



Roj: **STSJ AND 9140/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:9140**

Id Cendoj: **18087330012023100466**

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

Sede: **Granada**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2023**

Nº de Recurso: **2494/2020**

Nº de Resolución: **2223/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MANUEL DE LA OLIVA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SECCIÓN PRIMERA**

**ROLLO NÚM. 2494/2020**

**JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 2 DE JAÉN**

**SENTENCIA NÚM. 2223 DE 2.023**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

**Don Jesús Rivera Fernández**

**Ilmos. Sres/as. Magistrado/as**

**Don Constantino Merino González**

**Don Miguel Pardo Castillo**

**Don Antonio Manuel de la Oliva Vázquez**

En la Ciudad de Granada, a veinte de julio 2023.

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 2494/2020 dimanante del Procedimiento Ordinario núm. 353/2019, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Dos de los de Jaén. Es parte apelante: DOÑA Rosario, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> **Amalia González** Palacios y asistida por el Letrado D. Salvador Martín Ros. Y parte apelada **EL AYUNTAMIENTO DE CASTELLAR**, representado y asistido por la Letrada D<sup>a</sup> María Teresa Recio Arias del Ayuntamiento.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo mencionado, en el recurso tramitado ante el mismo con el número reseñado, dictó sentencia número 74/2020, de fecha 27 de febrero de 2020 en la que desestimó la demanda de recurso contencioso-administrativo interpuesta por D<sup>a</sup> Rosario contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Castelar de fecha 30 de mayo de 2019 que confirma, con imposición de costas a la demandante con el límite de 400 euros.

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, del que, tras ser admitido en ambos efectos por el Juzgado, se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de 15 días formularan su oposición, presentándose por la partes apeladas escrito de impugnación de dicho recurso.



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

**CUARTO.**- Asignado el recurso de apelación a la Sección Primera de la Sala, se designó como nuevo ponente al Ilmo. Sr. Magistrado don Antonio de la Oliva Vázquez, señalándose para la deliberación, votación y fallo el día y hora que consta en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso. Por providencia de 19 de junio de 2023 se acordó conferir traslado a los interesados por un plazo común de DIEZ DÍAS al objeto de que formulen alegaciones acerca de la eventual concurrencia, como causa de desestimación, de la inidoneidad del procedimiento escogido para reclamar el abono de la indemnización controvertida, habida cuenta que se funda en el incumplimiento de un convenio y, no obstante, se ha seguido por los trámites de la responsabilidad patrimonial. La partes evacuaron el traslado formulando alegaciones.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Se interpone el presente recurso de apelación frente la sentencia número 74/2020, de fecha 27 de febrero de 2020 en la que desestima la demanda de recurso contencioso- administrativo interpuesta por D<sup>a</sup> Rosario contra la resolución dictada por el Ayuntamiento de Castelar de fecha 30 de mayo de 2019. Se ejercitaba una acción de responsabilidad patrimonial solicitando una indemnización por importe de 233.886,22 euros derivada del incumplimiento del convenio urbanístico nº 2 de fecha 22 de junio de 1999 suscrito entre la reclamante y el Ayuntamiento de Castelar.

**SEGUNDO.**- D<sup>a</sup> Rosario formula recurso de apelación alegando, en síntesis:

No es cierto que la actora, junto con otros propietarios, conocía desde al menos el año 2000 la producción del hecho causante del daño y que estuviera al tanto de la intención del Ayuntamiento de incumplir el convenio suscrito, prescribiendo su derecho a reclamar una indemnización. La sentencia da por hecho el supuesto conocimiento de la actora de las intenciones del Ayuntamiento, fijando ese presunto entendimiento en el año 2000, sin prueba alguna que lo respalde, demostrándose que D<sup>a</sup> Rosario no interpuso reclamación administrativa ni recurso contencioso por cuanto desconocía la intención del Ayuntamiento de incumplir el convenio suscrito.

La prescripción debe ser clara y evidente, debiendo aplicarse con carácter restrictivo. El juzgador para la aplicación de la prescripción determinó el *dies a quo* en el año 2000, siendo tal indeterminación doble, pues de la prueba documental no se ha demostrado que D<sup>a</sup> Rosario conociese la intención del Ayuntamiento de incumplir el convenio, ni el litigio contencioso que interpusieron otros interesados por incumplimiento de otros convenios urbanísticos. De otro lado, no hay fecha desde la que partir, por cuanto el incumplimiento del convenio aún se sigue produciendo, mediante la ocupación material e ilegítima de los terrenos, de propiedad registral de la actora.

