12 Parque Carvajal).

Reconoce el recurso, como no puede ser de otro modo, que son legítimas las modificaciones de los planes, si bien no pueden ser arbitrarias, y lo es la que se postula ahora en tanto que, en el supuesto de autos, la calificación atribuida por el plan carece de la motivación requerida, atendiendo a los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que se reputan infringidos (de manera expresa y categórica el deber de la Administración de motivar el ejercicio de su potestad de planeamiento así viene proclamado por la normativa legal actualmente en vigor: artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 ).

Si no había necesidad de dotar de mayores zonas libres al municipio, no es posible justificar que puede haber tal necesidad con posterioridad; y, por otra parte, la falta de la requerida motivación viene ahora avalada asimismo, porque, si bien ya en 1998 hubo ocasión de incorporar en dicha fecha, mediante una revisión del plan, la determinación que ahora vuelve a cuestionarse, ningún desarrollo urbanístico se ha llevado a efecto en todo este tiempo: la falta de realización de la actuación proyectada acreditaría también su falta de necesidad.

Sucintamente expuesto es a este planteamiento al que responde el recurso que ahora hemos de resolver. En realidad, sin embargo, el recurrente no niega la existencia de motivación, más exactamente lo que reprocha al plan es que dicha motivación es solo genérica y por tanto insuficiente o, si se prefiere, no aparece suficientemente individualizada.

El ámbito del sistema general (Parque Urbano Carvajal) queda así establecido en 13.478 m2, de los que el Ayuntamiento disponía ya de 6.103 m2. De este modo, el total de las zonas verdes previstas asciende a 548.757 m2, una proporción de 6,29 m2 por habitante, y si se restara de ella los terrenos de los recurrentes ubicados en el parque urbano previsto, la superficie quedaría en 542.283 m2, en una proporción de 6,22, una alteración del porcentaje absolutamente insignificante, en todo caso, inferior a los legalmente exigidos (5 m2 por habitante).

La cuestión, pues, no está tanto en si está justificado el sistema general en sí mismo considerado, sino si lo está la inclusión en el mismo de los terrenos de propiedad de los recurrentes.

**SEXTO.-** Ha de repararse, sin embargo, a lo que a ello responde la sentencia de instancia -y lo hace, por lo demás, con base en nuestra propia jurisprudencia que no deja de citar-. Dicho sea ahora en síntesis, para evitar nuevas transcripciones: 1) que, como no se trata de una modificación puntual del plan sino de su revisión general no resulta exigible el mismo grado de detalle a la motivación y 2) máxime cuando no se trata de introducir una nueva determinación sino de mantener la preexistente (en tanto que la revisión



ahora cuestionada de 2011 reproduce la determinación que ya figuraba incluida en la revisión de 1998). Nos remitimos para mayor grado de detalle al FD 2º de esta sentencia.

La argumentación sustentada así por la sentencia impugnada resulta irreprochable:

Por un lado, el plan controvertido en los autos contiene, atendiendo a su memoria y fichas gráficas, una suficiente explicación de las determinaciones adoptadas en relación con los terrenos controvertidos en el supuesto que nos ocupa. Porque, entre los espacios naturales especialmente protegidos, y entre las tres clases que se contemplan de tales espacios contempla el Parque Carvajal en la primera "espacios de alto valor ecológico y paisajístico) y en la segunda de ellas (áreas de protección geológica), espacios cuya delimitación se efectúa por las fichas en que se detalla la descripción de la zona protegida, y sus condiciones de ordenación y de destino.

Por otro lado, se trata de una determinación ya existente con anterioridad y ya entonces debidamente fundamentada. Y aquí cobra especial relieve un dato en el que también repara la sentencia impugnada, pero sobre el que ahora se hace preciso abundar.

**SÉPTIMO** .- No se trata, en efecto, de una afirmación apodíctica sino que así se corroboró en sede judicial, toda vez que la precedente revisión de 1998 (cuyo avance por otro lado, al parecer y al decir de los propios recurrentes, todavía mantenía la antigua calificación de la finca) fue impugnada a propósito de esta misma determinación -a instancias de un recurso promovido por lo demás por los causahabientes de los actuales propietarios, como la propia resolución objeto ahora de este recurso se cuida de recordar-, y por dicha razón la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Málaga, de 28 de marzo de 2006 (rec. 190/1999 ), vino a pronunciarse al respecto (y a zanjar de este modo la cuestión litigiosa una vez adquirida firmeza).

Reparó así, en primer término, en el distinto alcance de una revisión general de un plan por razón de su ámbito en relación con el limitado que es propio de un PERI:

<<Ahora bien, de entrada, ningún atisbo de arbitrariedad en la actuación administrativa impugnada aportan las determinaciones que sobre espacios libres se incorporaron al Plan Especial de Reforma Interior de la zona, que además de ser bastante anteriores en el tiempo a las que ahora se enjuician, se referían concretamente a las necesidades del particular ámbito territorial de dicho plan especial, limitado en los términos establecidos en el apartado 2.2 de sus normativa (aportada como documento 5 de la demanda) y que, como es evidente, nada indica en relación con las carencias que para la totalidad del municipio pueden haber justificado el establecimiento de un sistema general, como es el caso, que, según es bien sabido, al integrar los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio, sirven a la generalidad del municipio y no al sector en el que concretamente se ubican>>.

