



Roj: **STSJ AND 14293/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:14293**

Id Cendoj: **29067330032023100369**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **3**

Fecha: **26/10/2023**

Nº de Recurso: **509/2023**

Nº de Resolución: **2735/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **DAVID GOMEZ FERNANDEZ**

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.: 2906745320200001831. Órgano origen: Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de Málaga
Tipo y número procedimiento origen: ORD 267/2020

Procedimiento: Recurso de Apelación 509/2023.

De: AYUNTAMIENTO DE MARBELLA

Procurador/a: AMALIA CHACON AGUILAR

Contra: AIFOS ARQUITECTURA Y PROMOCIONES INMOBILIARIAS SA

Procurador/a: PABLO JESUS TORRES OJEDA

SENTENCIA NÚMERO 2735/2023

RECURSO DE APELACION Nº 509/23

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:

PRESIDENTA:

D^a. CRISTINA PÁEZ MARTÍNEZ-VIREL

MAGISTRADOS:

D. MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ TORRES

D. DAVID GÓMEZ FERNÁNDEZ

Sección Funcional 3^a

En la ciudad de Málaga, a veintiséis de octubre de dos mil veintitrés.

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 509/2023, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Chacón Aguilar, en representación del EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, asistido por la Letrada Sra. Domínguez Aguilar, contra la Sentencia número 87/2023, de 6 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 267/2020; habiendo comparecido como apelada la mercantil AIFOS, ARQUITECTURA Y PROMOCIONES INMOBILIARIAS SA EN LIQUIDACIÓN, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Torres Ojeda y asistida por la Letrada Sra. Peláez Arnedo, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. David Gómez Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la mercantil AIFOS, ARQUITECTURA Y PROMOCIONES INMOBILIARIAS SA EN LIQUIDACIÓN, se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la presunta desestimación de la reclamación formulada por aquella ante el Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella el día 25 de abril de 2019, mediante la que solicitaba la declaración de nulidad, o subsidiaria resolución, del Convenio Urbanístico suscrito entre ambas partes el 22 de marzo de 2.004 y la consiguiente devolución de las cantidades entregadas a cuenta de dicho Convenio, ascendentes a 300.506 euros.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Málaga dictó, en el recurso contencioso-administrativo tramitado con el número de Procedimiento Ordinario 267/2020, Sentencia de fecha 6 de marzo de 2023, por la que se estimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto y se condenaba al Excelentísimo Ayuntamiento de Marbella a devolver a la recurrente la cantidad de 300.506 euros más los intereses legales correspondientes, con expresa condena en costas a la Administración, limitando su importe máximo al de 3.000 euros.

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por la Procuradora de los Tribunales Sra. Chacón Aguilar, en representación del EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, en el que se expusieron los correspondientes motivos. Aquel fue admitido a trámite, dándose traslado del mismo a la mercantil demandante, que se opuso a la estimación del recurso; remitiéndose 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, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida acordó estimar el recurso formulado frente a la ficción desestimatoria mencionada en el primero de los antecedentes de hecho, al entender, en síntesis, que procedía acordar la restitución de la cantidad reclamada en la demanda, entregada a cuenta por la recurrente en cumplimiento de dicho convenio, ya que había quedado probado que finalmente no tuvo lugar la modificación del Planeamiento pactada en aquel (tanto por no haberse reflejado en la revisión del Plan de 2010, como por haberse anulado tal revisión) deviniendo imposible su cumplimiento, por lo que procedía la recíproca restitución de las prestaciones entregadas a cuenta de dicho Convenio (conforme a lo establecido en los artículos 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y 1303 del Código Civil) para evitar un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento (por existir un desplazamiento patrimonial sin causa). A ello añadía que por la Administración no se había "acreditado en modo alguno la concurrencia de la alegada causa torpe ya que no se ha acreditado la ilicitud del convenio no determinándose cual es la concreta normativa infringida ni que el mismo no tuviera por objeto favorecer el interés general ya que consta probado que se dirigía a promover la mejora de la oferta hotelera con la construcción de un hotel de cinco estrellas en la playa".

