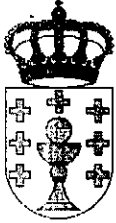




ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

**XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 3
PONTEVEDRA**

SENTENCIA: 00192/2011

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO TRES DE PONTEVEDRA.

PROCEDIMIENTO ORDINARIO núm. 370/09.

RECURRENTES: EMPROSAL 16 S.A.

LLAVE DEL AÑO S.L.

LANZAGOLF S.L.

PROCURADOR PEDRO A. LÓPEZ LÓPEZ.

LETRADO PABLO TABOADA MOURE.

DEMANDADO. CONCELLO DE SANXENXO.

PROCURADOR LUIS VALDÉS ALBILLO.

LETRADO JOSÉ LUIS NARBÓN GARCÍA.

CUANTÍA 3.830.692 €.

SENTENCIA n° 192/2.011.

Pontevedra, 9 de mayo de 2.011.

María Dolores López López, Magistrada Juez titular del JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO TRES de PONTEVEDRA, dicta sentencia en los presentes autos de **Proceso Ordinario n° 370/09** seguidos ante este Juzgado a instancia de las mercantiles EMPROSAL 16 S.A., LLAVE DEL AÑO S.L. y LANZAGOLF, S.L., frente al Concello de Sanxenxo contra el siguiente acto administrativo:

Resolución de 21.07.09 de la Alcaldesa-Presidenta del Concello de Sanxenxo dictada en el expediente n° 09.001-RC desestimatoria de la solicitud de devolución de cantidad formulada por escrito de 30.06.09 por las entidades recurrentes.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

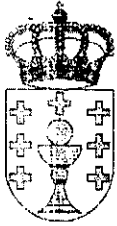
1°. El 21.09.09 se recibía en este Juzgado, procedente del turno de reparto de Decanato, escrito formulado por la representación de Emprosal 16 s.a., Llave del Año s.l. y Lanzagolf, s.l., en que promovían recurso contencioso administrativo frente al Concello de Sanxenxo contra la resolución arriba indicada.

2°. Admitido a trámite el recurso, se acordó seguirlo por los cauces del proceso ordinario y reclamar de la Administración el expediente tramitado. Una vez recibido, la parte actora formalizó su demanda por escrito de 23.02.2010 en que solicitaba que se dictara sentencia por la que:

"a) Se declare no ajustada a derecho la Resolución de fecha 21 de julio de 2.009 de la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Sanxenxo, dictada en el expediente 09.001-RC por la que se acuerda desestimar la solicitud de devolución de cantidad formulada mediante escrito presentado el 30 de junio de 2.009 por D. José Francisco Álvarez Montero en nombre y representación de Emprosal 16 s.a., Lanzagolf s.l. y Llave del Año s.l. y en consecuencia se declare su nulidad.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

b) Se declare la nulidad de la obligación establecida en la resolución de la Presidencia de la Gerencia Municipal de Urbanismo del 15 de diciembre de 2.006 y en el convenio urbanístico de fecha 16 de febrero de 2.007 y su anexo de 2 de marzo de 2.007 así como en el Acuerdo de la Junta de gobierno local de fecha 15 de marzo de 2.007, de entregar a la Administración demandada la cantidad dineraria establecida por la modalización de la obligación de la reserva de suelo en el ámbito del suelo urbanizable n° 13 del Plan General de Ordenación Municipal de Sanxenxo para localizar viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y, en consecuencia, se declare el derecho de las entidades recurrentes a la devolución por parte del Ayuntamiento de Sanxenxo de la cantidad de TRES MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS (3.830.692 €) y, en consecuencia, se condene al Ayuntamiento de Sanxenxo a la devolución a las entidades recurrentes de la citada cantidad, más los correspondientes intereses legales desde que se realizó el ingreso por parte de las recurrentes."

3°. El Letrado de la Administración demandada contestó por escrito de 14.04.2010 tras el cual se fijó la cuantía del recurso en 3.830.629 € por Auto de 20.04.2010 y se recibió el pleito a prueba por Auto de 21.04.2010.

4°. Tras la práctica de la prueba declarada pertinente y emitidas conclusiones por ambas partes, han quedado los autos definitivamente conclusos para dictar sentencia.

