



**Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla - Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga**

Avda. Manuel Agustín Heredia, 16, 29001, Málaga.

N.I.G.: 2906745320190005494.

**Procedimiento: Recurso de Apelación 585/2024.**

**De:** [REDACTED]

**Procurador/a:** FRANCISCO JAVIER DUARTE DIEGUEZ

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE MALAGA y MERILINAYA S.L.

**Procurador/a:** AURELIA BERBEL CASCALES y MARIA VICTORIA RODILES-SAN MIGUEL CLAROS

**SENTENCIA NÚMERO 2473/2024**

**ILUSTRÍSIMOS SEÑORES**

**PRESIDENTE**

D. MANUEL LOPEZ AGULLO

**MAGISTRADOS**

D<sup>a</sup>. TERESA GOMEZ PASTOR

D. CARLOS GARCIA DE LA ROSA

Sección Funcional 1<sup>a</sup>

En la ciudad de Málaga, a tres de octubre de dos mil veinticuatro.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el recurso de apelación registrado con el número de rollo 585/24, interpuesto en nombre de [REDACTED]

[REDACTED] representado por el Procurador de los Tribunales D. Javier Duarte Diéguez, contra la sentencia 85/24, de 27 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 762/2019; habiendo comparecido como apelado la EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA representado por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Aurelia Berbel Cascales, y MERILINAYA, S.L. representada por el Procurador de los



Tribunales D<sup>a</sup>. María Victoria Rodiles San Miguel, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos García de la Rosa, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de [REDACTED] se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de fecha 30 de abril de 2019 que aprueba el proyecto de actuación en suelo no urbanizable [REDACTED]

**SEGUNDO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 1 de Málaga dictó, en este recurso contencioso-administrativo tramitado con el nº PO 762/2019, sentencia de fecha 27 de marzo de 2024 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia por la representación de la parte recurrente se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de las codemandadas, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

**CUARTO.-** No habiéndose solicitado celebración de vista o presentación de conclusiones, quedaron los autos, sin más trámite para votación y fallo, designándose ponente y señalándose seguidamente día para votación y fallo para el día 2 de octubre de 2024, fecha en que tuvo lugar.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida desestima el recurso planteado por [REDACTED]

[REDACTED]



Frente a esta sentencia se alza la representación de [REDACTED]  
recurrente, invocando los siguientes motivos: [REDACTED]

La representación de la administración local y de la compañía codemandada se oponen al recurso de apelación planteado, y solicitan la confirmación íntegra de la sentencia de instancia en base a sus propios fundamentos, que no se critican autónomamente en el recurso de apelación, que constituye una mera reproducción de lo alegado en primera instancia.

**SEGUNDO.-** Como hemos advertido en otras sentencias de esta Sala, la implantación excepcional de instalaciones y usos que no respondan al destino natural del suelo en situación básica de rural, está sujeto a una serie de condicionantes, el primero de los cuales se refiere a la compatibilidad de la actuación pretendida con la normativa urbanística singular de la ordenanza de uso de la tipología de suelo afectado.

[REDACTED]. Ahora bien, debe precisarse que el hecho de quedar incluida en la relación de actividades potencialmente viables en el espacio rústico, no equivale a la declaración de utilidad pública o interés social, es necesario un análisis singular para cada proyecto en el que se revele la presencia de ese requisito.

[REDACTED]

Luego partiendo del presupuesto de la compatibilidad potencial del uso pretendido con el régimen urbanístico del espacio afectado, la aprobación del proyecto de actuación responde esencialmente a la finalidad de acreditar la necesidad de su instalación en ese espacio y no en otro urbano, así como la concurrencia de un interés público que justifique el desarrollo de la actividad en suelo rústico.

La actuación de interés público es tal cuando se justifique la existencia de una causa de utilidad pública o interés social que la soporte. Estamos en presencia de dos conceptos



jurídicos indeterminados cuya diferenciación en la práctica no es sencilla, pero que en ambos casos responden a la presencia de una necesidad de orden colectivo de carácter preeminente.