La Administración apelante se alza frente a dicha resolución oponiendo, en resumen, la existencia de error en la valoración de la prueba y de la aplicación de la doctrina de la "causa torpe" (error que tilda de "evidente"). Y ello por cuanto el convenio al que se refieren las actuaciones -y, añade, " todos los demás que se firmaron con esta promotora"- se pactaron " al margen de la legalidad y a sabiendas de su ilicitud". A este respecto arguye, de un lado, que en el propio convenio se reflejaba que se pactaba sobre un planeamiento futuro -pues la ampliación del hotel Guadalpín no resultaba viable con el vigente en el momento de su firma-; de otro, que se favorecía el interés particular de la mercantil -y no el general-; y, de otro, que por este Convenio fueron condenados penalmente ambos contratantes en la Sentencia del caso "Malaya" por delitos de prevaricación y malversación. Por ello no resultaba procedente, a su juicio, la restitución de las pretensiones, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil; máxime cuando -refiere- ese era el proceder " diario del urbanismo en Marbella, conocido por todos los operadores inmobiliarios, promotores, constructores, hoteleros, etc... Todos sabían, sin ningún género de dudas de la ilicitud del convenio, contratos, permutas, etcétera. Pese a ello, firmaban los pactos, generalmente fuera de la Casa Consistorial, y al margen de un procedimiento administrativo (y urbanístico (como en este caso), es decir, procurando encuentros para la firma de este tipo de convenios. Todos sabían, que en muchos casos no se produciría su ratificación por la Corporación, ya fuera por la Junta de Gobierno Local, o por Pleno, y en la mayoría de los casos, se apresuraban a solicitar licencia de obras, y con ella o sin ella, se procedía de forma acelerada a construir, aunque las licencias fueran posteriormente anuladas". Invoca a este respecto la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000, las Sentencias dictadas por esta Sala el 25 de febrero de 2019 (recurso de apelación 274/2017) y 20 de octubre de 2009 (apelación 1326/2008)



y varias Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura, Cataluña, Asturias y Castilla León, además de otras dictadas por varios Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Málaga y Barcelona.

Por su parte, por la representación de la mercantil apelada se solicitó la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la Sentencia recurrida, que consideraba ajustada a derecho. Para ello sostuvo que, a su juicio, y tal y como recoge la Sentencia apelada, la Administración había incumplido los compromisos pactados con aquella pero había recibido las cantidades reflejadas en el convenio (extremo que incluso no cuestiona en el recurso), sin, por otro lado, justificar "en absoluto cuál sea el concreto comportamiento de AIFOS que merezca tal reproche culpabilístico, limitándose a exponer una serie de generalidades que bien podrían aplicarse a cualquier otra sentencia, en tanto que no especifica qué actuar de la promotora es el que se considera ilícito". A ello añade que, en contra de lo que sostuvo la Administración en su apelación, el Convenio en cuestión no dio lugar a condena penal alguna, extremo que se inferiría de la lectura del folio 5.406 de la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de octubre de 2013 (en la que, en alusión a este y otro convenio suscrito en la misma fecha, se refería cómo no procedía decretar su nulidad, al haber sido absueltos los procesados por su celebración), por lo que no existía prueba alguna de su ilicitud (que correspondía a la Administración. En cambio, refiere, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración "en grado máximo" si no se restituyese la cantidad a la apelada, pues la misma, a pesar de no cumplir lo pactado, recibió la cantidad convenida en plazo. Invoca como aplicable la doctrina reflejada en la Sentencia dictada por la Sección Funcional de esta Sala el 30 de noviembre de 2018.