II. HECHOS PROBADOS.

1.- En Acuerdo plenario de 27.02.2003 el Concello de Sanxenxo le daba aprobación definitiva a su Plan Xeral de Ordenación Municipal que se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra el 20.03.2003.

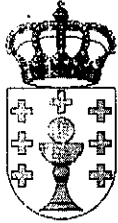
El Plan Xeral contempla dos sectores de suelo urbanizable para cuyo desarrollo prevé la iniciativa pública: SU n° 13 y 14.

2.- Por Acuerdo de 13.10.2005 la Junta de Gobierno Local aprobó inicialmente el Plan Parcial de iniciativa pública de ordenación en desarrollo del suelo urbanizable sectorizado n° 13 en "Monte Faro" y acordó recabar los oportunos informes sectoriales y someter el documento al trámite de información pública (ff. 15 a 17 del expediente del Plan Parcial).

En el informe previo a la aprobación inicial, emitido por el Arquitecto municipal el 23.09.2005, se hacía constar que el sistema de ejecución determinado en el documento de Plan Parcial para el desarrollo del sector era el sistema de cooperación (f. 3 del expediente administrativo). Y en la Ordenación de Plan Parcial aprobado inicialmente se contemplaban dos zonas reservadas a viviendas de protección oficial, una con destino a vivienda colectiva y otra a vivienda individual unifamiliar (f. 371 del expediente).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

3.- Por escrito de 27.10.2006 la entidad Mirador de Sanxenxo s.l. , propietaria de una superficie superior al 50 por cien del ámbito de uno de esos dos sectores (el SU n° 14) solicitaba la modificación del sistema de actuación (iniciativa pública por cooperación) por el sistema de actuación de compensación (iniciativa privada). Esa petición se formuló al amparo del art. 127.1° de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y Protección del Medio rural de Galicia.

A su vez y por escrito de 08.11.2006 José Francisco Álvarez Montero, en representación de dos de las entidades mercantiles recurrentes, Emprosal 16 s.a., y Lanzagolf s.l., formuló ante el Concello de Sanxenxo otra solicitud de cambio en el sistema de desarrollo pero para el sector de suelo urbanizable n° 13 (SU 13) para el que estaba prevista la iniciativa pública por el sistema de actuación de cooperación en su Plan Xeral de Ordenación Municipal. A tal fin el representante de esas entidades formuló escrito en que solicitaba que se sustituyera el sistema de actuación de cooperación por el de compensación (ff. 549-552 del expediente).

4.- En respuesta a esa solicitud el 22.11.06 la Xerente de Urbanismo emitió un informe donde reconocía que para el SU 13, a pesar de la previsión del PXOM, el sistema de actuación no estaba definitivamente fijado pues el documento no gozaba de aprobación definitiva.

En ese informe la Xerencia reflejaba las características propias del sector urbanizable n° 13 en el sentido literal siguiente:

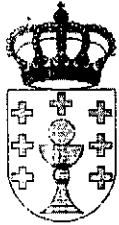
"a grande complexidade da iniciativa a desenvolver, dada a magnitude do ámbito, a fragmentación do parcelario, as competencias sectoriais concurrentes (medio ambiente e desenvolvemento sostible, estradas, patrimonio, augas, confederación hidrográfica) e a propia complexidade técnica do documento derivada das determinacións contidas na Ficha de Características do PXOM e das reservas legalmente establecidas."

Después de recoger las características propias del sector consideraba procedente acceder a la solicitud de fijar el sistema de compensación con la obligación de cumplir los plazos relativos a la presentación de los instrumentos de planeamiento secundario, equidistribución y urbanización así como para la ejecución de las obras de urbanización y solicitud de licencias de edificación con expresa indicación de que cualquier incumplimiento injustificado de esos plazos llevaría consigo la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación.

