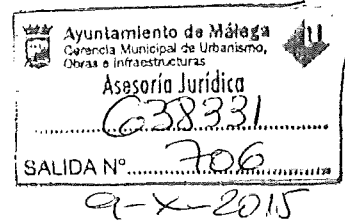




Ayuntamiento de Málaga

Gerencia Municipal de Urbanismo, Obras e Infraestructuras



Asesoría Jurídica

ASUNTO: VIABILIDAD JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONVENIO URBANÍSTICO DE HOYO ESPARTERO

Por el Ayuntamiento en Pleno en sesión de 23 de julio pasado, en relación con moción presentada por el grupo municipal “Málaga por la gente”, se acordó que se solicitaran los informes jurídicos pertinentes para estudiar la viabilidad jurídica y consecuencias de la resolución del Convenio Urbanístico de Hoyo Espartero.

Al tratarse de un acuerdo plenario municipal, en relación con la posible resolución de un convenio aprobado por el Pleno Municipal, no es competencia de esta Asesoría la emisión del informe requerido, sino que corresponde a la Asesoría Jurídica Municipal, no obstante, a petición del Sr. Gerente realizamos las siguientes observaciones:

I.- Antecedentes

- El Ayuntamiento y la mercantil propietaria “Promociones Braser” de los terrenos suscribieron un convenio urbanístico, el 26 de febrero de 2008, cuyo objeto era la colaboración entre las partes con la finalidad de establecer las determinaciones de planeamiento de la Modificación de Elementos del PAM-PEPRI Centro en C/ Hoyo de Esparteros, y el cambio de Sistema de Actuación, pasando de expropiación a compensación, concretando los términos en que el propietario habría de abonar al Excmo. Ayuntamiento las correspondientes cantidades económicas sustitutorias, así como su cuantía, en aplicación de la figura de la reparcelación económica.
- Con posterioridad, el 27 de abril de 2012, se aprobó definitivamente por el Pleno Municipal la Modificación de Elementos del PEPRI-Centro relativa a la ribera oriental del río Guadalmedina entre C/ Muro de Puerta Nueva y Avda. Manuel Agustín Heredia. Asimismo la propiedad, con fecha 8 de julio de 2013 presentó una propuesta de ordenación a fin de definir pormenorizadamente las determinaciones urbanísticas, que fue aprobada por acuerdo del Consejo Rector de esta Gerencia de 3 de octubre de 2013.





Asesoría Jurídica

- El 21 de octubre de 2013 se suscribió entre las partes una Adenda al Convenio Urbanístico con el objeto de “matizar algunos de los aspectos recogidos en el Convenio suscrito el 26 de febrero de 2008, como consecuencia, tanto del devenir de la tramitación de la Modificación del PEPRI-Centro pactada en su día, como de la propuesta de ordenación presentada por la propiedad”. A tal efecto se rediseñaron los plazos establecidos para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la propiedad y se fijaron definitivamente las valoraciones relativas a la reparcelación económica y abono de las cantidades sustitutorias al Ayuntamiento.

En la estipulación Quinta de la precitada Adenda la propiedad de los terrenos asumió, entre otros, los siguientes compromisos:

- El abono de las cantidades correspondientes a la indemnización económica sustitutoria del 10 % del aprovechamiento medio y de las cantidades que resultasen, en el plazo máximo improrrogable de un mes a contar desde la modificación del acuerdo de aprobación del Proyecto de Reparcelación.
- Aportar aval bancario por importe de 139.208,13 €, equivalente al 7 % del presupuesto previsto del proyecto de urbanización, en el plazo máximo de un mes desde la fecha de aprobación de la Adenda por el Pleno Municipal.

Con fecha 10 de diciembre de 2014 el Consejo Rector aprobó el Proyecto de Reparcelación significándole al promotor del procedimiento que en el plazo de 1 mes debería presentar documento recogiendo las subsanaciones requeridas según informe del Servicio Técnico de Ejecución del Planeamiento.

También se les requería la presentación del aval por importe de 139.208,13 €, practicar la consignación en el Caja General de Depósitos de la cantidad de 74.695,37 € en concepto de indemnización económica sustitutoria de los derechos referidos anteriormente generados por la finca 3.2 de las aportadas e ingresar el pago de 4.848.354,09 € en concepto de indemnización económica sustitutoria en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo.