También la viabilidad económica de la actuación planteada, sin que a ello sea óbice la superación del estándar mínimo establecido legalmente para zonas verdes (sobre todo, tratándose de una zona de importante afluencia turística):

<<Frente a lo que también se alega en la demanda, tampoco desde una perspectiva económica, relacionada con el supuestamente elevado coste de la operación, se muestra la irracionalidad de la modificación urbanística, sobre todo si se tiene en cuenta la escasa edificación existente (sólo cuatro de las parcelas se encuentran edificadas), llevada a cabo además de acuerdo con el planeamiento anterior al citado Plan Especial, y cuyas consecuencias económicas habrán de solucionarse, según lo expresamente indicado por el artículo 30 de las normas del Plan, de acuerdo con lo establecido por los artículos 199 y siguientes y 206 del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por el Real Decreto 1/1992, de 26 de junio de 1992, es decir mediante expropiación forzosa o transferencias de aprovechamientos, sin que, por lo tanto, se aprecie en este aspecto la insuficiencia que también se achaca al Plan, que, a pesar de lo que igualmente se denuncia, tampoco vulnera el artículo 25.1.c) del Reglamento de Planeamiento Urbanístico , por superar la proporción de parques urbanos públicos de 5 m2 de suelo por habitante, que el precepto establece claramente con carácter de estándar mínimo, susceptible, pues, de ser rebasado por el planificador, lo que resulta fácilmente comprensible en el caso en atención a la importante afluencia turística estacional de la zona.>>

Y, en fin, más allá de todo ello, se aporta por la sentencia una fundamentación clara y precisa de las razones ambientales determinantes de la determinación adoptada:

<<Por lo demás, es verdad que como manifestación del ius variandi de la Administración, la implantación misma del sistema general y su localización debe encontrar en la documentación del Plan la justificación necesaria para descartar la arbitrariedad de la opción elegida y la consiguiente vulneración del principio de igualdad, y cuya carencia el actor pretende encontrar en el propio tenor del acuerdo impugnado, en el que la



Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo exige la incorporación al Plan de un estudio pormenorizado sobre los sistemas generales programados a obtener y el estudio económico a ellos inherente.

Sin embargo, de un lado, con esa precisión se salvaría la legalidad del propio acuerdo recurrido, que, precisamente, estaría ratificando la ausencia de la mencionada justificación. Por ello, y sin perjuicio de la eficacia que el plan pueda seguir manteniendo tras su aprobación, o de la cobertura que en esa situación pueda seguir ofreciendo a los diversos actos que se dicten en su aplicación, la legalidad de su aprobación no podría cuestionarse desde esa perspectiva.

De otro lado, y con independencia de la necesidad que esa justificación (exigida por la Comisión Provincial) pueda llegar a tener en relación con la totalidad de los sistemas generales del plan, la que requeriría el que ahora se trata puede encontrarse sin demasiado esfuerzo en la memoria del Plan, que, ante todo, al definir sus objetivos medioambientales (apartado 0.4.7.2), tras mencionar la consolidación urbanística de la superficie del municipio, de hasta un 70 por ciento, y el condicionamiento que ello supone para las actuaciones proteccionistas sobre el medio físico, se refiere a la cuidadosa selección de aquellas áreas "...que bien por sus condiciones naturales paisajísticas, agrícolas, forestales, valores arqueológicos, etc., deben ser sometidas a una regulación normativa específica que determine las pautas de ordenación y regule los usos que pueden desarrollarse...", contemplando entre otras la del Parque de Carvajal y definiéndolo como "...un espacio natural, donde se produce la desembocadura del arroyo de las Presas, dentro de la franja marítima de Carvajal...", añadiendo que "...mediante este documento se pretende consolidar su uso como zona verde pública con carácter de parque, manteniendo el arbolado existente y tratando el cauce del arroyo...". Además, la ficha correspondiente describe el Sistema como integrado, entre otros elementos, por la desembocadura del mencionado arroyo, parcialmente embovedado, disponiendo de cierto número de ejemplares arbóreos interesantes, añadiendo que "...junto con el Parque España, el Eucaliptal y el Parque del Boquetillo constituirán las zonas verdes urbanas más importantes de la ciudad por su entidad y tamaño...". Las condiciones de ordenación que se incluyen en la ficha aportan también su justificación al referirse a la creación futura de un parque urbano, con uso o destino de zona verde pública, mantenimiento del arbolado existente y, sobre todo, indicando la consideración del Parque como una extensión del Paseo Marítimo.>>

Concluye, así, pues, esta resolución resaltando, en el mismo sentido con que comenzábamos indicando, la improcedencia de venir a reivindicar ahora un esfuerzo argumentativo superior en punto a justificar la racionalidad de la determinación adoptada por el plan controvertida en los autos.