Asimismo, el informe aborda la facultad municipal de aplicar a ese SU 13 una exención prevista en el art. 64 f) Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio rural de Galicia, es decir, eximir al Plan Parcial a aprobar para ese sector de la obligatoria reserva de suelo de su superficie para viviendas sometidas a algún régimen de protección.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

En el informe referido la técnico municipal señala que "ao abeiro da disposición legal citada, semella compatible o interese da mercantil de exención de reserva de edificabilidade suxeita a protección pública, co interese municipal de acadar liñas de financiamento para fins de interese público". Asimismo, hace una valoración de la repercusión de suelo de 145,08 €/m² partiendo del importe de los módulos de VPA: 1.112,30 € y se determina como importe total de la valoración de la exención de la reserva la cantidad de 3.830.629 € por lo que eleva a la Presidencia de la XMU del Concello la propuesta de prestar conformidad a la solicitud de fijar como sistema para la gestión del desarrollo el sistema de compensación así como a la valoración estimada sobre la exención de la obligación de reservar suelo para destinar edificabilidad residencial sujeta a algún régimen de protección pública (ff. 553-556) En su informe de 15.12.2006 el Interventor municipal le da su conformidad al anterior (f. 557).

5.- Por Resolución de 15.12.2006 la Presidencia de la Xerencia Municipal de Urbanismo acepta el cambio de sistema de iniciativa pública a privada y presta conformidad al desarrollo del SU n° 13 por esas entidades (Emprosal 16 y Lanzagolf) por el sistema de actuación por compensación. Asimismo, en ese acuerdo se exige al Plan Parcial del Sector del estándar de reserva de suelo para viviendas sometidas a algún régimen de protección en los términos previstos en el art. 64 f) de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (LOUGA). La resolución contiene una condición: la entrega por las solicitantes de la cantidad de 3.830.692 € a cargo de la iniciativa privada que solicitaba el cambio de sistema con un plazo de 10 días.

Frente a ese acuerdo interpone recurso de reposición por escrito de 27.12.2006 el portavoz del Grupo Municipal del BNG.

En respuesta a ese recurso de reposición, el Arquitecto municipal emite informe obrante al folio 587 del expediente según el cual "no expediente de referencia a valoración realizada non se corresponde a venta do aproveitamento urbanístico correspondente a o Concello dentro do desenvolvemento dos solos urbanizables 13 e 14; polo tanto non se refire o valor de reposición do solo; tratándose exclusivamente de unha valoración residual pola supresión da reserva de vivendas sometidas a algún réxime de protección o amparo do artigo 64 f) da Lei 9/2002..." Finalmente la Presidencia de la XMU del Concello desestima el recurso de reposición y confirma la resolución de 15.12.2006.

6.- En convenio suscrito el 16.02.2007 entre el Concello y las mercantiles recurrentes (incluida ya la codemandada Llave del Año s.l.) se pospone el plazo del pago de la cantidad arriba referida, a la que se habían comprometido las solicitantes ya en su escrito de 28.12.2006.

El plazo final para el pago se aplaza hasta el 01.03.2007 y se prevé un derecho de reembolso para el caso de que no se aprobara definitivamente (o en el plazo de un año) el Plan Parcial por causa imputable a la Administración, plazo que



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

comenzaría a computarse a partir de la fecha de la firma del texto definitivo del convenio.

Entre las previsiones del texto preparatorio de ese convenio se hace constar que "dicha aportación se incorporará al patrimonio municipal del suelo y podrá destinarse por el Ayuntamiento de Sanxenxo a cualquiera de las finalidades de interés público figurados en el artículo 177 de la Ley del Suelo de Galicia, suponiendo una forma desinteresada de la propiedad del sector de participar en los proyectos de esta colectividad."

En ese convenio se acepta la resolución de 15.12.2006 en los siguientes términos:

"Acordar la MODALIZACIÓN de la obligación de reserva de suelo en relación con el ámbito del suelo urbanizable número 13 por no resultar apto para su implantación eximiendo al mismo de la obligación de reserva de suelo sujeta a algún régimen de protección pública, en los términos del artículo 64 f) de la LOUGA y estableciendo una aportación económica al efecto de dar cumplimiento a cualquiera de las finalidades de interés público reflejadas en el artículo 177 LOUGA antes del 1 de marzo de 2.007".

