



Roj: **STSJ AND 13946/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:13946**

Id Cendoj: **29067330032023100353**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **3**

Fecha: **10/07/2023**

Nº de Recurso: **1664/2022**

Nº de Resolución: **2204/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL GOMEZ TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **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.:** 2906745320190001121. Órgano origen: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 5 de Málaga  
Tipo y número procedimiento origen: ORD 163/2019

**Procedimiento: Recurso de Apelación 1664/2022.**

**De:** SARENA, S.L.

**Procurador/a:** JOSE DOMINGO CORPAS

**Letrado/a:** FEDERICO ROMERO GOMEZ

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE OJEN

**Letrado/a:** S.J. SERV. ASIST. EELL PROV. MALAGA (SEPRAM)

#### **SENTENCIA NÚMERO 2204/2023**

Ilma. Sra. Presidenta:

DOÑA CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL.

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ.

DON MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, ponente.

---

En la ciudad de Málaga, a diez de julio de dos mil veintitrés.

Visto por la Sección funcional 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, constituida para el examen de este caso, ha pronunciado la siguiente sentencia en el **rollo de apelación número 1.664/2022**, dimanante de los autos de procedimiento ordinario n.º 163/2019, de cuantía indeterminada, seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, siendo parte apelante, la mercantil **SARENA, S.L.**, representada por el procurador de los tribunales don José Domingo Copas y dirigida por el letrado don Federico Romero Gómez, y parte apelada, el **AYUNTAMIENTO DE OJÉN**, representado y asistido por el letrado adscrito al Servicio Provincial de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Málaga (SEPRAM), don Pedro José Baena Gordillo.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** En el mencionado procedimiento, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo citado, se dictó sentencia n.º 146/2022, de 24 de mayo, interponiéndose frente a dicha resolución recurso de apelación dentro de plazo.

**SEGUNDO.-** Tras ser admitido por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de quince días formularan su oposición al mismo, presentándose por la parte apelada el escrito de impugnación de dicho recurso.

**TERCERO.-** Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó ponente, y, al no haberse practicado prueba, ni celebrado vista o conclusiones, se declararon concluidas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

**CUARTO.-** Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso de apelación la sentencia n.º 146/2022, de 24 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, que inadmitió parcialmente el recurso interpuesto por la mercantil Sarena, S.L., ahora apelante, frente a -seguimos el fundamento primero de la sentencia- la "desestimación presunta por silencio de la solicitud de resolución del convenio urbanístico de planeamiento y gestión (Ordenación del Sector S-9 La Mairena- S-8, Urbanizaciones El Romeral y Las Buganvillas) de 24 de marzo de 2011", y ello en lo concerniente a la pretensión de nulidad del citado convenio ejercitada por la actora, desestimando la sentencia el recurso contencioso-administrativo en lo demás.

Tras aquilatar las posiciones de las partes, la *ratio decidendi* del fallo de instancia se contrae en considerar la juzgadora de instancia que concurría desviación procesal en la pretensión de la demandante de que se declarase la nulidad del convenio al no haberse formulado en la reclamación presentada en la vía administrativa, y ello por cuanto si bien a " *lo largo de dicho escrito se habla de vicios o defectos de nulidad, sin embargo, solo se pide se declare la resolución, del convenio*", además de que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se decía que el mismo se dirigía frente a la desestimación por silencio de la solicitud de resolución del convenio, siendo por todo ello que la sentencia inadmitió el recurso respecto de aquella pretensión.

En cuanto a la entablada de forma subsidiaria de resolución del convenio urbanístico sustentada en el incumplimiento del Ayuntamiento de Ojén al no haberse aprobado aún la revisión del PGOU que debiera incluir las previsiones de aquel, así como en la imposibilidad de que pudiera ser aprobada dicha revisión conforme a la legalidad vigente, la magistrada *a quo* la descarta sobre la base de los razonamientos contenidos en el fundamento cuarto de la sentencia que pasamos a reproducir en su tenor literal:

"En el convenio urbanístico suscrito entre las partes (F. 1 a 21 EA) el Ayuntamiento de Ojén se obligaba a "la inclusión de este convenio dentro de la redacción del Plan General de Ordenación Urbanística el sector e la Mairena y Buganvilla como suelo urbanizable ordenado (SURO), el sector el Romeral como suelo urbano no consolidado-área de reforma interior (SUNC-ARI) y el sector S.8 antiguo como suelo urbano no consolidado (SUNC).

