



Roj: **STSJ AND 4433/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:4433**

Id Cendoj: **18087330042023100348**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **09/05/2023**

Nº de Recurso: **2990/2020**

Nº de Resolución: **1120/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SILVESTRE MARTINEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SEDE EN GRANADA

SECCION CUARTA

RECURSO DE APELACION NÚM. 2990/2020

SENTENCIA NÚM. 1120 DE 2023

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. Beatriz Galindo Sacristán

Ilmos. Srs. Magistrados:

D. Silvestre Martínez García

D. Ricardo Estévez Goytre

Granada, a nueve de mayo de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de apelación número **2990/2020**, dimanante del procedimiento ordinario tramitado y resuelto por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Almería, interpuesto por la Procuradora D^a. Noelia Guirado Almécija, en representación del **AYUNTAMIENTO DE ZURGENA (ALMERIA)**; como parte apelada se personó la Procuradora D^a María Visitación Molina Cano , en representación de D. Damaso Y D. Donato .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de mayo de 2020 se interpuso por la representación procesal del AYUNTAMIENTO DE ZURGENA, recurso de apelación contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Almería, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto. Solicitando el Ayuntamiento apelante la revocación de la sentencia apelada, con expresa imposición de costas en la primera instancia.

SEGUNDO.- Por la representación procesal de D. Damaso y D. Donato , se presentó escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto, en fecha 25 de junio de 2020, solicitando el dictado de sentencia que desestime íntegramente el recurso de apelación, con imposición de las costas causadas.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones, a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para la tramitación y resolución del recurso interpuesto, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso. Actuó como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Silvestre Martínez García



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia número 46/2020, de 13 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Almería, cuyo fallo fue el siguiente:

"ESTIMO ÍNTEGRAMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Damaso y D. Donato contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud efectuada por la recurrente en fecha 4 de octubre de 2016 al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZURGENA por no ser conforme a derecho. Y en consecuencia, DEJO SIN EFECTO LA MISMA y CONDENO al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZURGENA a devolver a D. Damaso y D. Donato la cantidad de CUARENTA MIL EUROS (40000€), más los intereses legales que devengue esta cantidad desde el 4 de octubre de 2016. Todo ello con imposición a la Administración demandada de las costas causadas en este procedimiento."

El Juzgado de instancia estimó el recurso contencioso administrativo, partiendo como hechos acreditados de la existencia de Convenio Urbanístico, suscrito el 14 de enero de 2004, aprobado inicialmente por el Pleno municipal el 31.01.2004 (BOP de 24.02.2004), y acordándose la aprobación definitiva por el Ayuntamiento en Pleno en sesión celebrada el 02.04.2004. La finalidad y objeto del convenio era la reclasificación de 100 hectáreas de suelo no urbanizable del municipio de Zurgena, como suelo urbanizable, a realizar mediante la previsión de la redacción del Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU).

En segundo lugar, la sentencia se señala que no es controvertido por las partes que los recurrentes, entregaron a cuenta, en concepto de abono de certificaciones y facturas PGOU, según cláusula 1ª del Convenio, el 28.01.2005, la cantidad de 40.000 €. Y, en tercer lugar, se constata en la sentencia de instancia que, a la fecha de la solicitud de los recurrentes de devolución de la cantidad entregada, la clasificación de los terrenos propiedad de los recurrentes no había sido cumplida íntegramente en el Convenio.

En la sentencia se declara incumplido el plazo de 10 años de vigencia, plazo no incluido en las cláusulas del Convenio para el cumplimiento de la reclasificación urbanística, pero que sí constaba en el acuerdo plenario de aprobación del convenio. Asimismo, entiende incumplido el convenio y las obligaciones del Ayuntamiento, pues de la aprobación definitiva del PGOU por la Comisión Territorial de Ordenación del Territorio de Almería (Junta de Andalucía), resolución de fecha 31 de mayo de 2017, no queda acreditado el cumplimiento de la obligación municipal de clasificación del suelo como urbanizable.

Por último, en cuanto a la forma de reclamación de la devolución de la cantidad entregada, la sentencia señala que, aunque los actores no procedieron de acuerdo con la estipulación sexta, los demandantes no interesaron la resolución del Convenio por incumplimiento, sino que solo reclamaron el cumplimiento de una de las cláusulas del convenio, en particular la primera, cuando regula las compensaciones económicas a cargo de los actores, por lo que desestima el motivo de oposición del Ayuntamiento.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Zurgena recurre en apelación la sentencia antes reseñada planteando como motivo único que el Convenio urbanístico debe quedar resuelto para que se pueda obtener por la parte recurrente la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, pues se acordó en el convenio la necesidad del requerimiento fehaciente de cumplimiento, confirmando a la otra parte un plazo de 30 días desde el requerimiento para su cumplimiento, requerimiento previo que no se realizó.

El apelante aduce que es inexorable la resolución del convenio urbanístico, por causa imputable a la Administración por no cumplir lo pactado para que opere la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, además del previo requerimiento de cumplimiento de este, de conformidad con la estipulación sexta. Requerimiento que no se ha producido, por lo que carece de encaje legal la sentencia.