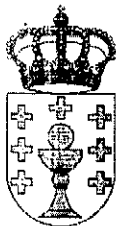
Asimismo, se hace constar que "las entidades mercantiles comparecientes, por el presente convenio y en los términos de la propuesta y de la resolución del 15 de diciembre de 2.006, aceptan proceder a entregar a la Administración de la Gerencia de Urbanismo, la cantidad de 3.830.629 €, lo que constituye una cesión en metálico destinada a los fines expresados en la estipulación segunda"; también se prevé la posibilidad de repercutir la parte proporcional del desembolso al resto de los propietarios del ámbito: "en virtud del presente convenio, las mercantiles, que ostenta el 70,00 % de la propiedad del sector, podrán repercutir la aportación referida (...) a los partícipes en el 30% restante en la propiedad del ámbito territorial (...) incorporándolo al Presupuesto de la Entidad Urbanística Colaboradora que se constituya para el desarrollo del ámbito, en el prorrateo que resulte según cada caso, en función de la cuota de participación".

7.- El 02.03.2007 las partes firman un documento complementario en que modifican la fecha para realizar el ingreso (pasa del 1 al 8 de marzo de 2.007) así como las condiciones del reembolso previstas en el documento anterior para el caso de que el Plan Parcial no fuese aprobado en el plazo de un año desde la firma del texto definitivo del convenio por cualquier causa no imputable a las entidades mercantiles, con expresa indicación de que "se reitera que dicha aportación se incorporará al patrimonio municipal del suelo y podrá destinarse por el Ayuntamiento de Sanxenxo a cualquiera de las finalidades de interés público figurados en el artículo 177 de la Ley del Suelo de Galicia" desapareciendo la mención recogida en el convenio inicial (ff. 597-601 del expediente) al respecto de la participación desinteresada de la propiedad en los proyectos de la colectividad.

Sobre el reembolso se hace constar lo que sigue:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

"Se acuerda que el derecho de reembolso que se estipula a favor de las mercantiles nacerá en el supuesto de que el convenio urbanístico no se apruebe definitivamente o, en todo caso, en el supuesto de que en el plazo de un año desde la firma del convenio no se apruebe definitivamente el Plan Parcial por cualquier causa no imputable a dichas entidades mercantiles, entre las que se cita a título meramente enunciativo la demora en la tramitación por parte de la Administración municipal, la modificación de la normativa urbanística de aplicación o la existencia de informes de otras administraciones que impidan el desarrollo del sector según las previsiones del planeamiento" (ff. 609 y 610 del expediente).

reembolso

Finalmente en ese convenio complementario, que confirma la propuesta anterior de 16.02.2007, las partes decían "aceptar y confirmar los términos de la Resolución de la Presidencia de la Gerencia de Urbanismo de fecha 15 de diciembre de 2.006 así como la propuesta de convenio urbanístico de 16.02.2007".

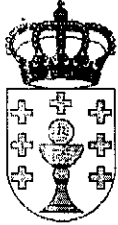
8.- En informe de 05.03.2007 del Arquitecto Técnico municipal sobre el convenio suscrito indica el técnico municipal que la modificación del sistema de actuación al de compensación "se acuerda por motivos de interés público" y que el convenio suscrito entre las entidades promotoras y la Alcaldía viene referido exclusivamente a la "supresión de la reserva de viviendas sometidas a algún régimen de viviendas protegidas de acuerdo con el art. 64 f) LOUGA estableciendo una compensación económica voluntaria." Al entender que las modificaciones del documento inicial son sustanciales el Arquitecto municipal considera procedente abrir un nuevo trámite de información pública.

9.- El pago de la cantidad referida tiene lugar finalmente el 09.03.07 (Emprosal 16 S.A. ingresa la cantidad de 2.078.884,95 € y Llave del Año s.l. la de 1.751.807,05 €) y en fecha 15.03.2007 la Junta de Gobierno Local presta conformidad a la solicitud de las promotoras y confirma la Resolución de la Presidencia de la Xerencia de 15.12.2006 (sobre cambio de sistema de actuación) y el Convenio Urbanístico firmado entre las mercantiles Emprosal 16 s.a. y Lanzagolf y la Presidenta de la Xerencia el 16.02.2007 y ampliado el día 02.03.2007 abriendo un nuevo plazo de exposición pública del Plan parcial reformado por el plazo de un mes mediante anuncios a publicar en el Diario Oficial de Galicia y dos periódicos de mayor circulación en la provincia. También acuerda solicitar nuevo informe a la Consellería de Medio ambiente adjuntando el Estudio de Impacto Ambiental incorporado al expediente.