SEGUNDO. - Sentados los términos en los que se suscita el recurso y la oposición, así como la fundamentación de la Sentencia apelada, se ha de comenzar la presente resolución poniendo de manifiesto cómo esta Sala ha venido señalando reiteradamente los límites que presenta la alegación de la pretendida errónea valoración de la prueba en sede de recurso de apelación. Y es que aun cuando esta órgano adquiere con la formulación del recurso de apelación competencia para revisar la totalidad de las pruebas y decantarse por la valoración más ajustada a derecho (esto es, que ostenta plena jurisdicción para revisar la observancia de los principios rectores sobre su carga y si la valoración conjunta del material probatorio por la Juez de instancia ha sido arbitraria o acertada), esta revisión ha de llevarse a cabo teniendo presentes los siguientes criterios jurisprudenciales:

a) La valoración de las pruebas practicadas con aplicación del principio de inmediación judicial es función básica del juzgador de instancia. Dicha valoración solo puede ser, pues, revisada con fundamento en la apreciación de que la actuación judicial valorativa infringe el derecho de la prueba, incluido el que se deduzca de los principios generales del derecho, o las reglas de la lógica (entre las recientes, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de julio , 26 de septiembre y 3 de octubre de 2007, recurso de casación 3865/2003 , 9742/2003 , 7568/2003; así como las citadas en las mismas, de 6 y 17 de julio de 1998 , 27 de marzo , 17 de mayo , 19 de junio , 12 de julio , 22 de septiembre , 6 y 18 de octubre , 2 y 19 de noviembre , 15 de diciembre de 1999 , 22 de enero , 5 de febrero , 20 de marzo , 3 de abril , 5 de mayo , 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000 , 3 de diciembre de 2001 y 23 de marzo de 2004).

b) En el caso de la prueba pericial y testifical, el órgano judicial revisor no puede sustituir la lógica o la sana crítica del juzgador de instancia por la propia, salvo cuando se acredite en el proceso de revisión que la valoración judicial no se atiene a las máximas de la experiencia o a las reglas de la sana crítica, entendidas éstas como los criterios de la lógica interpretativa, o cuando la libertad de crítica no se expresa de acuerdo con los criterios propios del razonar humano, incurriendo en arbitrariedad, incoherencia o contradicción (entre las recientes, sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo con fechas de 30 de octubre , 7 y 13 de noviembre de 2007, recursos de casación números 6998/2003 , 6698/2004 y 6851/2004 , así como las reiteradamente citadas de 11 de marzo , 28 de abril , 16 de mayo , 15 de julio , 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995 , 27 de julio y 30 de diciembre de 1996 , 20 de enero y 9 de diciembre de 1997 , 24 de enero , 14 de abril , 6 de junio , 19 de septiembre , 31 de octubre , 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998 y 30 de enero , 22 de marzo y 17 de mayo de 1999. Igualmente, las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo con fechas de 21 y 28 de febrero y 9 de octubre de 2003, dictadas, respectivamente en los recursos de casación números 2117/1997 , 2180/1997 y 4164/1997).

La parte apelante sostiene que la Sentencia objeto de recurso valora erróneamente la prueba practicada, señalando, en especial, y en referencia a la posible concurrencia de la causa torpe del Convenio, la existencia de Sentencia penal condenatoria sustentada en la celebración del mismo. A tal efecto aportó junto con su demanda como documento 1 la dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga el 4 de octubre de 2013, con número 535/2013, en el sumario 21/2007 (conocida como Sentencia del caso Malaya); sosteniendo que en la misma se condenó a "los representantes de la mercantil concursada recurrente y los



propios ediles del Consistorio", al ser dicho Convenio "constitutivo de delito", por incurrir en una "ilegalidad manifiesta de prevaricación y malversación".