TERCERO.- Debemos comenzar con la cita del artículo 30 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), que regula los convenios urbanísticos en materia de planeamiento, como era este el caso, en su redacción aplicable al momento de aprobarse el Convenio en el año 2004, que era la siguiente:

"1. La Administración de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos, así como los organismos adscritos o dependientes de una y otros, podrán suscribir entre sí y con otras Administraciones y sus organismos convenios interadministrativos para definir de común acuerdo y en el ámbito de sus respectivas competencias los términos en que deba preverse en el planeamiento urbanístico la realización de los intereses públicos que gestionen.

En todo lo no previsto en esta Ley será de aplicación a los convenios interadministrativos lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

2. La Administración de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos, actuando en el ámbito de sus respectivas competencias y de forma conjunta o separada, podrán también suscribir con cualesquiera personas, públicas

o privadas, sean o no propietarias de suelo, convenios urbanísticos relativos a la formación o innovación de un instrumento de planeamiento.

Los convenios a que se refiere el párrafo anterior tendrán, a todos los efectos, carácter jurídico administrativo y les serán de aplicación las siguientes reglas:

1ª Sólo tendrán el efecto de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento sobre la base del acuerdo respecto de la oportunidad, conveniencia y posibilidad de concretas soluciones de ordenación, y en ningún caso vincularán a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades.

2ª La cesión del aprovechamiento urbanístico correspondiente a la Administración urbanística, bien en suelo o cantidad sustitutoria en metálico según las condiciones que se establezcan en el convenio, se integrará en el patrimonio público de suelo correspondiente.

En los casos en los que la cesión del aprovechamiento urbanístico se realice mediante el pago de cantidad sustitutoria en metálico, el convenio incluirá la valoración de estos aprovechamientos realizada por los servicios de la Administración.

3ª El acuerdo de aprobación del convenio, que al menos identificará a los otorgantes y señalará su ámbito, objeto y plazo de vigencia, será publicado tras su firma por la Administración urbanística competente en los términos previstos en el art. 41.3 de esta Ley. Dicho acuerdo, junto con el convenio, se incluirá en un registro público de carácter administrativo.

3. La tramitación, celebración y cumplimiento de los convenios regulados en este artículo se regirán por los principios de transparencia y publicidad."

Posteriormente se modificó el precepto en su apartado tercero, relativo a la entrega de cantidades en este tipo de convenio de planeamiento, quedando así el art. 30.3 LOUA, tras la Ley de Andalucía 13/2005, de 11 de noviembre:

"3. Cuando los convenios urbanísticos de planeamiento contemplen entre sus estipulaciones la percepción a favor de la Administración de cantidad económica, se estará a lo dispuesto en las siguientes reglas:

1ª Si la percepción deriva de la sustitución en metálico de los terrenos donde se localice el aprovechamiento urbanístico que corresponda a la Administración en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, ésta no podrá exigirse ni efectuarse hasta la aprobación del instrumento de planeamiento en el que se justifique dicha sustitución en metálico.

2ª Cuando las aportaciones económicas que se contemplen tengan por objeto sufragar gastos de urbanización asumidos en virtud de dichos convenios, éstos no podrán exigirse ni efectuarse hasta la aprobación del instrumento que contenga la ordenación detallada y haya quedado delimitada la correspondiente unidad de ejecución.

3ª Cualquier cantidad anticipada que se entregue antes de las aprobaciones referidas, tendrán la consideración de depósitos constituidos ante la caja de la Administración actuante.

Estos depósitos quedan afectados al cumplimiento de dichos convenios, no pudiendo disponerse de las citadas cantidades hasta la aprobación del correspondiente instrumento de planeamiento o de la delimitación de la unidad de ejecución".

Por tanto, la cantidad entregada al Ayuntamiento, dimanante de un convenio de planeamiento, era una cantidad depositada y afectada a su cumplimiento, y así debió tenerla el Ayuntamiento de Zurgena, de manera que estando acreditado, como en la sentencia se viene a reconocer, que el mismo ha sido incumplido por la Administración municipal, tal cantidad debe ser devuelta a quienes la entregaron, pues la reclasificación de 100 has de suelo no urbanizable a urbanizable, no fue aprobada por la resolución de aprobación definitiva del PGOU, que según el informe del Secretario General del Ayuntamiento se acordó por la Administración de la Junta de Andalucía, Comisión Territorial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** de Almería, que en relación al suelo urbanizable decidió: "denegar la aprobación definitiva del PGOU de Zurgena, en el particular relativo a la clasificación del suelo urbanizable de los asentamientos urbanísticos en suelo no urbanizable incorporados al Plan como sectores R-02, R-03 y R-04 (...)". Eludiendo el informe antes citado del Secretario la referencia expresa sobre los terrenos objeto del convenio, que llevó al Juez de instancia, y que esta Sala considera como interpretación acertada, a calificar la respuesta como "vaga y sorprendente, cuanto menos evasiva" por lo que deduce el claro incumplimiento en la aprobación del PGOU.