10.- Completado el segundo trámite de información pública con notificación individual a todos los propietarios del ámbito, se recaban los oportunos informes. La Dirección General de Desarrollo Sostenible de la Consellería de Medio Ambiente le comunica al Concello el 09.05.07 que el documento puede tener "efectos significativos especialmente en el agua, residuos, naturaleza y emisiones de contaminantes" por lo que debe someterse al procedimiento de Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) previsto en el art. 7º de la Ley 9/2.006.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

11.- El 17.05.2007 entra en vigor la Ley 6/2.007, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia que exige evaluación ambiental estratégica (EAE) a este tipo de documento.

Tras los oportunos trámites destinados a la elaboración del preceptivo Informe de sostenibilidad ambiental (ISA), por Acuerdo de la JGL del Concello de 17.01.2008 se ratifica la aprobación inicial del Plan Parcial de Ordenación en desarrollo del SU13 en Monte Faro realizada en la sesión de la JGL de 13.10.2005. Asimismo el Concello somete ese Plan Parcial inicialmente aprobado y su ISA a información pública durante el plazo de dos meses.

12.- El 01.07.08 entra en vigor la Ley 6/2008, de 19 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo, que viene a derogar el art. 64 f) Ley 9/2002 (LOUGA), es decir la exención prevista en el Plan Parcial sobre el cumplimiento del estándar de reserva de suelo para vivienda protegida que contenía el documento (en los términos en que aparecía además prevista en el Convenio suscrito entre las partes) por lo que deja de ser viable ya desde esa fecha la aprobación final de esa exención de reserva inicialmente propuesta en las diferentes negociaciones de las partes.

13.- El 20.11.2008 la Xerencia Municipal de Urbanismo le comunica a las promotoras que el Plan Parcial deberá incorporar la reserva cuya exención se le había aplicado inicialmente. Después del periodo de consultas e información pública previsto en el art. 7.6º de la Ley 6/2.007 el Concello elabora propuesta de memoria ambiental para remitirla a la Administración autonómica junto con el documento del Plan Parcial y requiere a los promotores para que presenten el oportuno documento reformado de Plan Parcial, en que se incluye la reserva de suelo.

El 12.01.2009 las mercantiles cumplimentan ese requerimiento

14.- Finalmente, por escrito de 30.06.09 las ahora demandantes le solicitan al Concello la devolución de la cantidad en su día abonada con motivo del convenio suscrito con él.

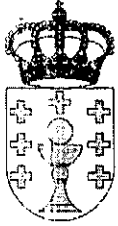
El Concello desestima la solicitud de reintegro por resolución de 21.07.09

15.- El 12.08.2009 el Concello reinicia la tramitación del convenio urbanístico y le remite a las representadas una propuesta de texto definitivo de convenio urbanístico requiriendo a las promotoras del desarrollo para que procediesen a manifestar en quince días lo que a su derecho conviniese. El texto del documento es idéntico al anterior con la única excepción de una estipulación expresa según la cual "los promotores de la actuación asumen la obligación de reservar en el Documento de Plan Parcial del SU-13 terrenos que se destinen a implantar viviendas sujetas a algún régimen de protección pública para localizar, cuando menos el 20% de la edificabilidad residencial atribuida a dicho ámbito."

El 02.09.09 las interesadas califican ese nuevo texto como un intento municipal de dejar sin efecto el propio convenio



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

urbanístico inicialmente suscrito y provocar su renuncia tácita a la cantidad entregada en compensación por la exención, que ahora no resultaba legalmente viable.

16.- El 21.09.09 tiene entrada en el registro del servicio de Decanato de estos Juzgados recurso contencioso administrativo interpuesto por las mercantiles contra la resolución de 21.07.09 desestimatoria de su solicitud de reintegro.