No estamos ante un supuesto de "daño permanente", sino continuado, en contra de lo que se dice en la sentencia, transcribiendo parte de la sentencia dictada por el juzgado número 3.

El daño era continuado, pues aún no se había producido la reclasificación de terrenos a la que se comprometió el Ayuntamiento, y porque se seguía produciendo la ocupación material de los terrenos.

El juzgador entendió que el daño es permanente porque la actora, junto con otros titulares y propietarios ya conocían en el año 2000 que la corporación local no iba a llevar a cabo la prestación convenida contractualmente, lo que no es cierto pues no conocía la intención del Ayuntamiento de no cumplir con el convenio.

Inexistencia de documento alguno con el que demostrar que la actora conocía la intención del Ayuntamiento de no cumplir el convenio urbanístico suscrito. Desconocimiento del anterior litigio por responsabilidad patrimonial tramitado ante esta Sala. Falta de emplazamiento o notificación.

La afirmación de que la actora conocía desde al menos el año 2000 la producción del hecho causante del daño, con base al PO 1615/2001 donde se reconoció el derecho al abono de indemnizaciones a otros interesados por el incumplimiento de diversos convenios urbanísticos, entre ellos el ahora litigioso, no ha sido demostrado con la documental. Es incierto que fuera una de las demandantes del anterior procedimiento y que no subsanara el defecto de representación contenido en el escrito del recurso jurisdiccional.

La actora no interpuso el recurso contencioso administrativo, que sí accionaron otros propietarios y entre ellos una cotitular del 3,33% de la finca copropiedad de la actora, y no interpuso el recurso porque desconocía la intención del Ayuntamiento de incumplir el convenio. El error fue la inclusión por otros propietarios de los



demás que no habían ejercitado acción alguna, por lo que se estimó la excepción de falta de representación procesal alegada por la administración.

La actora no ha conocido hasta hace poco la intención del Ayuntamiento y es achacable al Ayuntamiento que no notificara a todos los implicados en aquel recurso para poder personarse. El juzgador de instancia acoge la tesis del titular del juzgado nº 3 en sentencia de 10-07-2019 que confirmaba la prescripción por el hecho de que la actora debió de actuar de igual forma y al mismo tiempo que la cotitular de la parcela y otros titulares, desconociendo la pendencia del recurso seguido en la Sala.

Sobre el carácter restrictivo de la prescripción en supuestos de responsabilidad patrimonial. Solo debe aplicarse en los supuestos más evidentes donde sea fácilmente apreciable su "dies a quo" y "dies ad quem" de una simple lectura del expediente administrativo, correspondiendo en este caso al Ayuntamiento la carga de la prueba.

Doctrina jurisprudencial sobre la distinción entre daños permanentes y continuados en caso de incumplimiento de convenios urbanísticos de planeamiento. Imposibilidad material de fijar plazo alguno debido a la ausencia de reclasificación urbanística de planeamiento en vigor, prometida a través de convenio.

El daño producido es continuado. Ello se desprende de la propia sentencia de instancia. El juzgador se ha mostrado incapaz de fijar, de forma concreta el "dies a quo" del comienzo del plazo prescriptivo para reclamar, solo ha llegado a afirmar que la actora, junto con otros propietarios, conocía desde al menos el año 2000, la producción del hecho causante del daño. Esta indeterminación lleva a afirmar en el caso concreto, el daño no es permanente, sino continuado. Al no haberse agorado el acto generador del mismo en un momento concreto.

Los terrenos de la actora siguen gozando de la misma clasificación urbanística de la que disponían antes de la suscripción del convenio, no habiendo cumplido el Ayuntamiento con lo pactado, que desde 1996 sigue ocupando la finca.

### **TERCERO.- Oposición al recurso de apelación**

**El Letrado del Ayuntamiento de Castellar** se opone al recurso de apelación alegando, en síntesis:

El origen del presente procedimiento hay que situarlo el 22-06-1999 fecha de suscripción del convenio urbanístico en el que la Administración demandada, a cambio de la cesión a su favor de un terreno, se comprometía a modificar puntualmente las NNSS de planeamiento urbanístico de castellar, calificando la totalidad de los terrenos como suelo urbano.

