



Roj: **STSJ AND 19496/2024 - ECLI:ES:TSJAND:2024:19496**

Id Cendoj: **29067330022024101073**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **2**

Fecha: **05/12/2024**

Nº de Recurso: **582/2022**

Nº de Resolución: **3088/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Contencioso**

Ponente: **MARIA ROSARIO CARDENAL GOMEZ**

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.:2906745020120001369.

Procedimiento: Recurso de Apelación 582/2022.

De: JARDINES DEL ALICATE SA

Procurador/a:IGNACIO MARTIN DE LA HINOJOSA BLAZQUEZ

Contra: AYUNTAMIENTO DE MARBELLA

Procurador/a:AMALIA CHACON AGUILAR

SENTENCIA NÚMERO 3088/2024

ILTMAS. SRA./OR.:

PRESIDENTA:

DOÑA MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

MAGISTRADO/A:

DON SANTIAGO MACHO MACHO

DOÑA MARÍA DE LAS MERCEDES DELGADO LÓPEZ

Sección Funcional 2ª

En la ciudad de Málaga, a cinco de diciembre de 2024 .

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 582/22, interpuesto en nombre de JARDINES DE ALICATE,S.A. representada por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Martín de la Hinojosa Blazquez, contra la sentencia 358/21, de 11 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Málaga en el seno del procedimiento ordinario 193/2012; habiendo comparecido como apelado EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA representado por el Procurador de los Tribunales Dª. Amalia Chacón Aguilar, se procede a dictar la presente resolución.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. María del Rosario Cardenal Gómez, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.-Por la representación de JARDINES DE ALICATE,S.A se interpuso recurso contencioso-administrativo contra Decreto del Ayuntamiento de Marbella de 10 de febrero de 2012 por el que se inadmite a trámite el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de convenio urbanístico, inadmite su reclamación de responsabilidad patrimonial .

SEGUNDO.-El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 1 de Málaga dictó, en este recurso contencioso- administrativo tramitado con el nº PO 193/12, sentencia de fecha 11 de noviembre de 2021 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia apelada desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de JARDINES DE ALICATE,S.A contra la resolución del Ayuntamiento de Ronda de 10 de febrero de 2012 por la que se inadmite a trámite su reclamación de responsabilidad contractual por incumplimiento de convenio urbanístico.

La demandante solicitaba dictado de "Sentencia mediante la cual estime el recurso contencioso-administrativo formulado, declare no ser conforme a derecho la resolución objeto del mismo y anule esa resolución, y con ello en primer lugar, anule esa resolución y resuelva con ello que la reclamación formulada no era extemporánea y debía admitirse y resolverse sobre ella y, entrando en el fondo del asunto, acuerde: . Con carácter principal, declare el derecho de Jardines del Alicante S.A, a obtener aprovechamientos urbanísticos en los términos descritos en el cuerpo del presente escrito, y la correlativa obligación del Ayuntamiento de Marbella, a dicha Administración local a estar y pasar por los términos de los acuerdos suscritos con esta parte y con ello en definitiva a entregar a esta parte aprovechamientos por un total de 29.353,33 m2t. . Y para el caso de que no pudiera o no fuera procedente o se admitiera la compensación en metálico, que el Ayuntamiento debe abonar esa suma de 120,20 € por cada m2t de esos aprovechamientos para un total en todo caso de 3.528,270.2 €, con los correspondientes intereses"

La Sentencia apelada, tras denegar las causas de inadmisión del recurso planteadas por la Administración demandada, expresa lo siguiente:

"TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, lo primero que habrá de determinarse, vistos los fundamentos de las pretensiones de las partes, será, en primer lugar, cual es el plazo de prescripción que resulta de aplicación en el presente caso. Para lo anterior habrá que atenderse a lo solicitado por la parte, pues dependiendo del fundamento de la solicitud efectuada por la recurrente que dio lugar a la iniciación del expediente administrativo en el que se dictó la resolución impugnada, habrá de aplicarse un plazo u otro. Aclarado lo anterior, la solicitud que motivo el dictado del Decreto impugnado fue presentada en fecha 16 de septiembre de 2011 (F. 1 a 133 EA) por D^a Graciela , como Consejera Delegada de la mercantil Jardines del Alicante S.A, en dicho escrito, a la primera pagina del mismo se refiere que "formulo la oportuna RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL", subrayando en negrita las palabras escritas en mayúsculas. Si se continua con la lectura del escrito, a la pagina 20 del mismo (F. 19 EA) se continúa hablando del "Principio de Responsabilidad Patrimonial de la Administración", con especial referencia al art. 106.3 CE y el art. 139.1 de la Ley 30/92. Y en el suplico del escrito, nuevamente, se dice "...se sirva considerar iniciado Procedimiento de Reclamación de Responsabilidad Patrimonial frente a ese Ayuntamiento..." No debe existir duda sobre el hecho de que, tanto la Administración, como ahora esta juzgadora, debe quedar vinculada por lo solicitado por la parte en su escrito inicial del expediente administrativo, y resulta evidente que la solicitud que se formuló lo fue por responsabilidad patrimonial de la Administración. No resulta admisible que, en el escrito de demanda se pretenda hacer valer una acción de incumplimiento de convenio urbanístico, es decir, incumplimiento de contrato, cuando lo planteado ante la Administración fue otra cosa.

La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración debe interponerse en el plazo de un año desde que se produjera el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. El computo del plazo debe entenderse fijado en fecha 5 de septiembre de 2003 cuando fue publicado el acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** de Málaga por la que se denegaba