El rigor en la justificación de ese interés de la colectividad se exagera en aquellos casos en los que el suelo está sujeto por razones de interés general de carácter ambiental, a una especial protección, por la lógica razón de que es necesario vencer el interés público ambiental declarado con otro de mayor valor.

En este sentido conviene reparar en que cuando se trata de la preservación de un interés público de carácter ambiental, el principio de no regresión impide que puedan llevarse a cabo prácticas administrativas (y judiciales) que rebajen el nivel de protección ambiental previamente reconocido, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental.

En este sentido tiene declarada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia como la de 30 de junio de 2023 (rec. 7738/21) que *“el principio de no regresión no consiente una aplicación mecánica, exige un esfuerzo de ponderación de los valores en presencia que debe quedar reflejado en el expediente administrativo, en la documentación del plan, y exteriorizarse en la correspondiente motivación para explicar las razones que llevan a la adopción de determinadas medidas que puedan reducir el nivel de protección ambiental hasta ahora alcanzado y su justificación desde la perspectiva de un interés público prevalente”*

La sentencia apelada, en lo que se refiere a la motivación de la concurrencia de causa de utilidad pública o interés social, no es incongruente por omisiva, pues contiene un pronunciamiento al respecto, parco, pero que se entiende por remisión al acuerdo recurrido y al acopio documental técnico del expediente administrativo.

Sin embargo en contra de esta aseveración apodíctica de la sentencia, observamos nosotros que el acuerdo que aprueba el proyecto de actuación controvertido, a la hora de motivar la concurrencia de causa de utilidad pública o interés social resulta prácticamente inexistente en la parte que se remite al también insuficientemente motivado informe técnico de fecha 3 de abril de 2019. Se nos viene a explicar que el interés público se identifica con *“el ofrecimiento a a ciudad de Málaga de una infraestructura de calidad que viene a sumarse a otras ya existentes, pero que busca la excelencia y el respeto al entorno único preexistente...”*.

En este caso, no atisbamos la menor conexión lógica de estas razones con el concepto de utilidad pública o interés social, de manera que no nos ha sido posible identificar el trascendente beneficio para la comunidad, que asociado a esta actividad mercantil, supere el interés ambiental reconocido permitiendo su postergación. Para superar el interés ambiental del espacio se contraponen una actividad que se propone a sí misma como infraestructura de calidad, destinada a la celebración de eventos, que desde luego no puede resultar inocua para los intereses ambientales preservados, por su impacto visual, acústico, lumínico, y generador de residuos, reconociendo al tiempo que se trata de una tipología de actividad mercantil que



ya existe en la ciudad, al tiempo que anticipa una serie de medidas correctoras para la preservación de un entorno que se define como “*único*”.

Aun admitiendo que la definición de los fines de interés social constituye una parte esencial de la actividad administrativa discrecional, correspondiendo a la Administración delimitar de acuerdo con la sensibilidad social de cada momento cuales sean estos intereses colectivos que se han de superponer al interés privado o público subordinado, no es menos cierto que en el ejercicio de ese margen de apreciación discrecional, la Administración debe agotar con rigor el deber que le incumbe de motivar su decisión.

En definitiva estamos aquí ante una declaración retórica, carente de contenido real, orientada a justificar la presencia de un interés público prevalente que no existe al margen del interés privado de orden mercantil, que legítimo, no se compadece con el régimen de protección del suelo, pues esta actividad no presenta el rasgo excepcional de constituir una instalación que repercuta de manera positiva en el interés socio- económico de la colectividad con tal intensidad que admita la postergación del interés público ambiental previamente reconocido, resultando una actividad hostelera no distinguible de las muchas otras ya existentes en la ciudad de Málaga, sin aportación reseñable a la colectividad.

La estimación de este motivo del recurso de apelación lleva aparejada la revocación de la sentencia de instancia y la estimación del recurso contencioso administrativo con la consecuente anulación del acuerdo municipal de fecha 30 de abril de 2019, por ausencia de motivación de la concurrencia de utilidad pública o interés social del establecimiento a implantar en suelo no urbanizable con protección paisajística “*area de sensibilidad paisajística*”.