El convenio no fue cumplido por el Ayuntamiento, reconociéndose en la demanda que en reunión con la Alcaldesa el 6-06-2000, la Corporación reconoció que tenía la firme intención de no cumplir los convenios.

Entre 1994 y 1999 el Ayuntamiento había firmado varios convenios urbanísticos, entre ellos el mencionado. Los firmantes de los mismos o sus herederos ejercitaron su acción de responsabilidad patrimonial, siendo peregrina la manifestación de la demanda de que la apelante no fue llamada al proceso judicial para personarse, pues son los propietarios quienes tienen que ejercitar la acción, no como demandados.

Los interesados ejercitaron la acción de responsabilidad patrimonial, presentando reclamación previa el 2-10-2000, ante cuya desestimación presunta formularon recurso contencioso administrativo, conociendo por tanto los interesados que se había producido el hecho causante del daño cuya indemnización reclamaban.

Veinte años después, y once después de la sentencia la apelante presenta una extemporánea reclamación que es desestimada expresamente por prescripción, que confirme la sentencia al considerar que nos encontramos ante un daño permanente.

Prescripción de la acción al encontrarnos ante un daño permanente. El incumplimiento del convenio se produjo el 6 de junio de 2020, siendo ese el "dies a quo" para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial. El propio letrado de la parte actora es el que relata (en la demanda interpuesta ante la Sala de Granada) que en reunión mantenida ese día con la alcaldesa, éste les comunicó que los convenios urbanísticos firmados no se llevarían a la práctica, de ahí que los terrenos no se clasificarían. La jurisprudencia invocada de contrario no resulta aplicable. La primera sentencia por tratarse de una acción de resolución contractual; la segunda por tratarse de un supuesto de inactividad relativo a la imposibilidad de materializar la licencia concedida. Ninguna de ellas parte de la existencia de un procedimiento anterior, con la fuerza de cosa juzgada, que determina la existencia y conocimiento de unos incumplimientos generadores de perjuicios.

Las expectativas de construir se frustraron en el año 2000 cuando se decidió no llevar a la práctica aquellos convenios que se firmaron. La actora estaba al corriente de todo cuanto sucedía. De hecho, la existencia del procedimiento judicial seguido ante la Sala de Granada fue debidamente anunciado y publicado en el tablón de edictos municipal.



El daño no es continuado, sino permanente. El daño se produjo en el preciso instante en que se incumplió el convenio urbanístico. De ser el daño continuado, su cuantificación no podría ser el mismo que el montante fijado en el año 2000, pues se habrían producido nuevos daños.

**CUARTO.- Planteamiento de la tesis. Reclamación de una indemnización derivada del incumplimiento de un convenio urbanístico por la vía de la responsabilidad patrimonial. Resolución del convenio.**

**A)** Mediante providencia de fecha 20 de septiembre de 2022, se confirió traslado a las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 33.2 de la LJCA, con el siguiente tenor literal:

*" Al amparo de lo previsto en el artículo 33.2 de la LJCA , con expresa advertencia de que el planteamiento de la presente tesis no prejuzga el fallo definitivo, procede conferir traslado a los interesados por un plazo común de DIEZ DÍAS al objeto de que formulen alegaciones acerca de la eventual concurrencia, como causa de desestimación, de la inidoneidad del procedimiento escogido para reclamar el abono de la indemnización controvertida, habida cuenta que se funda en el incumplimiento de un convenio y, no obstante, se ha seguido por los trámites de la responsabilidad patrimonial, tal y como razonamos en la sentencia de esta Sala y Sección nº 387/2020, de 17 de febrero de 2022, recurso de apelación nº 3480/2020 , con cita, entre muchas otras, de la STS (Contencioso), sec. 5ª, de 10-02-2021, nº 169/2021, rec. 7251/2019 "*

La parte apelante acepta que la vía para reclamar el incumplimiento de un convenio urbanístico no es la responsabilidad patrimonial, tal y como expusimos en la precitada sentencia con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y no obstante, considera que el ejercicio de la acción es correcto pues, según su criterio, el incumplimiento del convenio urbanístico se declaró mediante sentencia firme, dictada por esta Sala y Sección en fecha de 15 de septiembre de 2008.