17.- Por acuerdo de 31.05.2010 el Pleno municipal decide:

- 1) Aprobar el desarrollo del Plan Parcial del Suelo Urbanizable nº 13 del PXOU;
- 2) Estimar parte de las alegaciones y desestimar el resto de las formuladas frente a ese documento;
- 3) No prestar aprobación o ratificación al texto definitivo del Convenio urbanístico de 12.08.09 al haberse rechazado por EMPROSAL 16 S.A., LANZAGOLF S.L. y LLAVE DEL AÑO S.L. (según lo dispuesto en el art. 237.4º Ley 9/2002),
- 4) Prestar aprobación definitiva al Plan Parcial adaptado a la Memoria Ambiental para el desarrollo del Suelo Urbanizable nº 13, situado en el lugar de Monte Faro, de 09.06.09 redactado por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos Roberto Aya Duarte (Interurban, s.a.) y visado por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de 09.07.09.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO. Las mercantiles recurrentes atacan la resolución de la Alcaldía de Sanxenxo de 21 de julio de 2.009 que desestimó su solicitud de reintegro de la cantidad de 3.830.692 € en su día abonada por ellas en los términos previstos en el Convenio urbanístico firmado con el Concello para el desarrollo, por el sistema de actuación de compensación, del ámbito SU-13.

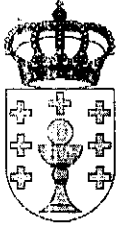
Según el escrito de demanda, esa resolución denegatoria del reembolso se apoya en dos informes: uno técnico emitido por la Xerencia Municipal de Urbanismo el día 15.07.09 y otro de Fiscalización del Interventor General del Concello de 18.07.09.

En el primero, la Xerencia argumenta que el desembolso no se habría realizado en sustitución de la obligación de reserva de suelo porque no se contemplaba legalmente esa posibilidad de sustitución económica ("la previsión legal "non permitía a sustitución da reserva de vivenda protexida pola súa valoración económica") de modo que, siguiendo los argumentos de ese informe, el desembolso no se habría realizado a título oneroso sino como "mera entrega voluntaria o liberalidad"; y en el informe de fiscalización se califica el desembolso como una "cesión voluntaria" ("no marco dun cambio de sistema de actuación urbanística coa exención da obriga de reserva dun 20% do aproveitamento para radicar vivenda suxeita a algún réxime de protección pública"). El Interventor municipal sostiene que la entrega dineraria tiene carácter voluntario y rechaza que esté basada en criterios de equivalencia

ARGUMENTOS CONCELLO



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

DOCUMENTOS EMPLEADOS

económica. Termina diciendo en su informe que "unha teórica devolución da cesión efectuada só sería predicable se o desenrolo urbanístico do ámbito se convirtese en imposible por derivación de actos da Administración ou por efectivas modificacións legais en este sentido."

Frente a esa motivación, en la que se apoya el acuerdo impugnado, la parte actora insiste en que sí puede calificarse el abono de la cantidad cuya devolución pretende como una contraprestación económica a favor del Concello derivada de la autorización para la elaboración y posterior aprobación del Plan Parcial sin incluir una reserva de suelo para viviendas de protección pública. De modo que una vez entra en vigor la Ley 6/2008 que deroga el art. 64. f) LOUGA y prohíbe la exención de las reservas de suelo para viviendas de promoción pública previstas por el Planeamiento, al ser ilegal y por tanto inviable mantener esa exención de reserva debiendo incluirse en el documento del Plan parcial a aprobar finalmente la reserva correspondiente, y de acuerdo con las propias previsiones del Convenio Urbanístico suscrito el 16.02.2007 y su Anexo de 02.03.2007, nace el derecho al reembolso de esa cantidad para las promotoras.

Para llegar a esa conclusión, las demandantes se apoyan en el contenido de los diversos documentos preparatorios del propio convenio urbanístico (y su Anexo) suscrito por ellas con el Concello pero también en los informes previos a la resolución de la Presidencia de la Xerencia Municipal de Urbanismo de 15.12.2006 que autorizó el cambio de sistema. Resolución en la que insiste la demanda en que fue por iniciativa municipal (propiciada por el informe propuesta de la Xerente de Urbanismo que le sirvió de fundamento) cuando se estimó posible sustituir la obligación de reserva de suelo para viviendas de protección por una cantidad dineraria.

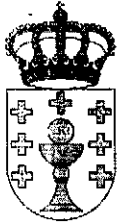
Así, siguiendo el hilo de la demanda, la exención de la reserva de suelo se habría calificado ya en ese informe-propuesta como una solución destinada a compatibilizar el interés de la mercantil en la exención de reserva de edificabilidad sujeta a protección pública con el interés municipal de conseguir líneas de financiación para fines de interés público. Pero también en el informe del técnico municipal en respuesta al recurso de reposición formulado por el grupo municipal del BNG frente a esa resolución de 15.12.2006 se habría hecho constar que "la valoración (el importe económico fijado para la cantidad a abonar por las promotoras) era una compensación económica por la supresión de la reserva de viviendas."