Asesoría Jurídica

Dicho acuerdo fue notificado a los interesados el 17 de diciembre de 2014 y publicado en el BOP nº 61 de 30 de marzo de 2015 y en Tablón de Anuncios de GMU entre los días 22 de diciembre y 22 de enero de 2015.

Se les ha requerido reiteradamente el cumplimiento de sus obligaciones económicas. La propiedad interesó aplazamiento del pago lo cual fue aprobado condicionado a la presentación de un aval, que no se aportó. Actualmente se ha iniciado la vía ejecutiva de cobro por parte de Gestrisam.

II.- Naturaleza Jurídica del Convenio Urbanístico

La figura del convenio urbanístico ha sido muy estudiada desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, llegándose a la conclusión casi categórica de que representan acuerdos de voluntades entre administraciones o entre la Administración y particulares y que, por tanto, son contratos.

La S.T.S. de 5 de febrero de 2014 (rec. 1537/2011) manifestó que a los convenios urbanísticos, por su naturaleza contractual, le son de aplicación las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones.

En este sentido el T.S.J.A. en sentencia de 21 de noviembre de 2013 señalaba que el convenio no es una mera declaración de intenciones sino un verdadero contrato que impone obligaciones bilaterales cuyo cumplimiento, de conformidad con lo establecido en el art. 1256 del Código Civil, no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.

La doctrina se inclina por clasificarlo de contrato administrativo especial en tanto que tiene naturaleza contractual y carácter administrativo; rigiéndose por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, que reconoce su carácter jurídico-administrativo, por el Texto Refundido de la Ley del Suelo, por el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público, que en su artículo 19 prevé su carácter de contrato administrativo especial, y supletoriamente, restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado, cobrando especial relevancia en materia de obligaciones las previsiones del Código Civil.



III.- Viabilidad y consecuencias de la resolución del convenio.

La legislación urbanística autonómica no contiene ninguna previsión en cuanto a las actuaciones procedentes en caso de incumplimiento de las previsiones del convenio urbanístico.

El art. 45.1 del R.D.L. 2/2008 de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo dispone que:

“Los Ayuntamientos podrán utilizar la ejecución forzosa y la vía de apremio para exigir el cumplimiento de sus deberes a los propietarios, individuales o asociados, y a los promotores de actuaciones de transformación urbanística.”

Por otro lado, el TRLCSP, en su art. 223, así como el anterior TRLCAP en su art. 111, establecen entre las causas de resolución de los contratos administrativos “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” y “El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”.

Asimismo, el art. 1.124 del Código Civil, para el caso de las obligaciones recíprocas dispone:

“El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

En definitiva, en caso de incumplimiento de las previsiones del convenio urbanístico, la Administración podrá escoger entre las dos opciones, o bien el inicio de la vía de apremio para exigir el cumplimiento de las obligaciones o la resolución del convenio.

En el presente caso, el Ayuntamiento escogió exigir el cumplimiento del convenio, iniciando la vía ejecutiva el 6 de febrero de 2015, por lo que si aplicáramos supletoriamente las previsiones del Código Civil, no se podría pedir la resolución por incumplimiento hasta que se acredite que el cumplimiento resulta imposible. No obstante, dado que una de las partes del convenio es la Administración, que tiene una serie de prerrogativas en materia de resolución del contrato, se podría motivadamente, en caso de



Asesoría Jurídica

iniciar una innovación del planeamiento, en aplicación del art. 105 de la Ley 30/92, revocar la ejecución forzosa por tratarse de un acto de gravamen o desfavorable contra el patrimonio del particular.

Pero, aún en el supuesto de que consideráramos que se dan los requisitos para iniciar el procedimiento de resolución del convenio urbanístico por incumplimiento de una de las obligaciones contractuales esenciales como es el abono del importe de la indemnización económica sustitutoria de los derechos edificatorios de la cesión legal obligatoria al municipio, es preciso significar que, si una vez ultimado el procedimiento se llegara a la efectiva resolución del contrato, ello no implicaría la modificación automática del planeamiento urbanístico de la zona, ni, por tanto, “salvar La Mundial y el Pasillo de Atocha”, como interesaba la moción presentada.

Es decir, la ordenación urbanística prevista en el planeamiento urbanístico no es consecuencia del convenio preexistente, sino el resultado de la potestad de planeamiento otorgada a la Administración por el ordenamiento jurídico para obtener una ordenación idónea a los intereses generales. Una vez en vigor, tal ordenación tiene carácter normativo reglamentario de preceptivo cumplimiento, sin vinculación a los acuerdos convencionales.