**OCTAVO** .- Al ubicarse la misma en el marco de un procedimiento de revisión general del plan, a la que no le es dable entrar en el detalle de las razones de la ordenación propuesta en todas las parcelas que abarca, como es fácil entender.

Y máxime cuando, además, hemos de añadir, en sintonía con la sentencia que ahora es objeto de recurso, con ocasión de la revisión no ya de 1998 sino de la de 2011, que no hay ahora un cambio de calificación respecto de la ordenación vigente con anterioridad sino el mantenimiento de la preexistente.

Cuando la sentencia impugnada se refiere a que la demanda omite este dato (revisión de 1998) y cuando el recurso advierte ahora sobre el error en que supuestamente ha incurrido dicha resolución porque la demanda no dejaba de referirse a ello, hemos de señalar que, en realidad no hay tal error, porque lo que la sentencia trata de remarcar de este modo no es la omisión del dato en sí mismo considerado, sino de las consecuencias que resulta procedente deducir a partir de él, en el sentido en que precisamente acabamos de apuntar.

Puestos a reforzar incluso esta serie de consideraciones, partiendo de esta realidad, ese plus de motivación, que ahora pretende exigirse al plan, podría en efecto llegar a plantearse, si lo que éste pretendiera fuera lo contrario y accediendo a la posición de los recurrentes, viniera por la señalada razón a reducirse y no a mantener el ámbito de los espacios dedicado a zonas verdes por el plan anterior.

Conforme, ciertamente, tenemos declarado en una abundante jurisprudencia (por todas, STS de 14 de junio de 2011 RC 4879/2009 ; también la de 29 de marzo de 2012 RC 3425/2009 ; e incluso con anterioridad a ambas, ya en la STS de 16 de diciembre de 2010 RC 5716/2006 ). Entonces sí que le es exigible al planificador un esfuerzo adicional encaminado a acreditar la justificación de la reducción de zonas verdes.

En tanto que la fijación del estándar legalmente establecido no constituye sino el porcentaje mínimo que resulta de obligatoria observancia, tampoco puede reprocharse al planificador que el plan exceda del mismo, máxime, cuando reconoce el recurso, las previsiones de la población en Fuengirola van en constante aumento (así también, de su espacio circundante), y se trata además de una zona de importante afluencia turística.

La determinación del plan controvertida en la instancia, por virtud de cuanto antecede, aparece suficientemente justificada y no apreciamos así que la sentencia impugnada incurra en infracción alguna de nuestro ordenamiento jurídico.



Sin que tampoco puede prosperar, en fin, la queja del recurrente en cuanto a la prolongación en el tiempo de la carga que pesa sobre los terrenos de su titularidad, ya que en su mano está ponerla término, en tanto que el ordenamiento jurídico arbitra los mecanismos precisos al efecto, y así se lo ha cuidado de recordar el propio ayuntamiento a través de su representación letrada, por todos, en el propio escrito de contestación a la demanda (cuyo contenido ahora se reproduce en el escrito de oposición), de acuerdo a lo establecido por la normativa autonómica que resulta de aplicación al caso y a tenor también de las propias previsiones establecidas por el plan impugnado en la instancia (artículos 3.1.1 y 5.2.2).

Su situación, pues, es también producto por tanto de su falta de actividad (sin que resulte pertinente la cita de nuestras STS de 29 de mayo de 2013 RC 6892/2009 y de 17 de septiembre de 2015 RC 3997/2013, que se traen a colación, por no resultar coincidentes de partida las propias situaciones de hecho a las que las indicadas resoluciones dan respuesta).

Lo que no cabe es por la expresada razón venir ahora a cuestionar (más exactamente, volver a cuestionar) la racionalidad de las determinaciones adoptadas por el plan, que es la perspectiva desde la que ha de enjuiciarse este motivo de casación, en los términos en que dejamos consignados antes en el FD 4º de esta sentencia.

**NOVENO.-** Por todo ello, procede la desestimación en su integridad del recurso, lo que determina, de conformidad con el artículo 139.1 LJCA, la imposición de las costas a los recurrentes, que la Sala, haciendo uso de las facultades establecidas en dicho precepto y atendiendo a las circunstancias del caso, establece en la cantidad máxima, por todos los conceptos, de 4.000 euros, más IVA, a favor del Ayuntamiento demandado.

## FALLO

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

**PRIMERO** .- Desestimar el recurso de casación nº 3097/2016, interpuesto por la representación procesal de Dº. Ismael, Dº. Leovigildo, Dº. Nicolas y Dª. Penélope contra la sentencia nº 823/2016 dictada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, en fecha 18 de abril de 2016, recaída en el recurso contencioso administrativo nº 711/2011, que queda firme.

**SEGUNDO**. - Con condena en costas a los recurrentes en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, D. Rafael Fernandez Valverde, D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso, D. Wenceslao Francisco Olea Godoy,

D. Jose Juan Suay Rincon D. Cesar Tolosa Tribiño,

**PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jose Juan Suay Rincon, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.