De lo dicho deduce la parte actora que tanto el acuerdo de cambio de sistema de actuación como el de exención de la obligación de reserva vendrían a vincular el pago de la cantidad de referencia con una contraprestación a favor del Concello -fuera cual fuera el destino que dicho ente local pudiera darle a ese importe- por su autorización a las mercantiles promotoras para la exención mencionada.

Asimismo, afirma la demanda que el único objeto del convenio urbanístico suscrito con el Concello el 16.02.2007 y su Anexo de 02.03.07 había sido precisamente la exención de la reserva



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

y la contraprestación económica a favor del Concello derivada de la autorización a favor de las promotoras para incluirla en el Plan Parcial de desarrollo del ámbito.

Después de ese relato de los hechos y una vez interpretada la naturaleza del pago de la cantidad referida a favor del Concello, las demandantes solicitan que se declare no ajustada a Derecho la resolución de 21.07.2009 que les denegó su petición de reembolso pero también piden la declaración de nulidad de "la obligación establecida en la resolución de la Presidencia de la Gerencia Municipal de Urbanismo del 15 de diciembre de 2.006 y en el convenio urbanístico de fecha 16 de febrero de 2.007 y su anexo de 2 de marzo de 2.007 así como en el Acuerdo de la Junta de gobierno local de fecha 15 de marzo de 2.007, de entregar a la Administración demandada la cantidad dineraria establecida por la modalización de la obligación de la reserva de suelo en el ámbito del suelo urbanizable nº 13 del Plan General de Ordenación Municipal de Sanxenxo para localizar viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y, en consecuencia" y que se condene a la Administración demandada a devolverles la cantidad de 3.830.629 €.

SEGUNDO. En su contestación a la demanda el Letrado de la Administración municipal defiende la correcta desestimación de la solicitud de reintegro formulada.

Se apoya en los argumentos de esa resolución (a su vez cimentada en los dos informes, de Xerencia Municipal de Urbanismo y del Interventor Municipal) para solicitar la desestimación del recurso por entender que en modo alguno la cifra abonada puede considerarse una contraprestación por la exención de la reserva pues no hay relación directa entre ese importe y esa autorización de exención siendo la referencia al valor de la Vivienda de Protección Oficial que se usó para fijar esa cantidad un índice que se toma como simple referencia para el cálculo de la aportación.

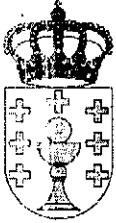
En otro orden de cosas, recuerda que ambas partes aceptaron el documento de 02.03.07 que literalmente venía a confirmar la propuesta anterior de convenio (de 16.02.07) por lo que deberían regir ahora sus cláusulas, de acuerdo con la literalidad en que figuraban allí contenidas.

También hace expresa indicación de que el pago de la cantidad abonada por las promotoras tuvo lugar incluso después del último día de su aplazamiento, ya el 09.03.07, fuera de plazo (ff. 614-616 expediente) y que la JGL prestó conformidad, por acuerdo de 15.03.07, al último convenio en el que literalmente se venía a confirmar la Resolución de la Presidencia de la Xerencia Municipal de Urbanismo de 15.12.2006 por lo que habría que estar a la consideración de que el importe abonado se debió a una "cesión gratuita" destinada a contribuir con intereses públicos propios del Concello.

De sus afirmaciones deduce el Letrado municipal que con la demanda la parte actora incurre en una desviación procesal cuando en la letra b) de su suplico solicita una declaración de nulidad de la obligación establecida en la Resolución de la Presidencia de la Gerencia Municipal de Urbanismo del 15 de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

diciembre de 2.006 y en el convenio urbanístico de fecha 16 de febrero de 2.007 y su anexo de 2 de marzo de 2.007 así como el Acuerdo de la JGL de 15.03.2007, de entregar a la Administración demandada la cantidad dineraria establecida por la modalización de la obligación de la reserva de suelo en el ámbito del suelo urbanizable nº 13 del Plan General de Ordenación Municipal de Sanxenxo para localizar viviendas sujetas a algún régimen de protección pública y que se declare el derecho de las entidades recurrentes a la devolución de la cantidad abonada con condena al Concello a esa devolución. Y de esa desviación procesal entiende que resulta la desestimación de la pretensión de devolución.