**B)** Para una mejor comprensión de la cuestión controvertida, vamos a recordar que la STS (Contencioso), sec. 5ª, de 10-02-2021, nº 169/2021, rec. 7251/2019, analiza la distinción entre responsabilidad patrimonial y responsabilidad contractual, en un supuesto en que la recurrente utilizó la vía de la responsabilidad patrimonial para exigir la devolución de las cantidades entregadas en virtud de un convenio de planeamiento urbanístico que había sido incumplido.

Comienza la sentencia indicando lo siguiente:

*" Pues bien, este planteamiento no puede aceptarse, no ya porque suponga una auténtica confusión entre dos tipos de responsabilidades distintas como son la responsabilidad contractual y la patrimonial, de naturaleza -precisamente- extracontractual, sino porque, además, con tal planteamiento de la recurrente se produce un doble efecto pernicioso: se elude el régimen jurídico propio de la responsabilidad realmente acontecida, la contractual, y se impide, además, que puedan valorarse debidamente los requisitos de la responsabilidad patrimonial que se reclama."*

Y a continuación pasa a delimitar ambos tipos de responsabilidades, contractual y patrimonial, de la siguiente forma:

*" La distinción entre ambos tipos de responsabilidad deriva de su fuente misma, en un caso, el contrato, y en el otro la ley ( arts. 9.3 y 106.2 CE , art. 139 y ss de la Ley 30/1992 ), en la contractual la responsabilidad de la Administración se origina por el daño que ocasiona el incumplimiento de un contrato y en la extracontractual la responsabilidad se origina por el daño causado al particular por el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos. En el primer caso, se parte de un vínculo jurídico previo entre la Administración y el particular, el generado por el haz de derechos y obligaciones que supone el contrato, que determina el nacimiento de responsabilidad por los perjuicios que su incumplimiento provoca; en el segundo, no existe vínculo previo entre la Administración y el particular, y el deber de indemnizar surge de la mera actuación, en sentido amplio, de la Administración generadora de un daño en las condiciones que la ley prevé, la Administración debe indemnizar sin que exista ninguna relación obligatoria previa que le vincule con el particular, sin que exista ninguna obligación ni deber previo concreto incumplido."*

*En ambos casos surge la responsabilidad de la Administración y el consiguiente deber de indemnizar por el daño producido, pero son dos responsabilidades distintas, el título de imputación del daño a la Administración no es el mismo, en un caso deriva del incumplimiento de un contrato, de un deber concreto, y en el otro, del mero actuar de la Administración sin vínculo jurídico previo alguno con el particular que sufre el daño. De esta dualidad de origen deriva que ambos tipos de responsabilidad de la Administración estén sujetas a su propio régimen jurídico, la contractual, regida por la legislación que regula los contratos del sector público (TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aplicable ratione temporis), a la que han quedado específicamente sometidas las partes al suscribirlo, y la extracontractual o responsabilidad patrimonial de la Administración, a los requisitos contemplados en los arts. 139 y ss de la Ley 30/1992 (actualmente, arts. 32 y ss de la Ley 40/2015 ). En ambos casos la Administración es responsable y*





*surge el deber de indemnizar, pero su responsabilidad tiene una fuente u origen distinto que atrae sobre sí un régimen jurídico propio y diverso que debe ser respetado, de forma que si la responsabilidad surge en el seno del incumplimiento de un contrato es éste el régimen jurídico que habrá de seguirse, el previsto en las normas que regulan la contratación de la Administración, con exclusión del régimen jurídico de la responsabilidad que se genera, al margen de toda relación contractual, por el mero actuar de la Administración, régimen éste que opera a modo de cláusula residual, en un Estado social de derecho ( art. 1.1 CE ) en el que la Administración se configura constitucionalmente como una Administración responsable ( arts. 9.3 y 106.2 CE ), para garantizar la indemnidad de los particulares en todos los supuestos en que la actuación administrativa cause un sacrificio patrimonial singular e individualizado que no tengan el deber de soportar. Pero cuando, como es el caso, la responsabilidad que se reclama deriva de una relación jurídica contractual preexistente que tiene su medio específico de resarcimiento, es este régimen el que habrá de seguirse ( SSTS de 18 de enero de 2005, rec. 26/2003 , o de 28 de marzo de 2011, rec. 2865/2009 )."*

De conformidad con lo expuesto, no cabe duda de que, al contrario de lo razonado por la parte apelante, no es indiferente el hecho de que tanto en vía administrativa como judicial se haya ejercitado una acción de responsabilidad patrimonial. El vínculo que une a las partes tiene una inequívoca naturaleza contractual, de tal manera que, como anteriormente hemos destacado, es indudable que la indemnización tiene su origen directo en el supuesto incumplimiento de un convenio urbanístico de planeamiento. Así pues, toda vez que la relación jurídica preexistente es de naturaleza contractual, que tiene su concreto medio específico de resarcimiento, por esta vía deberá encauzarse la acción que pretenda la obtención de una compensación económica derivada del citado incumplimiento.