la aprobación definitiva de la revisión del PGOU de 1993. Y es que, la propia parte demandante reconoce que el convenio suscrito en 1997 fue modificado por otro convenio de 6 de febrero de 2001 estableciendo obligaciones adicionales, comprometiéndose el Ayuntamiento a la aprobación definitiva de los proyectos tan pronto como se aprobase con carácter definitivo la revisión del PGOU, luego no cabe duda de que lo fue en relación a esa revisión que se encontraba en trámite en aquel momento y que finalmente no fue aprobada. Y así se infiere también de la demanda cuando se habla de la Addenda de 1 de febrero de 2002 que se dice se produjo para ajustar las diferencias existentes entre las previsiones de aprovechamientos inicialmente previstas en el convenio y las incluidas finalmente en los instrumentos de planeamiento, concretamente en la revisión del PGOU, y en aquella fecha, la revisión que se encontraba en trámite era la que finalmente fue denegada su aprobación por el Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** de Málaga publicado el 5 de septiembre de 2003. Dado que los convenios y sus modificaciones o adendas se referían en todo caso a la revisión del PGOU que estaba en trámite, desde que fue denegada su aprobación debe entenderse se produjo el hecho que motiva la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, de modo que al presentarse la solicitud en septiembre de 2011, había transcurrido mas que sobradamente el plazo de prescripción de un año. Por ello, en base a lo expuesto en los párrafos anteriores, debe considerarse ajustado a derecho el Decreto impugnado de fecha 10 de febrero e 2012 al haberse presentado la solicitud de responsabilidad patrimonial transcurrido el plazo de prescripción para ello, sin que proceda por tanto entrar a resolver las restantes cuestiones planteadas. La reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración debe interponerse en el plazo de un año desde que se produjera el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. El computo del plazo debe entenderse fijado en fecha 5 de septiembre de 2003 cuando fue publicado el acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** de Málaga por la que se denegaba la aprobación definitiva de la revisión del PGOU de 1993. Y es que, la propia parte demandante reconoce que el convenio suscrito en 1997 fue modificado por otro convenio de 6 de febrero de 2001 estableciendo obligaciones adicionales, comprometiéndose el Ayuntamiento a la aprobación definitiva de los proyectos tan pronto como se aprobase con carácter definitivo la revisión del PGOU, luego no cabe duda de que lo fue en relación a esa revisión que se encontraba en trámite en aquel momento y que finalmente no fue aprobada. Y así se infiere también de la demanda cuando se habla de la Addenda de 1 de febrero de 2002 que se dice se produjo para ajustar las diferencias existentes entre las previsiones de aprovechamientos inicialmente previstas en el convenio y las incluidas finalmente en los instrumentos de planeamiento, concretamente en la revisión del PGOU, y en aquella fecha, la revisión que se encontraba en trámite era la que finalmente fue denegada su aprobación por el Acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** de Málaga publicado el 5 de septiembre de 2003. Dado que los convenios y sus modificaciones o adendas se referían en todo caso a la revisión del PGOU que estaba en trámite, desde que fue denegada su aprobación debe entenderse se produjo el hecho que motiva la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, de modo que al presentarse la solicitud en septiembre de 2011, había transcurrido mas que sobradamente el plazo de prescripción de un año. Por ello, en base a lo expuesto en los párrafos anteriores, debe considerarse ajustado a derecho el Decreto impugnado de fecha 10 de febrero e 2012 al haberse presentado la solicitud de responsabilidad patrimonial transcurrido el plazo de prescripción para ello, sin que proceda por tanto entrar a resolver las restantes cuestiones planteadas"

SEGUNDO.-Frente a esta sentencia se alza la recurrente y plantea el presente recurso de apelación

expresando, destacamos, que lo que se solicitó al Ayuntamiento de Marbella es que "atendiese a la responsabilidad de la que era responsable por no cumplir o dar cumplimiento a lo recogido en los Convenios y adendas a estos, de Transferencia de Aprovechamientos Urbanísticos suscritos entre mi mandante y el Ayuntamiento de Marbella....." Considera que este incumplimiento es lo que subyace en el fondo de este procedimiento.

Hace hincapié también en el hecho de que se suspendiera el procedimiento por prejudicialidad penal Crítica que, finalmente, en la Sentencia apelada se viene a decir que es correcta la inadmisión acordada por el Ayuntamiento porque se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial que ha prescrito al pasar un año desde la fecha en que se entiende se ha incumplido el contrato firmado.

Y que ésto lo hace:

- . sin atender si es un convenio
- . que su incumplimiento prescribe a los quince años
- . que la prescripción ha de interpretarse de forma restrictiva
- .que las reclamaciones y recursos son lo que son y que debe aplicarse simplemente el principio de antiformalismo.



Y continúa " Todo ello para consagrar la burla del derecho del ciudadano a ser indemnizado en lo que le corresponde cuando la Administración incumple sus obligaciones. Y el Ayuntamiento disponiendo de lo que ha recibido del ciudadano burlado en sus derechos y al que debe servir"

A continuación efectúa un resumen de los motivos del recurso que pasamos a recoger:

1. El primero es porque no es cierto lo que dice la Sentencia de que la prescripción sin más empieza a correr desde el día 5.9.2003. En aquellos momentos mi mandante era un ciudadano que no se planteó siquiera formular reclamación alguna, porque entonces no estaba determinado ni producido el perjuicio. Como se detallaba en la demanda, frente a esa parcial interpretación que ya en su momento sostuvo el Ayuntamiento para no atender a sus obligaciones, el hito del que hay que partir es la publicación de la corrección de errores de la definitiva revisión del PGOU de Marbella en la que se incluían expresa y concretamente esos suelos. El PGOU de Marbella sufrió una tortuosa tramitación que la Sala a que tenemos el honor de dirigirnos conoce sobradamente y que culminó con ese acuerdo. Y es entonces cuando definitivamente se causa el perjuicio, pues hasta ese momento continuaba la tramitación urbanística y no se había producido un definitivo incumplimiento del convenio, que podía sin más ser cumplido en esos posteriores instrumentos urbanísticos. Ese procedimiento culmina con esa aprobación definitiva de la Revisión del PGOU en 2010, en la que no son respetadas las determinaciones urbanísticas conveniadas en su día entre el Ayuntamiento y Jardines del Alicate, y en la que las determinaciones que se recogen son perjudiciales para Jardines del Alicate. Hasta entonces mi representada seguía negociando con el Ayuntamiento y formulando alegaciones y no se planteó iniciar reclamación por incumplimiento. Sin duda si se hubiera recogido en ellos el cumplimiento de esos convenios o se hubieran estimado las alegaciones, se diría que no se podía reclamar nada porque no había daño, lo cual deja claro que mientras los mismos se tramitaban no se podía formular reclamación económica porque el daño no estaba consolidado. Luego el plazo corre desde entonces. A ello se une que, como se citaba en la demanda, la prescripción debe interpretarse de forma restrictiva, como posteriormente se razonará. Así la Sentencia de la propia Sala de lo Contencioso de Málaga de 11.1.2008 decía: "La tesis de acudir al mayor plazo prescriptivo en detrimento de otro más cortos, además, es la más correcta atendiendo a los elementos en juego. En efecto, interpretar que la prescripción aplicable es la de 15 años regulada en el Código civil por no existir precepto expreso es más razonable...."