Pues bien, de la lectura de la extensísima Sentencia se comprueba que si bien, efectivamente, fueron condenados en aquella los firmantes del Convenio urbanístico de planeamiento celebrado entre las partes el 22 de marzo de 2004 (obrante a los folios 39 a 63 del expediente) por la comisión de varios delitos de cohecho, malversación de caudales o efectos públicos, alteración de precios en subasta o concurso, fraude y cohecho activo (a la vista de los apartados 54 y 70 del fallo, referidos a D. Jesús Luis, que intervino en representación de la mercantil apelada como Director comercial de la misma, y a D^a. Fidela, entonces Alcaldesa-Presidenta de la Corporación); ninguna de estas condenas vino motivada por la celebración del Convenio cuya resolución se declara en la Sentencia apelada. De hecho, aquellos tan solo fueron condenados por la comisión de un delito de fraude por la firma de otro Convenio diferente, denominado "Guadaiza" (folios 5371 y 5376), que no se corresponde con el que es objeto de análisis (que en la Sentencia se identifica como "Guadalpín Village"), que se trata de un Convenio de permuta -y no de planeamiento- celebrado el 17 de junio de 2004. En cambio, aun cuando se presentó acusación por la supuesta comisión de un delito de cohecho respecto de la celebración del de planeamiento de 22 de marzo de 2004 (a la vista de los folios 2721 o 4526 de la Sentencia), ninguno de los firmantes fue condenado por tales hechos. Tanto es así que, como acertadamente apunta la parte apelada, en el epígrafe c) del apartado B) de las consecuencias accesorias del fallo (folio 5406 de la Sentencia) se declara expresamente que no procedía "decretar la nulidad de los dos convenios urbanísticos -de planeamiento- suscrito por el Ayuntamiento de Marbella y la entidad AIFOS de 22 de marzo de 2.004, y que se refieren a los proyectos hoteleros de la entidad Aifos, conocidos como "Guadalpín Banús" y "Guadalpín Village", por el mismo motivo de la absolución de los procesados por estos convenios". En definitiva, la Sentencia apelada no incurrir en error, siendo que el la apelante la que parte de una premisa equivocada.

TERCERO.- En cuanto a la posible concurrencia de "causa torpe" en la celebración del Convenio y la pretendida improcedencia de acordar la recíproca restitución de las prestaciones, no podemos sino remitirnos a lo ya razonado en nuestra Sentencia de esta Sección Funcional Tercera de 21 de noviembre de 2022, dictada en el rollo de apelación 2724/2021, en la que a este respecto razonamos lo siguiente

" Pasando ahora a examinar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella, la Sala acepta y da por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento sexto de la sentencia a propósito de la causa ilícita en los convenios urbanísticos. Añadimos los razonamientos contenidos en la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2022 (rec. 1.336/2020, FJ 3.º), a propósito de la causa torpe:

"La causa torpe, a la que se refiere el número primero del art. 1306 del CC, contiene un elemento de inmoralidad, que es manifestación de una datio que, en función de los motivos a los que responde, es contraria a las buenas costumbres, pese a lo cual es querida conscientemente por las partes para satisfacer sus bastardos intereses.

La especialidad aparece en los casos de cumplimiento parcial o total de lo convenido, en cuyo caso se proclama la improcedencia de la restitución en virtud de la irrepitibilidad de lo prestado ob turpem causa (por causa torpe), lo que implica una excepción al principio general que rige los casos de nulidad contractual.

No es fácil encontrar un fundamento a tal norma. Para ello, se ha considerado como prevención frente a contratos inmorales, se ha basado en los efectos disuasorios de la regla, o es modernamente concebida como una penalidad civil. Por otra parte, no parece equitativo llevarla a situaciones paradójicas que premien injustificadamente a uno solo de los contratantes cuando el otro incumplió plenamente su contraprestación, máxime cuando el art. 1275 del CC proclama igualmente que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, y la causa es ilícita cuando se opone a las leyes y a la moral".

Regresando al caso, ninguna crítica desarrollada hace la Administración municipal en su recurso frente a la valoración negativa del juzgador del informe emitido por el jefe del Servicio Técnico de Patrimonio y Bienes, obrante a los fols. 263 a 281 de los autos de instancia, que líneas arriba hemos destacado. La tesis del Ayuntamiento de Marbella en esta alzada se resume, llanamente, en que como quien firmó el convenio urbanístico por la mercantil es abogado de profesión y apoderado de una empresa dedicada a la empresa inmobiliaria, y como la generalidad de los convenios de aquella fecha eran contrarios a la legalidad urbanística, ergo debería predicarse la existencia de ilicitud de la causa (causa torpe) común a ambos contratantes en el concreto convenio de 13 de julio de 1992 que es objeto de autos.