La aprobación de los instrumentos urbanísticos de desarrollo del planeamiento y de ejecución del mismo que sean necesarios para llevar a cabo dichas actuaciones, dentro de su esfera competencial, estando este convenio sujeto a la Aprobación definitiva del Organismo Competente, el cual si desestima parcial o totalmente este Convenio Urbanístico, el Ayuntamiento quedará eximido de cualquier responsabilidad o indemnización". (F. 9 EA).

No consta en el convenio urbanístico la fijación de plazo alguno para el cumplimiento de las obligaciones que las partes asumieron al suscribirlo. A pesar de ello, lo anterior no puede suponer que, ante la falta de fijación de un plazo, ello impida apreciar un incumplimiento del convenio, pues como reiteradamente ha establecido nuestra jurisprudencia, en las obligaciones sin plazo habrá de entenderse que ha existido incumplimiento cuando haya transcurrido un plazo razonable para su cumplimiento, acorde a las circunstancias y al contenido de la obligación, sin que esta se haya verificado. De hecho, el propio Código Civil, dispone que en estos casos se podrá incluso acudir a los Tribunales para que fijen un plazo a la obligación ( art. 1128 C.c).

Pero en el caso de autos no puede considerarse que haya existido un incumplimiento por parte del Ayuntamiento, pues tal y como consta del documento nº 2 aportado junto con el escrito de contestación a la demanda la



administración demandada ha venido realizando actuaciones que evidencia su intención de revisar y modificar el PGOU y así consta de dicho documento que si bien contiene como última actuación realizada en relación a la revisión del PGOU abril de 2019, no puede obviarse que fue aportado precisamente ese año 2019, de lo que se constata que el Ayuntamiento está realizando actos tendentes al cumplimiento de las obligaciones por él asumidas en el convenio urbanístico objeto de este procedimiento, excluyendo así un incumplimiento de esas obligaciones por parte del mismo.

Además, el informe elaborado por el arquitecto municipal y aportado como documento nº 1 de la contestación a la demanda viene a concluir que el convenio urbanístico forma parte integrante del PGOU de Ojén.

Tampoco se ha desplegado actividad probatoria alguna por la parte recurrente tendente a acreditar que la revisión del PGOU no puede contener las previsiones previstas en el convenio, pues de lo contrario vulneraría la legalidad vigente. Ningún informe pericial ha sido aportado sobre este particular, y el referido documento nº 1 de la contestación a la demanda, redactado por el arquitecto municipal, refiere que las estipulaciones recogidas en el convenio son susceptibles de ser cumplidas una vez haya sido aprobado definitivamente el PGOU.

De este modo, procede la desestimación del recurso en relación a la resolución el convenio urbanístico".

**SEGUNDO.-** La mercantil apelante, Sarena, S.L., funda su recurso en un primer motivo por el combate la sentencia al inadmitir la demanda en cuanto a la pretensión de nulidad del convenio.

Sostiene, en síntesis, que no concurre desviación procesal porque al contrario de lo apreciado en la sentencia, que sigue un criterio formalista que priva del derecho de acceso a la justicia, el escrito presentado en la vía administrativa sí que desarrollaba los motivos de nulidad en los que, a su juicio, incurría el convenio, lo que se llevaba al suplico en el que se aludía a que "se tenga por alegada" tal nulidad. Destaca que en el escrito de interposición del recurso se identifica el acto impugnado por la desestimación por silencio de la solicitud que se presentó en vía administrativa el 10 de mayo de 2018, por lo que es palmario que no hay cambio sustancial ni en los hechos, ni en el objeto del recurso. Concluye que el pronunciamiento de inadmisión parcial del recurso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Pasa seguidamente a exponer las cuestiones de fondo de la pretensión de nulidad inadmitida, aludiendo en este extremo a las omisiones e infracciones incurridas en el procedimiento de tramitación del convenio, esto es:

- 1.º) Inexistencia del trámite de iniciación del art. 68 de la Ley 30/1992 y la consiguiente falta de motivación ( art. 54 de la misma ley).
- 2.º) Inexistencia de memoria justificativa en el convenio exigida por el art. 54.2.b) de la LOUA y de la concreta memoria para la sustitución en metálico del deber de cesión de aprovechamiento.
- 3.º) Inexistencia de informes legalmente requeridos previos a la firma del convenio: valoración técnica exigida por el art. 30.2.2ª de la LOUA en caso de sustitución en metálico del deber de cesión de aprovechamientos en favor de la Administración; informes jurídicos ex art. 50.2a) de la Ley 40/2015, art. 113.1ª párrafo segundo del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local (TRRL) aprobado por RDL 781/1986, de 18 de abril, y de las necesarias garantías en la contratación pública.
- 4.º) Inexistencia de informes técnico y jurídico conforme a los arts. 12 y 14 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, por afectar a bienes municipales.
- 5.º) Inexistencia de informe, con el contenido exigido legalmente, de informe del Secretario del art. 54 del TRRL, en relación con los arts. 22.2.c) y 47.1) y m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Regulada de las Bases del Régimen Local (LBRL).
- 6.º) Incumplimiento de los trámites de audiencia a los interesados e información pública, este última tras su firma y antes de la aprobación plenaria.
- 7.º) Como vicio sustancial el convenio prevé que el PGOU descategorizase suelo urbano consolidado que tiene carácter reglado: suelos del sector SURO La Mairena, sector SURO Las Buganvillas y sector SUN-ARI El Romeral.
- 8.º) También como vicio sustantivo el convenio contiene obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente, en perjuicio de los propietarios afectados, infringiendo el art. 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008. Alega que hay otros propietarios afectados que no fueron notificados individualmente del convenio, ni de su aprobación, y a los que se les ha descategorizado el suelo imponiendo las obligaciones de suelo urbanizable y del urbano no consolidado.



-9.º) El convenio es nulo porque se ha aprobado sobre suelos que corresponden al término municipal de Mijas.

-10.º) El convenio recoge una carga genérica de 88 €/m2 para infraestructuras que es ilegal.

A continuación pasa a impugnar la sentencia en lo concerniente al pronunciamiento que desestima la pretensión de resolución del convenio. Aduce que la juzgadora realiza una valoración de los hechos y de la prueba practicada contraria a un juicio de razonabilidad, y ello en cuanto que, a su sentir, sí ha quedado acreditado el incumplimiento del convenio por parte del ayuntamiento, destacando en este apartado que aún no se ha cumplido el trámite sobre disponibilidad de recursos hídricos del PGOU; han transcurrido 22 años desde que se inició la Revisión del PGOU y la aprobación provisional se remonta al 18 de abril de 2011, con lo que se ha excedido del plazo de 8 años previsto en el art. 3 del Decreto-ley 5/2012; la Sociedad de Turismo y de la Costa del Sol, S.L., que se encargaba de la redacción del citado PGOU, ha dejado de tenerlo entre sus proyectos; el informe del arquitecto municipal al que alude la sentencia carece de valor probatorio; la sentencia no ha aplicado la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia que considera que la dilación en la elaboración del planeamiento, cuando es superior a una década, es por sí misma causa de resolución; se ha producido la caducidad de la Declaración Ambiental Estratégica de la Revisión del PGOU de Ojén; y desde el 23 de diciembre de 2021, la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, prohíbe expresamente la Revisión en el apartado segundo de su disposición transitoria segunda.

Finalmente impugna el pronunciamiento de condena en costas que no debieron imponerse al dirigirse el recurso contencioso-administrativo frente al silencio de la Administración.

Sobre la base de lo anterior interesa de la Sala el dictado de una sentencia por la que se revoque la de instancia que en su lugar "conforme al art. 85.10 de la LJCA deberá resolver sobre el fondo del asunto, solicitándose a dicha Sala resuelva conforme al suplico de la demanda, con condena en costas a la demandada si se opusiere a esta apelación".

**TERCERO.-** La defensa letrada del Ayuntamiento de Ojén apelado interesa en su escrito de oposición la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios y acertados fundamentos. Mantiene que fue correcta la decisión de inadmisión parcial del recurso ya que al solicitar en el suplico de la demanda que se acordase por el órgano judicial la nulidad del convenio urbanístico, la parte actora planteó algo que no había realizado en vía administrativa, ni en el escrito de interposición, lo que lleva a incurrir en la desviación procesal que se recoge en la sentencia apelada.

Subraya que cuando Sarena, S.L. suscribió en el año 2011 el convenio aceptó las presuntas irregularidades al no haberlo impugnado ya fuese a través del recurso de reposición o directamente en vía contencioso-administrativa, de forma que si pretendía que se declarase la nulidad del convenio hubo de haber ejercitado la acción prevista en el art. 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, lo que habría exigido la intervención del Consejo Consultivo Andaluz.

Sostiene, de otro lado, que deben mantenerse los argumentos que se recogen en la sentencia y que no han sido desvirtuados en el recurso de apelación, por cuanto ningún incumplimiento del convenio cabe imputar al Ayuntamiento de Ojén que pudiera justificar su resolución. Precisa que este no establece un plazo dentro del cual debiera haberse aprobado la revisión del PGOU, que la aprobación definitiva corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, que la recurrente no ha instando al ayuntamiento para que se fijase un plazo de vigencia del convenio, que de la prueba practicada en la instancia no se desprende ninguna dilación o incumplimiento por parte del ayuntamiento y que, en definitiva, la recurrente se limita a negar que sea posible el cumplimiento del convenio sin aportar prueba alguna de ello.