2. En efecto, enlazando con lo anterior, nunca sería aplicable la prescripción anual, sino la de 15 años del Código civil (ahora 5 en las nuevas reclamaciones), como definitivamente ha resuelto nuestro Tribunal Supremo fijando doctrina casacional en Sentencia de 10 de diciembre de 2020, que precisamente resolvía un recurso de casación formulado por el Ayuntamiento de Marbella contra una Sentencia de esa Sala de lo Contencioso de Málaga, que ya había resuelto en ese sentido que ahora se pretende en este recurso, como se detallará en el cuerpo del presente recurso. 3. Cuando la Sentencia dice que el escrito inicial se titulaba reclamación de responsabilidad patrimonial y a ello hay que estar sin más y no basta que la demanda aluda al incumplimiento de convenios, obvia que tanto ese escrito como la demanda hablan constantemente de incumplimiento de convenios. Ello resulta claro y evidente de los escritos presentados por esta parte y en los que se reitera en infinidad de ocasiones que la responsabilidad reclamada deriva del incumplimiento de los convenios por parte de la Administración. 4. Además, la Sentencia no tiene en cuenta que las solicitudes administrativas deben ser examinadas desde un criterio antiformalista reiteradamente proclamado por nuestra jurisprudencia.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 5.11.2019 (RC 6806/2018) confirma la jurisprudencia de la Sala Tercera que declara el carácter antiformalista y pro actione en orden a la admisión de las solicitudes administrativas que ya había declarado en las SSTT nº1862/2018 de 28 de diciembre y nº1342/2018 de 19 de julio. Tal principio viene ampliamente recogido en diversos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, entre otros, art. 68, 71, 73, 115. 5. Finalmente existen otros datos que abundan la falta de base de la Sentencia, como es la paralización durante años por prejudicialidad penal. En efecto, durante varios años el procedimiento ha estado paralizado porque el Ayuntamiento alegó la prejudicialidad penal por el procedimiento abierto a D^a Graciela y Jardines del Alicate por fraude, cohecho. Eso pone en evidencia que la prescripción no era ni mucho menos así cuando hay que alegar excepciones de esa índole, más aún cuando las mismas son estimadas por el Juzgado y dilatan durante años el procedimiento hasta que nada menos se produce la absolución con todos los pronunciamientos favorables.

Pero es que es aún más llamativa la posición del Juzgado, que estimó esa suspensión porque entendía afectaba al fondo del asunto y ahora viene a decir que no es necesario entrar en el fondo. Son actos propios incomprensibles. Si existe prejudicialidad penal es porque no cabe admitir la resolución del Ayuntamiento de inadmisión sin más y hay que esperar a que se resuelva si hay ilicitud sobre el fondo del asunto. Si hay posibilidad de ilicitud es porque el Ayuntamiento conoce que se debate el fondo y no hay una inadmisión por prescripción porque claramente se han pasado los plazos. A mayor abundamiento incluso justificó y recurrió



por la práctica de periciales que no tendrían sentido y serían innecesarias si fuera tan clara esa prescripción. No existe causa para esa contradicción del Ayuntamiento y menos aún del propio Juzgado, que parece no querer entrar nunca en el fondo y en la condena y juegan con los derechos del administrado que sin embargo debían garantizar por encima de todo. Finalmente hemos de remitirnos a lo dispuesto en la reciente Sentencia de 8 de julio de 2021 del Tribunal Supremo nº 995/2021 que viene a decidir que si la Administración declara la extemporaneidad de la reclamación, sin entrar en el fondo, el Tribunal de lo Contencioso sí está obligado a entrar a analizar la pretensión indemnizatoria.

La Administración local que interviene como apelada se opone al recurso de apelación planteado y defiende la corrección de la sentencia criticada en base a sus propios fundamentos, pues considera que no adolece de incongruencia omisiva, siendo adecuado a derecho el pronunciamiento que efectúa estando vinculada la Administración y el Juzgador a lo solicitado por el recurrente que en este caso se concreta en una reclamación de responsabilidad patrimonial.

Considera correcto situar el plazo prescriptivo en el transcurso de un año desde el 5 de septiembre de 2003, como también ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia 102//2019. Rec. 694/2018 en relación a los convenios urbanísticos afectados por la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella:

"Respecto del "dies a quo", es bien sabido que sólo podrá venir establecido a partir del momento en el que la acción pudo ser ejercitada, esto es en palabras del Tribunal Supremo aquen el que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (SSTS 31 de octubre de 2000, 23 de enero 2001, 24 de febrero 2009 y 13 octubre 2010, entre otras).

Pues bien, en las presentes actuaciones suscritos los convenios urbanísticos para su incorporación a la Revisión del PGOU de Marbella iniciada por el Ayuntamiento el 8 de octubre de 1993 y frustrada el 21 de julio de 2003, cuando la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** de Málaga denegó su aprobación definitiva, a partir de ese momento tuvo la parte actora cabal conocimiento de que las prestaciones convenidas contractualmente a cargo de la Corporación no se iban a llevar a efecto, pese a que de contrario ya se había cumplido con la entrega de los inmuebles acordados." Añade la citada Sentencia: "TERCERO.- Debemos, pues a proceder a interpretar los preceptos de precedente cita, tal y como hemos sido requeridos al efecto por el ATS de la Sección de Admisión de esta Sala de 17 de enero de 2019; esto es, de los artículos 1964.2 del Código Civil (CC), y, 25.1.a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), "sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso", de conformidad con el artículo 90.4 in fine de la LRJCA. El citado artículo 25.1.a) de la LGP (dedicado a "Prescripción de las obligaciones") dispone: "1. Salvo lo establecido por leyes especiales, prescribirán a los cuatro años: a) El derecho al reconocimiento o liquidación por la Hacienda Pública estatal de toda obligación que no se hubiese solicitado con la presentación de los documentos justificativos. El plazo se contará desde la fecha en que se concluyó el servicio o la prestación determinante de la obligación o desde el día en que el derecho pudo ejercitarse. b) El derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas, si no fuese reclamado por los acreedores legítimos o susderechohabientes. El plazo se contará desde la fecha de notificación, del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación". Por su parte el artículo 1964.2 del Código Civil (CC) señala: "Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan". (La citada redacción del artículo 1964.2 CC fue establecida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que se publicó en el BOE del día 6 de octubre, entrando en vigor el siguiente día 7 de octubre de 2015 siguiente. Hasta dicha fecha, el plazo de prescripción que se establecía en el precepto era el de quince años. Por su parte la disposición transitoria quinta de la misma Ley 42/2015, de 5 de octubre, bajo la rúbrica de "Régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes", se remite a otro precepto del Código Civil: "El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil". Precepto que, por su parte, establece: "La prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo." Por tanto, el plazo que debemos tomar en consideración, en el supuesto de autos es el de quince años)." Es por ello por lo que entendemos que esta denegación ha de ser tomada como referencia para el cómputo del plazo de prescripción del que disponía la recurrente a la hora de formular su reclamación, siendo esta la fecha en la que conoce la eventualidad (doctrina de la actio nata) o es el día en que el derecho puede ejercitarse sin incurrir en abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los propios derechos. La presentación de la solicitud en septiembre de 2011 supone que el plazo de prescripción de un año desde el fijado plazo de 5 de septiembre de 2003 había transcurrido sobradamente.