Mas la Sala no comparte en modo alguno este planteamiento, pues la culpa de ambos contratantes en la producción de la causa torpe -como base para poder aplicar lo previsto en el apartado primero del art. 1.306 del Código Civil que excluye la posibilidad de repetir lo que hubiera entregado por razón del contrato-, debe ser objeto de cumplida prueba que, en el presente caso, no ha sido aportada, situándose la posición de la Administración local apelante en el plano de la pura conjetura, máxime cuando, como bien valora la sentencia y no se cuestiona



en esta segunda instancia, los futuribles aprovechamientos urbanísticos no fueron materializados ya que la mercantil no llegó a construir ningún tipo de edificación en las parcelas a las que se refería el convenio.

Por tanto, la solución alcanzada en la sentencia apelada de que una vez frustrado el convenio urbanístico al no culminar la Revisión del PGOU en la que debían incorporarse la reclasificación de los terrenos y los parámetros urbanísticos (edificabilidad) comprometidos por el Ayuntamiento de Marbella, deban devolverse a la actora las cantidades entregadas en virtud de aquel, nos parece equitativa, correcta y ajustada, en suma, al régimen general de restitución de recíproca de prestaciones en caso de resolución de obligaciones sinalagmáticas contenido en el art. 1.124 del Código Civil, siendo justamente la acción resolutoria la que entablaron, con parcial éxito, las actoras en su demanda."

Estos mismos razonamientos resultan plenamente trasladables al supuesto que se nos somete a nuestra consideración. Más allá de unas alusiones genéricas en cuanto a la usual forma de proceder de los miembros de la propia Corporación durante un cierto espacio de tiempo respecto de las cuestiones urbanísticas en el municipio, la Administración no logra desplegar prueba alguna que advere que en este concreto Convenio de planeamiento concurría este propósito ilícito. Mas allá de una mera conjetura sustentada en la condena penal de sus firmantes por la firma de otros convenios (orillando la absolucón por la firma de este), no se acredita la concurrencia de dicha causa torpe. Por el contrario, no se combate la existencia de la entrega de las cantidades convenidas ni la ausencia de modificación del planeamiento en los términos pactados; circunstancias que, de acoger la tesis postulada por la Administración, propiciarían un claro enriquecimiento sin causa para el Ayuntamiento (que recibió una cantidad a cambio de una modificaciones en el planeamiento que finalmente no llevó a cabo). Por otra parte, el hecho que en el propio Convenio se recogiese que lo pactado solo resultaría posible conforme a unas determinaciones de planeamiento a aprobar en un futuro (por no ser viable con el entonces vigente la ampliación del hotel Guadalpín) no nos parece un dato determinante a estos efectos, pues, de hecho, es esta la premisa de la que parten la mayoría de convenio de planeamiento (mediante los que la Administración se obliga, precisamente, a efectuar una modificación del vigente). Ni tampoco que el Convenio resultase beneficioso para el interés particular de la mercantil, pues es esta una premisa sin la cual no se comprendería que aquella lo suscribiese. Lo determinante, en su caso, sería que el interés general fuese del todo inexistente, lo que no constatamos de la lectura del Convenio, en el que, por el contrario, se refiere que concurrían "razones de oportunidad y conveniencia" para llegar a tal acuerdo, al suponer "la construcción de un hotel de cinco estrellas playa" -folio 41 del expediente-. Apreciamos, al igual que en la Sentencia apelada, la concurrencia de razones de interés general que el incremento de tal oferta hotelera podía suponer (por ejemplo, desde un perspectiva socio-económica).

Consecuentemente, y de acuerdo con lo previamente razonado, procede desestimar el recursod e apelación entablado y confirmar la Sentencia recurrida.

CUARTO.- La confirmación de la resolución recurrida, trae aparejada la imposición de costas a la Admonstración apelante por imperativo del artículo 139.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, hasta el límite de 1.000 euros que se fija en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 139.4 de dicha Ley Reguladora.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Chacón Aguilar, en representación del EXCELENTÍSIMO AYUNTAMIENTO DE MARBELLA, confirmando la Sentencia recurrida, dictada el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Málaga en el procedimiento ordinario 267/2020.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte apelante, hasta el límite de 1.000 euros.

Líbrese testimonio de esta Sentencia para su unión al rollo de apelación.

Contra esa 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 previstos en el artículo 89.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Firme que sea 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 el Ilmo. Sr. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, la Sra. Letrada de la Administración de Justicia. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