Así se desprende, igualmente, de la STS (Contencioso), sec. 4ª, de 28-03-2011, rec. 2865/2009, que razona cuanto sigue:

*" Ambos motivos deben ser desestimados, pues, como razonan tanto las resoluciones administrativas y la Sala de instancia, no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración prevista por el artículo 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que tradicionalmente se identifica con la denominada responsabilidad aquiliana o extracontractual derivada de una actuación dañosa producida por la Administración como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, que es, en todo caso, distinta y ajena de la que puede derivarse de otros títulos distintos de esa actuación, y en el caso que enjuiciamos, la sociedad recurrente fundamenta su pretensión indemnizatoria, no en el funcionamiento del servicio público, sino en el alegado incumplimiento del contrato de suministro resuelto por la Administración en fecha cinco de marzo de dos mil tres, y como hemos declarado, entre otras, en nuestra sentencia de dieciocho de enero de dos mil cinco , recaída en el recurso en interés de Ley, número 26/2003, el deber indemnizatorio de la Administración posee un régimen jurídico propio y diferente que por tanto no puede ser utilizado para sustentar cualquier otro tipo de acción de resarcimiento frente a la Administración."*

De hecho, no faltan pronunciamientos del Alto Tribunal que consideran que en estos supuestos concurre una causa de inadmisibilidad por la inadecuación de la acción planteada.

La STS de 25 de marzo de 2011, tras exponer que la Administración opuso ante la Sala de instancia la causa de inadmisibilidad consistente en " *la inviabilidad de la acción planteada en litis, ya que la sociedad demandante estaba reclamando por responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando debió fundar la acción en el instituto de la responsabilidad contractual*", finalmente concluye que " *a nuestro entender, la Sala de instancia debió acoger la causa de inadmisibilidad aducida por la Administración demandada por inadecuación de la acción planteada.*" Justifica dicha decisión con base en que: " *Antes de analizar estos motivos, debemos manifestar que no compartimos de modo alguno el criterio del Tribunal de instancia al reconducir la acción ejercitada a un supuesto de responsabilidad extracontractual de la Administración, pues, independientemente de que la Asociación recurrente la fundamente en el artículo 139 de la Ley 30/1992, tal acción debió sustentarse en el ámbito de la responsabilidad contractual por dimanar ésta de la extinción del convenio de colaboración [...]*"

Bien es cierto que la misma STS (Contencioso), sec. 5ª, de 10-02-2021 reconoce la dificultad, en ocasiones, de distinguir con precisión ambas figuras. No obstante, en el supuesto objeto de estudio, por cuanto hemos razonado con anterioridad, es innegable que el daño tiene su origen directo y exclusivo en el incumplimiento de una previa relación contractual.

Indica al respecto la tan citada sentencia lo siguiente:

*" Ciertamente, la nitidez con la que pueden describirse y distinguirse ambos tipos de responsabilidad de la Administración desde el punto de vista teórico no siempre podrá plasmarse con esa misma nitidez en la realidad de la actuación administrativa. La riqueza y diversidad de supuestos que pueden acontecer en la realidad de las relaciones de los particulares con una Administración cada vez más compleja puede determinar que no sea,*



a veces, sencillo dilucidar si el daño tiene su origen en el incumplimiento de una previa relación contractual o/y en el mero actuar de la Administración al margen de tal relación contractual previa, supuestos en los que no estará exenta de dificultades la articulación de la posible reclamación conjunta o yuxtapuesta de ambas responsabilidades que operan sobre presupuestos distintos, distintos son los procedimientos para encauzarlas, sus respectivos regímenes jurídicos y hasta los plazos de prescripción. Pero no es éste el caso que en esta casación debemos abordar en el que, tal y como nos plantea el auto de admisión, la responsabilidad de la Administración que se reclama por la vía de los arts. 139 y ss de la Ley 30/1992 y 35.a) del TRLS de 2008, deriva, y así lo reconoce insistentemente la recurrente, del incumplimiento que atribuye a la Administración del convenio suscrito por aquélla con el Ayuntamiento de Marbella en el año 2004."