**CUARTO.-** Expuestas las posturas de las partes litigantes, el recurso de apelación prospera en parte.

Damos por reproducida la cita que hace la sentencia de la jurisprudencia sobre el vicio de desviación procesal. En cambio, nos separamos del juicio de instancia y consideramos que no concurre. No hay discordancia entre el acto impugnado delimitado en el escrito de interposición, consistente en la desestimación presunta por silencio del Ayuntamiento de Ojén de la solicitud presentada el día 11 de mayo de 2018 obrante a los fols. 24 a 40 del expediente administrativo, y aquel al que se dirige la súplica de la demanda que contiene tres peticiones siendo la primera de ellas la de anulación de dicho acto presunto y las otros dos de nulidad y, subsidiariamente, de resolución del convenio urbanístico de 24 de marzo de 2011 al que se refería el citado escrito.

Tampoco hay discordancia sustancial entre las cuestiones o pretensiones suscitadas en vía administrativa y en la posterior fase jurisdiccional, pues los motivos de nulidad de pleno derecho que a juicio de la mercantil que lo suscribió concurrían en el convenio urbanístico, fueron ya planteados en la solicitud administrativa, como se reconoce en la sentencia, y con base en ellos en la parte final de escrito presentado por Sarena, S.L. en mayo de 2018 se solicitaba no solo la resolución del convenio sino que la interesada aducía expresamente la " *concurrentia de causa de nulidad de pleno derecho por infracciones en la tramitación del procedimiento,*



*tan graves como la ausencia de preceptivos informes preceptivos, la ausencia de publicación, la infracción del carácter reglado de suelo urbano y por contener la previsión de estipulaciones que estable obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente, en perjuicios de los propietarios afectados (...)*".

Aunque bien es cierto que la solicitud de la interesada pudo ser redactada con una mayor precisión, entendemos que la pretensión de que se declarase la nulidad del convenio estaba presente y fue entablada por la mercantil desde la vía administrativa por lo que no se planteó ninguna cuestión nueva cuando, tras el silencio de la Administración municipal al incumplir su obligación de resolver de forma expresa la solicitud ( art. 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), interpuso el recurso jurisdiccional en el que de forma principal interesó en la demanda que se acordase la nulidad del convenio urbanístico.

La sentencia realiza ciertamente una interpretación de los términos de la solicitud administrativa y de la demanda excesivamente rigorista y no acorde al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española y al principio *pro actione* (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional 11/1982, 60/1982, 69/1984, 19/2003, 188/2003, 118/1987, 321/1993, 88/1997, 3/2004, 237/2005, 279/2005, 26/2008, 185/2009 y 187/2009; y sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2010 -rec. 217/2007-, de 1 de marzo de 2012 -rec. 4.861/2008-, y de 20 de julio de 2012 -rec. 4.914/2010-), por lo que revocamos el pronunciamiento de inadmisión parcial en ella adoptado sobre la base del art. 69.c) de la LJCA, debiendo la Sala entrar en el análisis de fondo de las causas de nulidad que la actora planteó en su demanda y que mantiene ahora en el recurso de apelación ( art. 85.10 LJCA).

**QUINTO.-** Llegado a este punto conviene recordar la doctrina jurisprudencial a propósito de la naturaleza jurídica de los convenios urbanísticos. Según la STS de 8 de noviembre de 2012 (rec. 6.469/2010), "Los convenios urbanísticos, incluso en los casos en que se incorporen y tramiten junto con los planes con los que guarden relación, carecen de carácter normativo", y son considerados como "actos sustantivos independientes de los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística" que, por su carácter "contractual", en ningún caso pueden suponer un "límite" a la "la potestad de planeamiento" que "ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible".