Finalmente se pronuncia la demandada sobre la conveniencia de la suspensión por prejudicialidad penal, justificada por el art. 10.2 LOPJ. Añade que : "La relevancia de los bienes e intereses protegidos por las normas penales justificó el dictado del Auto de 1 de marzo de 2019, acordándose la suspensión del curso de los autos en tanto el procedimiento seguido ante la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga (P.A. 1012/2017) no alcanzara una resolución firme. Esto viene justificado, por el artículo 10.2 de la LOPJ, que establece "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca." El hecho de que la Sentencia de 4 de febrero de 2020 absolviera a Dña. Graciela no implica que la posición del juzgador de suspender el procedimiento fuera, en palabras de la otra parte "absurda e incoherente" o "incomprensible", toda vez que es la otra parte quien en su escrito de 5 de mayo de 2020, proponiendo a prueba la resolución judicial, reconoce que "Dicha Sentencia guarda directa relación con los hechos objeto de ese procedimiento, refiriéndose al mismo incumplimiento contractual y a los mismos convenios y escrituras a que se refiere este recurso contencioso". En todo caso, y pese al resultado negativo de la acción penal, siguiendo doctrina propia de esta Sala y en el supuesto que la recurrente hubiera ejercido correctamente su acción, por responsabilidad contractual, nos encontraríamos en este caso, con un claro ejemplo de causa torpe, derivada de los contratos."

TERCERO.-El ordenado abordaje de este recurso de apelación exige en primer lugar una correcta aproximación a la naturaleza de la acción ejercitada por la recurrente, que reclama la restitución de los aprovechamientos o sumas abonadas en contraprestación por la obtención de unos aprovechamientos urbanísticos que pactados en un convenio suscrito con el Ayuntamiento, no podrá ya disfrutar por la frustración del instrumento de planeamiento, anulado por esta Sala en sentencia firme.

Enfrentada a esta cuestión la Sala ha acuñado en los últimos tiempos un criterio uniforme, confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que caracteriza los convenios urbanísticos como figuras negociales empleadas por la Administración en sus actuaciones concertadas publico-privadas, y que en lo esencial participan de la naturaleza de los contratos.

La sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2018 (Rec. 2120/2015) al analizar la problemática suscitada en torno al plazo de prescripción para el ejercicio de acciones de reclamaciones por razón del incumplimiento de convenios urbanísticos exponía que *"Por lo que hace a los plazos de prescripción esta Sala ha optado por naturalizar los convenios administrativos, y dentro de ellos los urbanísticos, como actos negociales de la Administración en la que esta asume compromisos en términos bilaterales y de sinalagma, que la Administración no puede transgredir sin la correlativa sanción resolutoria o indemnizatoria, como ocurre en el ámbito de las obligaciones, lo que aproxima a este tipo de convenios a la regulación propia de los contratos.*

En este sentido señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 (rec. 3722/2009), los convenios urbanísticos tienen naturaleza contractual. Dada dicha naturaleza, deben asumir, por reciprocidad, las obligaciones inherentes a dichas actuaciones urbanísticas, sobre todo si ello es consecuencia de un convenio urbanístico celebrado conforme al art. 1255 del Código Civil , en cuanto consagran la posibilidad de libre pacto por parte de las Administraciones Públicas con sometimiento a los principios de buena administración.

Lo cierto es que el convenio una vez firmado, nace al mundo jurídico como acuerdo de voluntades, pues se perfecciona por el mero consentimiento, siempre que concurren los requisitos de validez conforme a los artículos 1258 y 1261 del Código Civil y desde entonces tiene fuerza vinculante para las partes (ver STS, Sala 3ª, Secc. 6ª, de 26 de octubre de 2005, rec. 2.188/2001).

Igualmente y conforme a la misma, es admisible que por alteraciones posteriores a su firma el cumplimiento del convenio devenga inexigible, como la inconstitucionalidad declarada de la normativa vigente en que se amparaba, en virtud de la STC 61/1997, de 20 de marzo (STS, Sala 3ª, Secc. 5ª, de 6 de febrero de 2007, rec. 4290/2003).

Cuando lo que se predica es el incumplimiento de obligaciones, conviene recordar que si éste es parcial (como la no iniciación de actuaciones sobre una calle asumidas por el Ayuntamiento) no conlleva la resolución del convenio pues tal decisión rompería el equilibrio patrimonial expresado en el mismo (ver STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 21 de febrero de 2006, rec. 7866/2002). Esta sentencia destaca la naturaleza del Convenio, que no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato."

La tesis que sustentamos en torno a la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos viene confirmada por la STS de 29 de enero de 2020 (rec. 694/18) que razonaba a este respecto que *"Debemos comenzar recordando que, en diferentes ocasiones, y con distintas perspectivas y finalidades, nos hemos pronunciado sobre la naturaleza jurídica de los convenios urbanísticos, considerándolos, siempre, como una figura de carácter contractual, en la que una de las partes intervinientes es una Administración pública —o entidad de ella*



dependiente--- y que se suscribe con la finalidad de intervenir ---o de llegar a acuerdos--- en relación con el planeamiento urbanístico o con la gestión del mismo.