Asimismo, también ha indicado el Tribunal Supremo que en determinadas ocasiones será posible compatibilizar o complementar el ejercicio de ambas acciones, contractual y extracontractual, pero será inviable su reconocimiento cuando se confunden y disocian los requisitos cuya concurrencia se invoca y la modalidad de responsabilidad que se reclama. Esto es lo que sucede en el supuesto objeto de estudio, pues, insistimos, invocándose el incumplimiento de un convenio se solicita una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial.

Más concretamente, la STS de 23 de junio de 2021 señala lo siguiente: " Estas consideraciones generales no impiden que en determinadas ocasiones se posibilite la compatibilidad y complemento en el ejercicio de ambas acciones de responsabilidad , con el fin de conseguir la reparación integral de los perjuicios causados al particular, cuando, junto a la reparación derivada del cumplimiento de la relación contractual preexistente se añada la justificación de la producción de un daño indemnizable en concepto de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento de los servicios públicos. Pero, en todo caso, ha de justificarse la concurrencia de los requisitos exigidos para cada una de las responsabilidades denunciadas, atendiendo a su distinta naturaleza y regulación legal, lo que hace inviable su reconocimiento cuando se confunden y disocian los requisitos cuya concurrencia se invoca y la modalidad de responsabilidad que se reclama. [...] Y esta situación es la que se produce en este recurso, en el que invocándose el incumplimiento del convenio se solicita indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial."

En todo caso, y a mayor abundamiento, prosigue la STS (Contencioso), sec. 5ª, de 10-02-2021, nº 169/2021, rec. 7251/2019, -habida cuenta la cuestión que presenta interés casacional determinada en el auto de admisión- analizando la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos, y concluye: (i) por un lado, que si se admitiera en estos casos la viabilidad del ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, se estaría eludiendo la aplicación de las normas reguladoras de la contratación administrativa y la doctrina general del contrato; (ii) por otro que será preciso, conforme a la lectura que realizamos de la tan citada sentencia, que se inste la resolución del contrato.

Para sustentar esta última cuestión, la sentencia expone que en caso de no interesar la resolución del contrato se produciría un doble efecto pernicioso, que explica de la siguiente forma:

" De un lado, se evita que pueda analizarse la licitud misma de la relación jurídica contractual por cuyo incumplimiento reclama, y ello impide que puedan entrar en juego y ser debidamente ponderadas cuestiones esenciales para valorar la responsabilidad de la Administración que al incumplimiento contractual se atribuye, tales como, que se encuentre debidamente justificada la finalidad de satisfacción de los intereses generales propia de la potestad urbanística que en el convenio actúa la Administración y, en definitiva, la licitud de su causa.

Y de otro, al pretender exigirse la devolución de las cantidades entregadas en virtud del convenio a través del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración sin instar previamente su resolución por incumplimiento al amparo del régimen jurídico propio de los contratos administrativos, se impide que pueda analizarse la concurrencia de uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la que reclama, nos referimos a la antijuridicidad del daño que no es posible valorar si previamente no se analiza la licitud misma del convenio a cuyo incumplimiento se atribuye el daño reclamado."

La necesidad de interesar la resolución del contrato, así pues, se justifica con base en que solo con ocasión de dicha acción podrá analizarse la licitud de la relación jurídica contractual, y, por tanto, determinar eventualmente la antijuridicidad del daño -requisito esencial para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial- que precisará el previo análisis de la licitud misma del convenio.

**C)** Sentado lo anterior, en el trámite de alegaciones se alega que en el procedimiento judicial seguido por el hermano de las ahora reclamantes se reconoció una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial. De forma más precisa, aclara que su padre suscribió el convenio número 6, y una vez constatado el incumplimiento del convenio urbanístico, la sentencia firme dictada por esta Sala y Sección en el año 2008, y en el auto que la complementó, reconoció al entonces reclamante, D. Pablo Jesús , la cantidad correspondiente a la tercera parte de la comunidad hereditaria, esto es, 31.020 euros.