Transcribimos parte de los razonamientos de la citada STS 8 de noviembre de 2012 (FJ 3.º):

*" Pues bien, en contra del criterio que viene sosteniendo la recurrente, lo cierto es que los convenios urbanísticos, incluso en los casos en que se incorporen y tramiten junto con los planes con los que guarden relación, carecen de carácter normativo. Y en realidad deben ser considerados como actos sustantivos independientes de los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística.*

*La cuestión ha sido contestada de forma unívoca por la jurisprudencia, que con reiteración viene declarando que no resulta admisible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual, cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, pues la potestad de planeamiento ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores. Así, en sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2008 (casación 4178/04 ) puede verse una reseña de la jurisprudencia referida al principio de la indisponibilidad de las potestades de planeamiento por vía convencional, en la que reiteradamente se afirma que las exigencias del interés público que justifican tales potestades implican que su ejercicio no pueda encontrar límite en los convenios que la Administración concierte con los administrados; que las competencias jurídico- públicas son irrenunciables y se ejercen por los órganos que las tienen atribuidas como propias, por lo que no resulta admisible una "disposición" de la potestad de planeamiento por vía contractual; o que, cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pueda desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración de lo convenido ( sentencias, entre otras muchas, de 7 de febrero , 30 de abril y 13 de julio de 1990 , 21 de septiembre y 20 de diciembre de 1991 , 13 de febrero , 18 de marzo , 15 de abril y 27 de octubre de 1992 , 23 de junio , 19 de julio y 5 de diciembre de 1994 , 15 de marzo de 1997 , 29 de febrero de 2000 o 7 de octubre de 2002 ).*

*En sintonía con esa jurisprudencia, la sentencia recurrida niega categóricamente que el convenio urbanístico tenga fuerza de norma jurídica y pueda condicionar o comprometer el ejercicio de la potestad de planeamiento, sin perjuicio, como la propia sentencia admite, de las consecuencias que el incumplimiento pueda originar. (...)*

En suma, el administrado no puede pretender que los tribunales declaren la obligación de la Administración de cumplir con lo estipulado en el convenio, como si se tratase de una norma jurídica, sino, en su caso, y a



través de los cauces adecuados, instar la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración y con los efectos propios de tal resolución".

A propósito de los convenios urbanísticos de planeamiento como el que nos ocupa -que también viene autocalificado como de gestión, fols. 1 a 21 del expediente-, tiene reiterado la jurisprudencia que se trata de un acuerdo preparatorio de la modificación de un Plan y como tal resulta enjuiciable en este orden contencioso-administrativo, no tienen carácter normativo y no pueden limitar el ejercicio de la potestad de planeamiento de la Administración, la cual ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible de acuerdo con las exigencias del interés público, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que el incumplimiento del convenio pueda originar dada su fuerza vinculante en cuanto no se trata de una mera declaración de intenciones sino un auténtico contrato o convención (por todas, STSS de 21 de febrero de 2006 -rec. 7.866/2002-, de 13 de junio de 2011 -rec. 3.722/2009-, de 8 noviembre 2012 -rec. 6.469/2010-, y de 2 octubre 2014 -rec. 2.229/2012-).

Regresando al caso de autos, las causas de nulidad que hace valer la recurrente en su demanda y que reitera en el recurso de apelación que arriba hemos expuesto no tienen la acogida de la Sala, y ello por los motivos que detallaremos en este y en el siguiente fundamento.

Así, el convenio urbanístico de gestión y planeamiento para la ordenación del "Sector S.9-La Mairena - S.8, Urbanizaciones El Romeral y Las Buganvillas", suscrito entre la apelante y el Ayuntamiento de Ojén el día 24 de marzo de 2011, preveía en su estipulación octava a propósito de su eficacia, que debía someterse a información pública antes de su aprobación municipal y posteriormente depositarse en el registro municipal correspondiente. Consta en la ampliación del expediente administrativo que el convenio fue objeto de un informe favorable emitido por el secretario municipal el día 5 de abril de 2011, aprobado por acuerdo del Pleno del ayuntamiento el día 18 de abril del mismo año y sometido a información pública mediante edicto publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga núm. 107 de 7 de junio de 2011, no habiéndose presentado durante los quince días que permaneció expuesto al público en el tablón de anuncios del ayuntamiento ninguna alegación (documentos A, B, C, D y E de la ampliación del expediente).

Quiero ello decir que el convenio urbanístico fue aprobado por un acuerdo plenario municipal que devino consentido y firme, de forma que si la recurrente entendió siete años después de haberlo firmado y que fuera aprobado por el Pleno que concurrían en él motivos de nulidad de pleno derecho que afectaron al procedimiento de elaboración y aprobación al amparo del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 -actual art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre-, atinentes a defectos relacionados con la forma de inicio del expediente, ausencia de memoria e informes preceptivos y omisión de los trámites de audiencia e información pública, o por los que se cuestionaba la propia competencia del ayuntamiento por afectar el convenio a terrenos situados fuera de su término municipal - art. 47.1.b) de la Ley 39/2015-, hubo de haber entablado, en línea con lo alegado por la corporación local, la acción revisoria frente a actos administrativos firmes regulada en el art. 106 de la Ley 39/2015, lo que no planteó en la vía administrativa pese a decir en su escrito de conclusiones presentado en la instancia que así debió entenderse. No reúne el escrito formulado ante el Ayuntamiento de Ojén en mayo del año 2018 los elementos esenciales de una solicitud de revisión de oficio, y en especial la petición concreta de que fuera iniciado el procedimiento de revisión de oficio, omisión que no era subsanable.