Así, en la STS 1649/2017, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3834, RC 1812/2016) hemos sintetizado y reiterado una anterior doctrina:

"Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 (rec. 3722/2009), los convenios urbanísticos tienen naturaleza contractual, como ya ha tenido ocasión de afirmar dicha Sala. Dada dicha naturaleza, deben asumir, por reciprocidad, las obligaciones inherentes a dichas actuaciones urbanísticas, sobre todo si ello es consecuencia de un convenio urbanístico celebrado conforme al art. 1255 del Código Civil y 243 de la Ley 9/2001, en cuanto consagran la posibilidad de libre pacto por parte de las Administraciones Públicas con sometimiento a los principios de buena administración.

Desde esa perspectiva solo cabría instar la nulidad del Convenio suscrito por concurrencia de algún vicio en la prestación del consentimiento (art. 1265 C. civil).

Lo cierto es que el convenio una vez firmado, nace al mundo jurídico como acuerdo de voluntades, pues se perfecciona por el mero consentimiento, siempre que concurren los requisitos de validez conforme a los artículos 1258 y 1261 del Código Civil desde entonces tiene fuerza vinculante para las partes (ver STS, Sala 3ª, Secc. 6ª, de 26 de octubre de 2005, rec. 2.188/2001). Igualmente y conforme a la misma, es admisible que por alteraciones posteriores a su firma el cumplimiento del convenio devenga inexigible, como la inconstitucionalidad declarada de la normativa vigente en que se amparaba, en virtud de la STC 61/1997, de 20 de marzo (STS, Sala 3ª, Secc. 5ª, de 6 de febrero de 2007, rec. 4290/2003). Cuando lo que se predica es el incumplimiento de obligaciones, conviene recordar que si éste es parcial (como la no iniciación de actuaciones sobre una calle asumidas por el Ayuntamiento) no conlleva la resolución del convenio pues tal decisión rompería el equilibrio patrimonial expresado en el mismo (ver STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 21 de febrero de 2006, rec. 7866/2002). Esta sentencia destaca la naturaleza del Convenio, que no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato. Cree o no derechos u obligaciones para terceros, como especifica esta resolución, los produce para las partes contratantes, que es lo lógico y esencial de los contratos, según el artículo 1257 del Código Civil. Convenio urbanístico al que debemos considerar como un instrumento de acción concertada entre la Administración y los particulares, que asegura a los entes públicos una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general, siendo su finalidad la de complementar las determinaciones legales en materia de **urbanismo**, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas por el planeamiento, eliminando puntos de fricción y los obstáculos que pueda ocasionar una determinada actuación urbanística. Como tal vincula a las partes que lo han concertado en los términos que señala el Código Civil, al quedar establecida con claridad suficiente el acuerdo de voluntades alcanzado. En consecuencia, las prestaciones asumidas por las partes a través del convenio, en la medida en que coinciden con las exigidas en las Leyes o por los planes en vigor, son exigibles directamente en virtud de lo dispuesto en tales normas".

Por su parte, en la STS de 28 de febrero de 2011, (ECLI:ES:TS:2011:1029, RC 1000/2007), señalamos: "La doctrina de esta Sala sostiene, en efecto, que los convenios urbanísticos constituyen la manifestación de una actuación convencional frecuente en las Administraciones Públicas; que la misma puede tener por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor y que, aunque el convenio o acto convencional en cuestión se dirija a preparar y poner en marcha una alteración del planeamiento, constituye una realidad o un acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del Plan (Sentencias de 6 de febrero de 2007, 3 de febrero de 2003, 7 de octubre de 2002, 31 de enero de 2002, 9 de marzo de 2001, 24 de junio de 2000 ó 15 de marzo de 1997)".

En la STS de 3 de febrero de 2003 (RC 6134/99) nos hemos ocupado, en concreto del "convenio de planeamiento urbanístico", señalando que "[e]l Convenio Urbanístico aquí enjuiciado, ostenta la naturaleza de los llamados convenios de planeamiento, que tienen por objeto la preparación de una modificación del planeamiento en vigor, y como tal simple convenio no integra la figura de una disposición de carácter general, de la que, por el contrario, si participa la naturaleza de la normativa del planeamiento derivado de ese Convenio.

Por otra parte, los convenios de planeamiento participan de la naturaleza de un contrato-convención, al no existir solamente un conjunto de obligaciones recíprocas, sino sobre todo, compromisos paralelos de la Administración y de la entidad que lo concierta, tendentes a un fin que tiende al aseguramiento futuro de la materialización de la modificación futura del Plan, contemplado en el Convenio, el que en definitiva viene a ser un acto preparatorio de la modificación del planeamiento contemplado.

Por supuesto, que los citados convenios urbanísticos no pueden incidir válidamente sobre competencias de las que la Administración no puede disponer por vía contractual o de pacto".



En la STS de 6 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2966 , RC 4283/2003), reiterando anterior jurisprudencia, pusimos de manifiesto, en relación con estos mismo convenios, que "[c]on independencia de algunas peculiaridades propias de este tipo de Convenios ---en particular que la potestad del planeamiento no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados (SSTS de 29.01.1991 y 15.03.1997 , entre otras)--, los Convenios Urbanísticos no son sino verdaderos contratos para los cuales es exigible los requisitos esenciales del art. 1261 del CCde consentimiento, objeto y causa (SSTS 30.04.1979 y 13.07.1984)".

Luego que hemos realizado este ejercicio de naturalización del negocio convencional, la acción debería calificarse como acción por incumplimiento contractual, que puede a su vez perseguir la resolución del convenio en casos de incumplimiento sustanciales, con la correlativa restitución de prestaciones, o puede instar la indemnización de los perjuicios económicos que un incumplimiento parcial pueda haber ocasionado a la parte perjudicada.

La jurisprudencia 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 de las consecuencias que el incumplimiento pueda originar. Esa previsión limitativa de su alcance es coherente con la falta de efectos generales de los convenios, frente a la eficacia erga omnes que es propia de las disposiciones generales.

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.

La causa del incumplimiento por parte de la Administración reviste una relevancia relativa, pues en el ejercicio de sus potestades puede discrecionalmente apartarse del contenido de lo conveniado amparado en razones de interés general, decisión que es virtualmente inatacable en base al superior interés de la colectividad que se prima sobre las estipulaciones de las partes convenientes, por lo que es irrelevante la calificación del incumplimiento como culpable para que se repongan las prestaciones económicas satisfechas por el propietario en el marco de un convenio del que la Administración decide apartarse en el ejercicio del ius variandi urbanístico.