En este sentido, la jurisprudencia, en concreto la Sentencia de 14 de junio de 2011 (recurso 3828/2007), en argumentación reiterada en las posteriores Sentencias de 12 de julio de 2012 (recurso 3409/2010) y 20 de junio de 2014 (recurso 5508/2011) expone al respecto que “la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución. Así, entre otras Sentencias de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003) de 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y 24 de marzo de 2009 (casación 10055/21004). En la primera de ellas se insiste precisamente en que “las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal.”





Asesoría Jurídica

Asimismo, es preciso significar que la ordenación urbanística prevista actualmente, según resulta de las actuaciones, se corresponde con una iniciativa municipal que tuvo su origen en una primera modificación de elementos aprobada inicialmente mediante Resolución del Sr. Alcalde de fecha 20 de enero de 2001. Tal ordenación municipal ha venido pasando por una serie de vicisitudes en cuanto a su tramitación y a la solución definitiva, que ha concluido con el acuerdo del Ayuntamiento Pleno, de fecha 27 de abril de 2012, por el que aprobó definitivamente la Modificación de Elementos del PEPRI - Centro, de acuerdo con la documentación redactada de oficio de fecha mayo/2011, publicado en el BOP de 9 de enero de 2013.

En definitiva, la resolución del convenio por incumplimiento culpable de particular no conlleva la alteración del planeamiento urbanístico. No obstante podría motivar el cambio del sistema de actuación, retornando al primitivo de expropiación, pero ello daría lugar a un justiprecio muy elevado y excesivamente oneroso para el municipio dada la edificabilidad atribuida por la vigente ordenación urbanística, no siendo posible legalmente alterar el planeamiento urbanístico con el sólo objeto de disminuir la indemnización.

IV.- Modificación del planeamiento urbanístico.

No obstante lo anterior, en caso de que la Corporación decidiera que la actual ordenación urbanística de los terrenos en cuestión no se adapta a las exigencias actuales del interés público, podría disponer el inicio de un expediente de Modificación Puntual de Elementos del planeamiento para la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial, con interdicción en todo caso de cualquier tipo de arbitrariedad en la relación final que se adopte.

Sobre este particular se ha pronunciado de manera unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual, como es bien sabido, la naturaleza normativa del planeamiento y la necesidad de adaptarlo a las exigencias cambiantes del interés público, justifican plenamente el “ius variandi” que en este ámbito se reconoce a la Administración, y por ello es claro que la revisión o modificación de un planeamiento no puede, en principio, encontrar límite en la ordenación establecida en otro planeamiento anterior de igual o inferior rango jerárquico. Este “ius variandi” reconocido a la Administración por la legislación urbanística se justifica en las exigencias del interés público actuando para ello discrecionalmente -no arbitrariamente-





Asesoría Jurídica

y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución.

Es preciso significar que dentro de los mecanismos de control de la potestad de planeamiento y del “ius variandi” cobra especial relieve el de la necesidad de motivación de las determinaciones del planeamiento urbanístico que explicita ahora el Texto Refundido de la Ley del Suelo, R.D.L. 2/2008, al preceptuar en su art. 3.1 que “El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanístico deberá ser motivado, con experiencia de los intereses generales a que sirve”.

Ahora bien, la aplicación de la potestad de modificación del planeamiento o “ius variandi” no impide que nazca el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones en los bienes y derechos que resulten de tal innovación. En este sentido, el art. 35 del R.D.L. 2/2008 señala entre los supuestos indemnizatorios la alteración de las condiciones de la actividad urbanizadora o de la participación de los propietarios por cambio de la ordenación urbanística, lo cual daría lugar a la incoación del correspondiente expediente de responsabilidad patrimonial donde habría que dirimir las responsabilidades de las partes, si realmente se produjera un daño efectivo como consecuencia del cambio de planeamiento.

Todo ello, sin perjuicio del pronunciamiento al respecto de la Asesoría Jurídica Municipal, en cumplimiento de la Moción aprobada por el Excmo. Ayuntamiento Pleno.

Málaga, 5 de octubre de 2015
El Letrado Coordinador,



Ayuntamiento de Málaga, 411
Gerencia Municipal de Urbanismo,
Obras e Infraestructuras
Asesoría Jurídica

Ldo.: Manuel Castillo Ruiz