Citamos, a tal efecto, la STS de 24 de febrero de 2021 (rec. 8.075/2019), en la que se fija doctrina acerca de los requisitos que debe reunir una solicitud de revisión de oficio y la aplicación a este tipo de peticiones del trámite de subsanación y mejora que no alcanza a sus elementos esenciales. Razona así el Alto Tribunal (FJ 3.º y 4.º, *in fine*):

"Así, pues, cabe concluir de lo expuesto, en relación a la segunda cuestión que suscita interés casacional objetivo, que las solicitudes de revisión de oficio han de contener con claridad la invocación de una causa concreta de nulidad de las establecidas legalmente, así como los hechos en que se funda dicha causa, los fundamentos para considerar aplicable la causa de nulidad invocada y la petición concreta de iniciar el procedimiento de revisión de oficio".

"Así pues, debemos señalar que, en principio, es aplicable el trámite de subsanación de solicitudes a las peticiones de revisión de oficio, trámite que no abarca a los elementos esenciales que la norma exige para su tramitación y habilitan la inadmisión del procedimiento".

**SEXTO-** El resto de infracciones urbanísticas sustantivas que la recurrente adujo en en la demanda y que en el fundamento segundo de la misma relacionó genéricamente con la "nulidad del convenio conforme a los motivos establecidos en las normas de Derecho Civil", citando concretamente los arts. 6.3 y 1225 del Código Civil, así como los arts. 61 y 66 de Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -si bien por razón de la fecha de formalización del convenio urbanístico, el día 24 de marzo de 2011, los preceptos a considerar serían los arts. 31 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público-, dado



que tales infracciones se corresponden con supuestas vulneraciones en las que habría incurrido el convenio -nada se dice del acto del Pleno que lo aprobó frente al que no se dirigió el recurso- de la normativa estatal y autonómica de índole urbanística en relación (i) con la descategorización que preveía el convenio para determinados sectores que según alegaba la recurrente tenían la consideración de suelo urbano consolidado -los arts. 45.1, 45.2.B) y 148.4 de la LOUA se decían vulnerados-, (ii) el establecimiento en perjuicio de terceros propietarios de obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedían legalmente - art. 16.3 del TR de la Ley del Suelo de 2008, y arts. 54, 55 y 56 de la LOUA-, (iii) y la imposición de una carga urbanística de 88 €/m<sup>2</sup> para infraestructuras que consideraba la actora ilegal -art. 113.1, apartados i) y j), de la LOUA, y arts. 16.2 y 18.1.c) del TRLS de 2015-, se tratan todas ellas, a juicio de la Sala, de causas de invalidez que no son constitutivas de la nulidad radical o de pleno derecho del convenio urbanístico al no ser encuadrables en ninguno de los supuestos previstos en el art. 47.1 de la Ley 39/2015 (anterior art. 62.1 de la Ley 30/1992), en el art. 32 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (LCSP), ni así tampoco en los casos de nulidad absoluta que pueden apreciarse conforme a la legislación civil cuando falta alguno de sus elementos esenciales del art. 1261 del Código Civil (consentimiento, objeto y causa, esta última que permanece en el convenio como veremos en el siguiente fundamento), sino que se tratarían de infracciones legales que, de prosperar, determinarían la anulabilidad del convenio urbanístico de conformidad con el régimen previsto en el art. 48 de la Ley 39/2015 (anterior art. 63 de la Ley 30/1992), en relación con el art. 33 de la LCSP de 2007, por lo que a falta de un plazo específico en la legislación administrativa de contratación invocada en la demanda hemos de aplicar de oficio, siguiendo el sistema de fuentes previsto en la estipulación undécima del propio convenio, las normas de derecho civil que someten a la acción de anulabilidad o nulidad relativa contractual al plazo de caducidad de cuatro años contemplado en el art. 1301 del Código civil, en relación con el art. 1300 del mismo texto legal, conforme a los cuales los contratos en que concurran los requisitos del art. 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley (en este caso por vulneración de la normativa urbanística), teniendo esta acción de nulidad, o más bien de anulación, un plazo de cuatro años que, en el caso litigioso, se habría sobrepasado y que contamos desde la fecha de formalización o aprobación del convenio el 24/3/2011 y el 18/4/2011, respectivamente, hasta la solicitud de nulidad presentada por la interesada en vía administrativa en fecha 11/5/2018.