### TERCERO.-



El principio de cautela se traduce en un deber administrativo de adopción de medidas de prevención de potenciales daños medioambientales, que responde a la “*finalidad institucional justificadora*” de “*anticipar la protección ambiental antes de la toma de decisiones que puedan comprometer negativamente el medio ambiente*” (STS de 17 de enero de 2024 (rec. 2859/22)).

Como razonábamos en el fundamento precedente, la normativa del PGOU de Málaga reconoce la compatibilidad de los usos hosteleros y de restauración con la clasificación del suelo como no urbanizable “*área de sensibilidad paisajística*”, previa la aprobación del correspondiente proyecto de actuación, o plan especial.

El PGOU está sujeto a una evaluación ambiental de planes y programas, de conformidad con lo previsto en el art. 6 de la Ley 21/2013, de 21 de diciembre, de Evaluación Ambiental, y al art. 38 y 40 de la Ley 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.



De aquella evaluación ambiental estratégica procede la consideración del uso aquí discutido como viable en espacios con el nivel de protección paisajística que a la postre tiene reconocido el suelo concernido en estos autos, de acuerdo con los requisitos, condicionantes y medidas correctoras que contiene la normativa urbanística en relación con los mismos, y que se entienden fruto de aquella evaluación ambiental estratégica preceptiva.

La cuestión que sugiere la apelante en relación con la posibilidad de anticipación del trámite de calificación ambiental al momento del examen y la aprobación de un proyecto de actuación, cuenta con un precedente pronunciamiento de esta Sala, la sentencia de fecha 2 de febrero de 2017 (rec. 2675/2015) que lo consideró como una posibilidad admisible pero en cualquier caso no preceptiva, pues del contenido del art. 44 de la Ley de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental en relación con el art. 8 del D 297/1995, de 19 de diciembre, que aprueba el reglamento de calificación ambiental, el trámite de calificación ambiental (aplicable a la luz del anexo I Ley GICA), se contemplaba exclusivamente respecto de la licencia urbanística. Consideramos entonces que no resultaba procedente imponer una duplicidad de trámites ambientales, que en atención a la identidad de los elementos esenciales del proyecto de actuación y del posterior y más concreto proyecto de ejecución sujeto a licencia, pudieran resultar trámites superfluos y reiterativos (en similares términos la Sentencia de la Sala homóloga de Sevilla de 14 de septiembre de 2017, rec. 494/17)

Luego existiendo una evaluación ambiental estratégica que admite en abstracto la compatibilidad del uso con la clasificación urbanística del suelo, la calificación ambiental que haya de practicarse respecto de una concreta actuación debe referirse a aquel proyecto que presente el pormenor de las características físicas de la instalación, la concreta definición de las actividades a desarrollar, y la descripción de las externalidades negativas que para el espacio implica la implantación del uso, momento que debe hacerse coincidir con el del examen del proyecto asociado a la solicitud de licencia urbanística, teniendo en cuenta que la aprobación de un proyecto de actuación no permite por si misma la implantación y puesta en funcionamiento de la actividad, por lo que quedaría incólume el invocado principio de cautela.

Desde esta perspectiva no apreciamos infracción determinante de la anulación del acto administrativo combatido en origen.

**CUARTO.-** [REDACTED]



Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

### FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Duarte Diéguez, en nombre y representación de [REDACTED] frente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Málaga de fecha 27 de marzo de 2024, que se revoca, y en su lugar se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Málaga de 30 de abril de 2019, que se anula por no ser conforme a derecho, con expresa imposición de las costas procesales de la primera instancia a cargo de las codemandadas que responderán a prorrata hasta el límite [REDACTED].

No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.  
Notifíquese la presente sentencia a las partes del proceso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación a preparar por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde su notificación en los términos del art. 89.2 de LJCA.

Luego que firme remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.





**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-