Admitir una solución distinta deriva en un exceso injustificado, en un enriquecimiento injusto de la Administración, que percibe una prestación económica sin ofrecer contrapartida alguna.

Así lo tiene por otra parte admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias como la de 18 de marzo de 2014. (Recurso de Casación 3395/2011), en la que para un supuesto parangonable se puede leer: *"A diferencia de los anteriores motivos, éste que ahora examinamos por vulneración de doctrina jurisprudencial, debe prosperar, ya que, de lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto para la Administración autonómica, ahora recurrida, en perjuicio de la entidad mercantil recurrente, que le cedió una parcela de 160.000 metros cuadrados sin obtener compensación alguna a cambio, a pesar de lo estipulado en el convenio urbanístico, que no tuvo eficacia, aunque en ello haya tenido alguna responsabilidad dicha entidad mercantil recurrente por no haber puesto todos los medios necesarios a su alcance para obtener los aprovechamientos que le autorizaban las determinaciones incorporadas a las Normas Subsidiarias de Planeamiento municipales a consecuencia del referido convenio urbanístico mientras estuvieron vigentes, que fue, al menos, durante dos años y ocho meses, según admitió la propia recurrente en su escrito de conclusiones.*

No se puede ignorar, sin conculcar la prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa, que la Administración urbanística, como ella misma reconoce, recibió un terreno de 160.000 metros cuadrados entregados por la entidad mercantil recurrente, sin que ésta haya obtenido compensación alguna a cambio, contrariamente a lo estipulado en el convenio urbanístico, al que la indicada Administración autonómica se adhirió al otorgar la escritura pública de donación, pues, por más que se indicase en ésta que se trataba de una cesión gratuita, no cabe desconocer que obedeció a lo estipulado en el precedente convenio urbanístico, el que, como la propia Sala de instancia declara probado, fue ratificado por la Administración de la Comunidad Autónoma al otorgar, el 24 de marzo de 1988, esa escritura pública de donación."(FJ 5).

En nuestra sentencia de 26 de noviembre de 2018 (Rec. 2352/2015) afirmábamos en relación con una reclamación por incumplimiento de convenio urbanístico *"Sin mayores consideraciones, verificado lo anterior, esto es, la imposibilidad de cumplir lo conveniado en sus términos, por no estar el Ayuntamiento en disposición de conceder unos parámetros de aprovechamiento urbanísticos en las condiciones ventajosas que fueron pactadas y que motivaron el reconocimiento a favor del ente municipal de una contrapartida económica, el sector deberá desarrollarse al margen de aquel convenio ya irrealizable, y que por ende ha decaído en sus efectos, quedando condicionado este desarrollo a la necesaria aplicación del PGOU y de sus prescripciones normativas en la ejecución del sector que conduce a la ineficacia material del convenio, que ya no genera por si mismo ninguna*



plusvalía a favor de la recurrente, siendo consecuencia inherente de lo anterior la restitución de las prestaciones económicas adelantadas por los propietarios suscriptores del mismo como contrapartida por el aumento de valor que debían experimentar sus terrenos por aplicación del convenio."

En cualquier caso debe descartarse por carente de objeto que pueda obtenerse la reclamación efectuada por la apelante en base a acciones de responsabilidad patrimonial y de enriquecimiento injusto que deben ser excluidas por venir en cualquier caso fundada la razón de pedir del recurrente en el incumplimiento de los términos de un convenio urbanístico, de lo que debemos deducir que únicamente sería válida como acción ejercitada, la de incumplimiento del convenio .

Así lo reconoce el TS por ejemplo en Sentencia que resuelve el recurso 7251/2019:

"A).- La pretensión que en este recurso de casación articula la parte recurrente se ajusta estrictamente a la cuestión que nos formula el auto de admisión: considera que a través del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de la que constituye una manifestación específica en el ámbito urbanístico el art. 35.a) del TRLS 2008, puede exigir la devolución de las cantidades entregadas en virtud de un convenio urbanístico de planeamiento que ha sido incumplido por la Administración sin que sea necesario instar previamente su resolución.

Reconoce así la recurrente que el daño por el que reclama es el que le ha sido ocasionado por el incumplimiento que atribuye al Ayuntamiento de Marbella de un convenio urbanístico concertado en 2004, daño que concreta en las cantidades que entregó a la firma del convenio incumplido y en los perjuicios (que no detalla ni cuantifica) que le ha ocasionado los años en los que la parcela ha estado paralizada debido al incumplimiento de lo pactado. Ninguna duda cabe, por tanto, de que -tal y como ha quedado delimitada la cuestión sobre la que debemos pronunciarnos en el presente recurso de casación- el daño por el que se reclama a través de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración trae causa del incumplimiento del citado convenio.

Se trataba de un convenio de los denominados "de planeamiento", firmado entre la recurrente y el Ayuntamiento de Marbella en el año 2004, cuando se encontraba vigente el PGOU de 1986, cuyo objeto era modificar las características urbanísticas de una parcela propiedad de aquella, cambiando su calificación para obtener un notable incremento de edificabilidad, modificación que el Ayuntamiento se comprometía a realizar mediante la revisión de dicho PGOU de 1986, y a cambio, se convenía una compensación económica sustitutiva del deber de cesión a la Administración del 10% de aprovechamiento medio que se concretaba en el 10% del incremento de edificabilidad pactado y que se haría efectiva por la recurrente en plazos sucesivos (a la firma del convenio, a su aprobación por el órgano municipal competente, al inicio de la revisión del plan, a su aprobación definitiva y al momento de la concesión de la licencia de obras). Algunas de estas cantidades fueron efectivamente satisfechas por la interesada, pero la modificación del planeamiento que se había pactado no llegó a reflejarse en el PGOU definitivamente aprobado en 2010.

Son estas cantidades satisfechas por la interesada en cumplimiento del convenio citado las que la recurrente reclama aquí en concepto de daño mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, que ejercita al amparo del art. 139 de la Ley 30/1992 y del art. 35.a) del TRLS 2008, por entender que se dan todos los requisitos que legalmente la caracterizan: una actuación de la Administración (consistente en el incumplimiento del convenio que supone el no haberse reflejado en el PGOU de 2010 las modificaciones convenidas en relación con la parcela de su propiedad) que le ha ocasionado un daño (la no devolución de la cantidad entregada a la firma del convenio y demás perjuicios ocasionados por los años que la parcela ha estado paralizada por no darse cumplimiento a lo pactado), individualizado, efectivo y evaluable económicamente, que es también antijurídico y no tiene el deber de soportar en la medida en que supone un enriquecimiento injusto del Ayuntamiento que ha percibido unas cantidades sin cumplir la contraprestación pactada.