A propósito de la acción de nulidad prevista en el art. 1300 del Código civil, los supuestos en que procede su ejercicio y la consideración del plazo de cuatro años del art. 1301 como plazo de caducidad, apreciable de oficio por los tribunales al ser una institución de orden público, citamos la STS de la Sala Civil de 23 de diciembre de 2021 (rec. 4.752/2018). Favorables a la aplicación del plazo de cuatro años en caso de ejercicio de la acción de nulidad del art. 1300 del Código civil frente a un convenio urbanístico en que concurren sus elementos esenciales, son las sentencias de esta misma Sala de Málaga de 10 de diciembre de 2018 (rec. 1.342/2015), de la Sala con sede en Granada de este mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de marzo de 2019 (rec. 1.054/2017 y las que en ella se citan), y de la Sala territorial de Baleares de 30 de noviembre de 2010 (rec. 92/2010), en la que se razona que " *el artículo 1.301 del Código Civil es aplicable cuando se denuncia la anulabilidad de un contrato sobre un negocio jurídico en el que conforme indica el artículo 1300 "concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261" (St. TS 18/10/2005 RJ 7218 y 4/10/2006 RJ 6429)*", si bien en ese caso específico se entendió por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares que había desaparecido de forma sobrevenida la causa que motivó el convenio urbanístico, lo que aquí no sucede como veremos en el siguiente fundamento.

Si bien la jurisprudencia ha establecido la aplicabilidad del plazo de prescripción de quince años (actualmente cinco) previsto en el art. 1964.2 del Código Civil para los casos de reclamaciones basadas en incumplimientos de convenios urbanísticos ( STS de la Sala Tercera de 2/3/2020, rec. 2.782/2019), para la acción de nulidad del convenio entablada por la actora por contravención de la normativa urbanística entendemos que resulta de aplicación el citado plazo específico de cuatro años previsto en la legislación civil para casos de nulidad relativa o anulabilidad contractual.

No consideramos que la acción de nulidad ejercitada por la actora resulte imprescriptible por el mero hecho de haberse invocado en la demanda el art. 6.3 del C.c., ya que el art. 36 de la LCSP de 2007 prevé la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos de las Administraciones públicas, y aquel precepto tiene difícil engarce con la legislación administrativa en general, y con el derecho urbanístico en particular, cuyas normas son imperativas o de derecho necesario y, pese a ello, no toda contravención de las mismas vician de nulidad de pleno derecho a los actos administrativos sino solo cuando acontezcan los supuestos del art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que, como hemos visto líneas arriba, no concurren en el presente litigio en cuanto a las infracciones urbanísticas sustantivas denunciadas respecto de las que la acción de anulación entablada frente al convenio, concluimos, está caducada.



**SÉPTIMO.-** Basta para rechazar las alegaciones de la apelante sobre el incumplimiento del convenio hacer remisión a las acertadas apreciaciones de la sentencia apelada a propósito de la ausencia de fijación en él de un plazo para que fueran incluidas sus determinaciones y parámetros urbanísticos en el documento de Revisión del PGOU de Ojén en tramitación, así como a la correcta valoración que hace la magistrada de instancia de los documentos acompañados junto con la contestación a la demanda emitidos por el arquitecto municipal y la mercantil Costa del Sol Málaga, concluyendo el primero que el convenio forma parte integrante del PGOU de Ojén (que tiene aprobación provisional por acuerdo del Pleno de 18 de abril de 2011 y a la espera de informes sectoriales de diversas consejerías de la Junta de Andalucía para su aprobación definitiva, habiéndose recogido las determinaciones del convenio en las correspondientes fichas urbanísticas y planimetrías del documento de aprobación provisional), y el segundo pormenorizando los hitos que han ido jalonando la tramitación del instrumento de planeamiento, del que se desprende que, aunque dilatada en el tiempo, ha sido incesante la actuación municipal y del equipo redactor, siendo la última actuación una de 8 de abril de 2019 consistente en un escrito de la Delegación Territorial de Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible solicitando información para poder informar sobre la disponibilidad de recursos hídricos del PGOU, extremo este al que alude la apelante en su recurso.

Consideramos que la caducidad de la Declaración Ambiental Estratégica de la Revisión del PGOU de Ojén, acerca de lo que se emitió un informe de 14/10/2021 por el Servicio de Protección Ambiental de la Delegación Territorial de Desarrollo Sostenible en Málaga que fue aportado por la actora en la instancia tras el escrito de conclusiones, no acarrea necesariamente la imposibilidad de aprobar definitivamente el PGOU sino que, sin duda, demorará su tramitación al tener el ayuntamiento que solicitar, y tramitarse por la Administración autonómica, un nuevo procedimiento de evaluación ambiental.