CUARTO.- La jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de los convenios urbanísticos y sobre su eficacia y alcance en relación con el planeamiento municipal es muy reiterada en el predominio de la potestad



administrativa frente a lo pactado, como podemos ver en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 6 de julio de 2009, en la que se dice:

"(...) se trae a colación, además, una larga lista de sentencias del Tribunal Supremo que concretan esta doctrina sobre los convenios urbanísticos celebrados en materia de planeamiento urbanístico, según la cual, no resulta posible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual, con independencia de los pactos suscritos, las potestades urbanísticas municipales han de ejercerse con la finalidad de lograr la más adecuada ordenación urbana posible. Y ello porque la naturaleza normativa de los planes, por un lado, y la necesidad de adaptarlos a las exigencias cambiantes del interés público, por otro, justifican plenamente el ius variandi que en este ámbito se reconoce a la Administración". Y por eso concluye que "la más reciente jurisprudencia considera que los convenios en materia de planeamiento no vinculan al planificador".

También es de interés lo dicho por la Sentencia de esta misma Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada, de 10 de junio de 2013, que señaló que: *"Cualquiera que sea el contenido de los convenios o acuerdos a que un Ayuntamiento llegue con las particulares, la potestad de planeamiento que se ejerza posteriormente ha de actuarse en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1998 ; sin condicionarla al contenido del convenio celebrado, como aquí se pretende a la vista de los pactos suscritos".*

En el recurso de apelación el Ayuntamiento de Zurgena alega que la sentencia es errónea porque la devolución de la cantidad abonada por los apelantes no puede hacerse o reclamarse sin que se solicite la resolución del convenio, de donde parece deducir que mientras eso no ocurra el convenio suscrito entre las partes está vigente. Sin embargo, en la sentencia ya se constató como una disposición del acuerdo plenario de 2 de abril de 2004, que aprobó el convenio, que su vigencia sería de diez años, de manera que el convenio no se encuentra vigente, por haber transcurrido con creces el plazo de vigencia del mismo, y por mandato del artículo 49.h) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone: *"h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas: 1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior. 2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción."*

Por tanto, el convenio urbanístico puede calificarse de no vigente e incumplido, por lo que no puede sino obligar al Ayuntamiento a la devolución de los 40.000 € abonados por la parte apelada, sin necesidad de que se haya de solicitar la resolución de este, pues se trata de un convenio no vigente por el transcurso del plazo previsto en el acuerdo de duración del convenio, al que la propia LRJ también obliga, igualmente como ocurría en el art. 88.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas que exigía la determinación de un plazo de vigencia en los convenios, por lo que establecido el plazo de diez años a este ha de estarse.

El alegato del actor contra la sentencia de instancia también resulta de la vulneración que reprocha a los actores y solicitantes de la devolución de la cantidad, pues tendría que haber requerido al cumplimiento de las obligaciones, en este caso a la clasificación de 100 has de suelo no urbanizable como urbanizable, y que fue pactado entre los demandantes y el Ayuntamiento, y transcurrido un plazo de 30 días después y no cumplido, entonces según el Ayuntamiento, es cuando procedería la devolución de los 40.000 € entregados. Se trata de un argumento meramente formal que no puede acogerse, primero porque ya hemos visto que el convenio ha perdido su vigencia por el transcurso del plazo de duración del mismo (10 años), en segundo lugar porque también, y la sentencia de instancia así lo constata, la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** que aprobó definitivamente el PGOU de Zurgena, por acuerdo de 31 de mayo de 2017 no aprobó la propuesta municipal de suelo urbanizable, por lo que un requerimiento en el sentido de cumplir el acuerdo -en el plazo de 30 días- de clasificación de suelo resultaría absurdo y sin sentido, y por último por aplicación de la exigencia antiformalista que se establece en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en concreto de su artículo 68.1, y porque los actores realizaron primero una solicitud de devolución de cantidad el 04.10.2020, suscrita solamente por el Sr. Damaso , siendo requerido para que fuera suscrita o apoderado por el otro titular Sr. Donato , segunda solicitud que fue presentada el 02.12.2016 (fecha de registro de entrada), sin que el Ayuntamiento solicitara aclaración o subsanación alguna de las solicitudes, por lo que debe conducir a la desestimación del recurso de apelación, habiendo transcurrido el plazo formal que el Ayuntamiento reclama. Se trata de un convenio no vigente por transcurso del plazo de vigencia de diez años establecido por el propio Ayuntamiento en su aprobación.

QUINTO.- Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por las razones antes expuestas. En cuanto a las costas procede su imposición a la parte apelante, en aplicación del art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, si bien deben limitarse las mismas a un máximo de mil euros, más IVA en su caso.



FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Noelia Guirado Almécija, en representación del **AYUNTAMIENTO DE ZURGENA (ALMERIA)**, contra la sentencia número 46/2020, de fecha 13 de marzo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Almería. Con imposición de costas a la parte apelante hasta un máximo de mil euros más IVA en su caso.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024299020, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15^a de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia, se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

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