B).- 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.

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).

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.

C).- Ya hemos hecho referencia al contenido sustancial de este convenio que hemos caracterizado como convenio "de planeamiento" cuya naturaleza contractual ha sido destacada por la jurisprudencia y así lo hemos recordado en nuestra sentencia de 29 de enero de 2020, rec. 694/2018, que ambas partes citan en sus respectivos escritos. En esa sentencia se realiza un detallado análisis de la naturaleza jurídica y rasgos definitorios de estos convenios de la que nos interesa destacar aquí los tres que la jurisprudencia ha puesto de relieve: (i) su naturaleza contractual, (ii) su idoneidad para incidir en la potestad de planeamiento y (iii) la posibilidad de exigir la responsabilidad de la Administración por su incumplimiento.

- (i) naturaleza jurídica contractual: se trata de "una figura de carácter contractual", más precisamente, se configura como "contrato-convención", sustentada en el principio de libertad de pacto (art.1255 CC y art. 4 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aquí aplicable);

- (ii) indisponibilidad de la potestad de planeamiento por vía contractual: "Estos convenios de planeamiento -negocio jurídico convencional de naturaleza administrativa- no vinculan al planificador que conserva intacta su potestad discrecional" (STS de 4 de abril de 2019, rec. 1224/2017); a través de estos convenios no puede la Administración disponer de la potestad de planeamiento que, como función pública que es, ha de estar siempre destinada a satisfacer el interés general;



- (iii) posibilidad de exigencia indemnizatoria en caso de incumplimiento de los convenios: la anterior circunstancia, esto es, la indisponibilidad de la potestad de planeamiento, no excluye la responsabilidad de la Administración por el incumplimiento de lo pactado; como recuerda la STS de 3 de abril de 2001, rec. 8856/96, "la Administración no puede disponer de dicha potestad. 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. La falta de cumplimiento por el poder público comprometido de convenios urbanísticos tendrá las consecuencias indemnizatorias -o de otra índole- dimanantes del principio de responsabilidad si concurren los requisitos para ello (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1997, que cita las de 23 de junio de 1994 , 18 de marzo de 1992 , 13 de febrero de 1992 y 21 de septiembre de 1991)".

Y estas consecuencias indemnizatorias derivadas del incumplimiento de los convenios, cuando el daño por el que se reclama, como es aquí el caso, tiene su origen en dicho incumplimiento -lo pretendido por la recurrente es la devolución de las cantidades que entregó a su amparo por haber incumplido el Ayuntamiento los compromisos pactados-, se encuentran regidas por las normas que los regulan que son las que derivan de su naturaleza jurídica contractual y, más precisamente, de contrato suscrito por una Administración pública o, como antes dijimos, "negocio jurídico convencional de naturaleza administrativa". Así se recuerda en la sentencia que acabamos de citar en la que decíamos lo siguiente sobre las normas que rigen en materia de responsabilidad de la Administración por el incumplimiento de lo pactado en los convenios urbanísticos:

"Debemos partir de que la naturaleza jurídica que corresponde a los convenios urbanísticos es la de un contrato administrativo; así se deduce de la jurisprudencia que hemos expuesto e, igualmente, así se desprende de las sucesivas y reiteradas normas jurídicas, en materia de contratos, que se han promulgado en nuestro ordenamiento jurídico, y que ponen de manifiesto, tanto la citada naturaleza de contrato administrativo, como la normativa de aplicación en el supuesto de extinción de los mismos por incumplimiento de lo pactado:

a) Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), en su artículo 4, ya estableció la "Libertad de pactos" disponiendo que "[l]a Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla".

Igualmente, en su artículo 5.2.b), consideró contratos administrativos, al margen de los típicos contemplado en el apartado a), "[l]os de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley".

El régimen jurídico de aplicación a los mismos siempre fue claro desde esta ley, señalando su artículo 7.1 que "[l]os contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado".

b) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público (LCSP), en su artículo 19.1.b) señalaba, tras reseñar los contratos administrativos típicos ---en el anterior apartado a) del mismo precepto---, que también tendrán carácter administrativo "[l]os contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley".

En su apartado 2, el mismo artículo 19 añade: "2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas".

c) Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), en su artículo 5.2.b) señalaba que también son contratos administrativos ---además de los típicos del artículo 5.1--- "[l]os de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley".



A su vez, el artículo 7 ("Régimen jurídico de los contratos administrativos"), en sus apartados 1 y 2, añadía: "Los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, párrafo b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente.

2. El orden jurisdiccional contencioso administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos".

d) El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), por su parte, en su artículo 19.1.b) disponía: "Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley", añadiendo en su apartado 2 que "[l]os contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas".

e) En la actualidad, la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) continúa en la misma línea. Así su artículo 25.1.b) dispone que "[l]os contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella".

Y el régimen jurídico de aplicación sigue siendo el mismo al añadir el citado precepto, en su apartado 2: "Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

f) Este carácter jurídico, administrativo, y similar a los contratos administrativos no ofrece hoy la más mínima duda si analizamos los artículos 47 y siguientes (Capítulo VI del Título Preliminar) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LSP), que, como hemos expresado, se ocupa de los convenios; así, en el citado artículo 47.1.1º se definen los mismos como "acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas ... entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común". Igualmente se desprende de esta regulación la diferencia con los contratos, por cuanto en su párrafo 3º, este mismo precepto dispone que "[l]os convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos".

D).- Pues bien, es este régimen jurídico propio de la relación contractual en cuyo seno se ha originado el daño por el que se reclama -en definitiva, las normas reguladoras de la contratación administrativa y la doctrina general del contrato- el que quedaría eludido si se atendiera a la pretensión de la recurrente de encauzar su petición resarcitoria derivada del incumplimiento de un convenio a través de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración sin instar previamente su resolución, con el doble efecto pernicioso al que aludíamos al principio de nuestro razonamiento.

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.