Aunque la referencia que hace la apelante al apartado segundo de la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía constituye una cuestión nueva no suscitada en la instancia por sobrevenida en el tiempo, la misma no es impedimento legal para que la tramitación del documento de Revisión del PGOU pueda continuar pues dicha disposición solo prevé la imposibilidad de iniciar la revisión de los Planes Generales de Ordenación Urbana desde su entrada en vigor, debiendo procederse a su sustitución por los instrumentos establecidos en dicha Ley, pero ello no es obstáculo para que los que se encuentren en tramitación, como es el caso del Ayuntamiento de Ojén, pueden continuar adelante hasta su aprobación definitiva por la Junta de Andalucía.

De otro lado, el transcurso del plazo máximo de ocho años a que se refiere el art. 3 del Decreto-Ley 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral, habilita a la Junta de Andalucía para practicar el requerimiento previsto en el art. 36.3 de la LOUA a fin de que otorgar a la corporación local un plazo razonable para la adecuación del planeamiento urbanístico al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, mediante su oportuna revisión, mas de dicho precepto y transcurso del citado plazo no se puede inferir en el caso objeto de *litis*, el incumplimiento del convenio urbanístico propugnado por la apelante.

Todo lo anterior impide concluir con certeza que la entidad local haya renunciado a culminar la revisión del PGOU, y que la finalidad del convenio urbanístico haya quedado frustrada absoluta y definitivamente, teniendo en cuenta además que la contratante no ha hecho uso de la facultad reconocida en el artículo 1128 del Código Civil, al que alude atinadamente la sentencia, para instar de los tribunales la fijación de un plazo para el cumplimiento de lo pactado.

**OCTAVO.-** Finalmente, y en cuanto hace al pronunciamiento de condena en costas combatido por el apelante, teniendo en cuenta la doctrina establecida en la STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 7.708/2018, FJ 5.º), según la cual "De lo expuesto cabe concluir, de una parte, que no puede estimarse como regla general, como parece pretenderse en el recurso, que la ausencia de resolución expresa genera excluir el criterio del vencimiento, que es la regla general y primaria para la imposición de costas. Y ello sin perjuicio de que el Tribunal que dicte la resolución que ponga fin al proceso o sus incidentes, pueda estimar y razonar, que esa ausencia de resolución expresa ha generado dudas de hecho o de derecho en el debate procesal, acogiendo la excepción que el mismo precepto procesal autoriza" -ratificada por la reciente STS de 8/11/2022, rec. 197/2022-, hemos de mantener la condena en costas a la parte actora adoptada en la sentencia apelada sobre la base del principio de vencimiento objetivo consagrado en el art. 139.1 de la LJCA, pues correspondía la magistrada *a quo* que dictó la sentencia impugnada la apreciación subjetiva, discrecional y razonada de que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho ante el silencio de la Administración municipal, juicio este que hubo de entender no oportuno y que la Sala en segunda instancia no puede arrogarse ya que, utilizando las mismas palabras empleadas en la STS de 25/10/2016 (rec. 1.694/2015, FJ 8.º), ello supondría " (...) que el Tribunal superior, al conocer de los recursos jurisdiccionales, tendría que concluir, paradójicamente, no es si se le suscitan esas mismas dudas fácticas o jurídicas, y en qué grado, sino que el órgano de instancia "debió tener dudas".





**NOVENO.**- Razones, todas las cuales, culminan en la estimación parcial del recurso de apelación, la revocación de la sentencia impugnada en cuanto a la inadmisión parcial del recurso respecto de la pretensión de nulidad del convenio urbanístico, pretensión esta que debe ser desestimada por la Sala, quedando confirmada la sentencia en el resto de sus pronunciamientos.

No procede imponer las costas causadas en esta segunda instancia a ninguna de las partes de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLO

**Estimamos parcialmente** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil **SARENA, S.L.**, contra la sentencia núm. 146/2022, de 24 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de los de Málaga, de la que más arriba se ha hecho expresión, que revocamos en cuanto al pronunciamiento de inadmisión parcial del recurso respecto de la pretensión de nulidad del convenio urbanístico, pretensión esta que desestimamos, quedando confirmada la sentencia en el resto de sus pronunciamientos, y todo ello sin expreso pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y, una vez firme, 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, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª 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.

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

**PUBLICACION.**- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.