Con este antecedente, las ahora apelantes -que son las dos hermanas del citado D. Pablo Jesús - más de una década después, interpusieron una nueva acción de responsabilidad patrimonial. Explican que la acción no se encontraría prescrita porque el convenio urbanístico, según su criterio, en la actualidad se sigue incumpliendo, tal y como se indica con reiteración en el recurso de apelación para justificar el carácter continuado del daño.

Pues bien, hemos de reiterar que la acción se ha ejercitado a través de una vía inidónea, pues se reclama un incumplimiento contractual a través del ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, cuya naturaleza y objeto es completamente distinto, bastando con la remisión a lo razonado en el epígrafe anterior.

El dictado de la sentencia nº 1275/2008 de 15 de septiembre de 2008, de esta misma Sala y Sección, en ningún caso puede alterar la inequívoca naturaleza de la acción que se ejercita: el abono de una indemnización como consecuencia del incumplimiento del convenio urbanístico suscrito por el padre de los recurrentes con el Ayuntamiento de Castellar. Aunque en nuestra anterior resolución judicial se reconoció la pretensión del hermano de las actrices, ello no implica, necesariamente, que se deba trasladar acríticamente lo razonado en la misma al supuesto sometido a enjuiciamiento, pues no cabe duda que se trata de un acto plenamente autónomo y alejado temporalmente más de 15 años de la primigenia acción de responsabilidad patrimonial en su día ejercitada por el hermano de las apelantes.

Antes bien, ha de reconocerse que la jurisprudencia puede y ha evolucionar y, en consecuencia, no es de extrañar que pueda propiciar una respuesta distinta ante un mismo supuesto, siempre y cuando se encuentre debidamente motivado. Esta Sala y Sección modificó el criterio aceptado en la precitada sentencia del año 2008, entre otras, en la posterior sentencia de 17 de febrero de 2022, con base en pronunciamientos más recientes del Tribunal Supremo, como se ha expuesto con detalle en el epígrafe anterior.

La cita del artículo 14 de la Constitución Española, respecto del supuesto trato discriminatorio que supondría para las ahora reclamantes, ha de ponerse igualmente en relación con aquellos recurrentes que han presentado acciones de responsabilidad patrimonial derivadas del incumplimiento de un convenio urbanístico y este Órgano Judicial las ha rechazado con base en la doctrina más reciente del Tribunal Supremo. En otras palabras, lo que realmente implicaría una clara contravención del citado artículo sería la aceptación del criterio propuesto por la actora, pues una vez modificada la jurisprudencia en los términos anteriormente expuestos, se estaría volviendo a alterar únicamente en favor de las ahora recurrentes por el hecho de que a su hermano se le reconoció tal pretensión hace 15 años, a pesar que a otros reclamantes se les ha aplicado con posterioridad el criterio objeto del planteamiento de la tesis.

Razones de seguridad jurídica y de unidad de criterio imponen mantener la línea jurisprudencial seguida por esta Sala y Sección en los últimos pronunciamientos -con base, hemos de reiterar, en jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo-, y, en consecuencia, desestimar el recurso ante la inidoneidad de la vía escogida para encauzar la reclamación.

No obstante, se aprecian serias dudas de derecho, como revela el dictado de sentencias contradictorias, de suficiente entidad para justificar la no imposición de las costas procesales.

*Obiter dicta*, sería muy cuestionable, incluso, que realmente se hubiera producido algún cambio de criterio, pues la lectura de la sentencia nº 1275/2008 de 15 de septiembre de 2008 evidencia que la cuestión planteada en la presente tesis realmente no fue abordada por la misma, y, lógicamente, no existió ningún pronunciamiento expreso acerca de la idoneidad de la reclamación utilizada.

#### **QUINTO.- Costas.**

Al amparo del artículo 139.2 de la LJCA, conforme a lo razonado en el último párrafo del epígrafe anterior, no se hace pronunciamiento sobre el abono de las costas procesales causadas en esta alzada.

#### **FALLO**

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

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de Dña. Rosario frente a la sentencia número 74/2020, que dimana de los autos del procedimiento ordinario número 353/2019, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Jaén.

2.- No hacer pronunciamiento sobre el abono de las costas procesales causadas en esta alzada.

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 núm.: 1749000024249420, 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.

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.

**Diligencia.-** Entregada, documentada, firmada y publicada la anterior resolución, que ha sido registrada en el Libro de Sentencias, se expide testimonio para su unión a los autos. Doy fe.