Por tanto, en las circunstancias del caso, nuestra respuesta no puede ser otra que negar la posibilidad de reclamar por la vía de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración la devolución de las cantidades entregadas en virtud de un convenio urbanístico de planeamiento en caso de incumplimiento del mismo sin instar su resolución."

CUARTO.-Llegados a este punto debemos retornar al examen de las aseveraciones contenidas en la sentencia de instancia en torno a la naturaleza de la acción ejercitada y plazo de prescripción de la misma.

Vistas las actuaciones la Sala no tiene duda de que la acción ejercitada ante el ayuntamiento de Marbella es de responsabilidad patrimonial por incumplimiento de convenio.

La Sentencia de instancia lo explica claramente como se expresó ut supra:

".....la solicitud que motivo el dictado del Decreto impugnado fue presentada en fecha 16 de septiembre de 2011 (F. 1 a 133 EA) por D^a Graciela , como Consejera Delegada de la mercantil Jardines del Alicate S.A, en dicho escrito, a la primera pagina del mismo se refiere que "formulo la oportuna RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL", subrayando en negrita las palabras escritas en mayúsculas. Si se continua con la lectura del escrito, a la pagina 20 del mismo (F. 19 EA) se continúa hablando del "Principio de Responsabilidad Patrimonial de la Administración", con especial referencia al art. 106.3 CE y el art. 139.1 de la Ley 30/92 . Y en el suplico del escrito, nuevamente, se dice "...se sirva considerar iniciado Procedimiento de Reclamación de Responsabilidad Patrimonial frente a ese Ayuntamiento...."

El hecho de que se refiera a un incumplimiento de convenio no empece para que la reclamación se haya efectuado mediante el ejercicio de una acción diferente que resulta inapropiada y no se trata ahora ni se puede mutar la naturaleza de la acción ya que nada impedía que tras la respuesta, certera igualmente como veremos, del Ayuntamiento de Marbella se hubiera desistido de la misma y se hubiera efectuado una correcta reclamación.

Cambiar en sede jurisdiccional la naturaleza de la acción ejercitada no puede resultar admisible ya que no puede existir discrepancia entre lo solicitado en una y otra instancia. Y en l presente supuesto no se han variado los motivos sino la acción ejercitada y, con ello, el propio fundamento de la pretensión que se ejercitaba. No cabe , por tanto, apelar al antiformalismo sino que debió haberse rectificadoy, desistiendo de la reclamación patrimonial, ejercitar la acción correcta.

QUINTO.-Y consideramos , ademas que había prescrito el ejercicio de esa acción de responsabilidad cuyo plazo, como sabemos, es de un año desde la producción del hecho o el acto que motive la indemnización, pues aunque la actora mantienner como dies a quo del cómputo el 16 de septiembre de 2010 después recurre acertadamente a la STS 1746/2020 que fija el dies a quo indicado en el día 5 de septiembre de 2003 cuando la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y **Urbanismo** de Málaga denegó la aprobación definitiva de la Revisión del PGOU de Marbella, poniendo así fin al procedimiento de revisión en curso, conforme al art. 33 de la Ley 2/2007 , LOUA.

Entendiendo el TS que a partir de ese momento tuvo la parte perjudicada cabal conocimiento de que las prestaciones convenidas contractualmente a cargo de la Corporación no se iban a llevar a efecto,aunque la apelante sigue considerando que el plazo de prescripción sería el de 15 años, lo cual ya hemos visto no es factible dada la naturaleza de la acción ejercitada.

SEXTO.-Se desestima, por tanto, el recurso de apelación.

Los razonamientos anteriores nos conducen a ello indefectiblemente sin que el alegato realizado en el recurso a la prejudicialidad penal pueda dar lugar tampoco a otra decisión favorable a la apelante pues es cierto que la misma no se opuso a la suspensión del procedimiento por el Juzgado de Instancia ni la recurrió.

Como dice la demandada esa suspensión no supone una actuación "absurda o incoherente" del Juzgador, pues es en la sentencia y no antes donde habría que resolver si estamos en presencia de una simple cuestión de inadmisión por extemporaneidad o si, además, debía entrarse a conocer el fondo del asunto. Luego estaba justificada , como indica la demandada, la aplicación del art. 10.2 LOPJ.

No cabe hablar tampoco, por tanto, de incongruencia omisiva ya que la sentencia apelada resuelve la cuestión concreta del Decreto impugnado, resolución administrativa que debía revisar, :la extemporaneidad de la acción de reclamación por responsabilidad patrimonial.

De otra parte , en cuanto a la obligación de entrar a conocer del fondo de la reclamación aque se refiere la actora en los casos en que la Administración haya inadmitido una petición por extemporaneidad, como se



infiere de la sentencia 995/2021, de 8 de julio del TS, esa obligación es sólo para el caso en que el Juez o Tribunal que conozca hubiera concluido que no procedía la inadmisibilidad, no para el caso en que valide la resolución administrativa considerando que la reclamación se interpuso fuera de plazo.

Pero es que, además, como ha quedado sentado si no se hubiera inadmitido la reclamación por extemporaneidad tendría que haberse inadmitido o desestimado por el ejercicio incorrecto de la acción que se utilizaba. De conformidad con la doctrina jurisprudencial al derivar la responsabilidad administrativa que se reclama de una relación jurídica contractual preexistente, la actora no podía, sin encontrarse antes esclarecidos en sede administrativa o jurisdiccional los incumplimientos por las Administraciones actuantes de las cláusulas del convenio en los que funda su reclamación de responsabilidad patrimonial, reclamar extracontractualmente los daños derivados de tales incumplimientos: era necesario que, previamente, constaran depuradas las responsabilidades derivadas del convenio.

SEPTIMO.-De conformidad con lo reglado en el artículo 139.2 LJCA, en los casos de desestimación del recurso de apelación las costas se impondrán a cargo de la parte apelante, hasta el límite de 1.500 euros , y por todos los conceptos (art. 139.3 de LJCA).

Por las razones expuestas, en nombre de Su Majestad el Rey y por la potestad de juzgar que nos ha conferido el Pueblo español en la Constitución.

FALLAMOS

Desestimar el recurso presente recurso de apelación , con expresa imposición de costas a la parte apelante hasta el límite de 1.500 euros por todos los conceptos.

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

Notifíquese la presente sentencia a las partes del procedimiento.

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

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 la Ilma. Sra. Ponente que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, ante mí, el Secretario. Doy fe.-