Acerca de una declaración de nulidad de la resolución de 15.12.06 dice que no procede puesto que se trata de una resolución debidamente notificada a la parte actora y frente a la que no formuló recurso alguno. Sobre el recorrido que incluye la demanda acerca de los trabajos o textos preparatorios de la firma del convenio, dice que del mismo no resulta que todos esos pasos gozaran de una verdadera naturaleza negocial (en los términos en que lo exige el art. 235.4º LOUGA); y que la redacción del convenio es clara, también la del informe de 18.07.09 emitido por el Interventor municipal de acuerdo con el cual la cantidad pagada se aplicó a fines de interés general en los términos del art. 177 de la Ley 9/12002 por lo que ya forma parte del Patrimonio Público del Suelo; lo cual impide pedir su reembolso.

Por último, entiende que las promotoras han actuado en este caso en contra de sus propios actos ya que ellas fueron las que convinieron con el Concello en ceder, de forma voluntaria y desinteresada, la cantidad abonada.

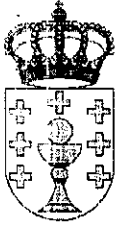
TERCERO. Antes de entrar en el fondo del asunto hay que contestar a la desviación procesal que denuncia la contestación a la demanda.

Según el Letrado del Concello con las pretensiones deducidas de contrario en la letra b) del suplico de la demanda las recurrentes incurrir en una desviación procesal ya que solicitan la declaración de nulidad de la cláusula recogida en la resolución de la Presidencia de la Gerencia Municipal de Urbanismo del 15 de diciembre de 2.006 y en el convenio urbanístico de fecha 16 de febrero de 2.007 y su anexo de 2 de marzo de 2.007 así como en el Acuerdo de la Junta de gobierno local de fecha 15 de marzo de 2.007 por la que se comprometieron a entregar a la Administración la cantidad dineraria establecida por la modalización de la obligación de la reserva de suelo en el ámbito del SU13. Y ello porque no se intentó siquiera forzar esa declaración de nulidad de tal cláusula en el expediente tramitado y tampoco se formuló frente a todas esas resoluciones (donde se fijaba la obligación de pago de esa cantidad) ningún recurso en la vía administrativa.

Una de las causas de inadmisibilidad de un recurso contencioso administrativo definidas por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en un buen número de sus resoluciones es la desviación procesal, que se produce cuando con motivo de su demanda quien



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

antes acudió a la vía administrativa con determinadas pretensiones, las sustituye o amplía por otras nuevas sobre las que, como es evidente, la Administración no ha podido resolver durante la tramitación del oportuno expediente al no tener constancia de que formaban parte del objeto de ese procedimiento administrativo. Se trata de una actuación proscrita por la jurisprudencia en Sentencias como las de 30 de enero de 1980 y 31 de octubre de 1983, y tiene lugar cuando se formulan nuevas pretensiones o cuando se reforman, alteran o adicionan al recurso jurisdiccional peticiones que no se discutieron en vía administrativa y ni siquiera se formularon ante ella.

También es constante la respuesta doctrinal de nuestro Tribunal Supremo según la cual debe existir una correspondencia entre lo pedido en vía administrativa, lo consignado en el escrito de interposición del recurso y lo peticionado en la demanda; siendo lo contrario constitutivo de desviación procesal y por tanto de inadmisibilidad de la pretensión afectada o del recurso en su totalidad cuando esa pretensión nueva constituya, sin más, su objeto final.

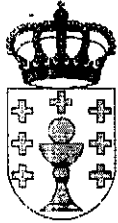
En su Sentencia de 18 de marzo de 2002 (EDJ 2002/5020) el Tribunal Supremo recuerda lo que literalmente se recoge a continuación:

"... (el art. 45.1º LJCA) exige que en el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo se cite el acto o la disposición que se impugne, y que se solicite que se tenga por interpuesto el recurso. Ello es así porque en este escrito inicial recae sobre el actor la carga procesal de individualizar el acto objeto de impugnación delimitando, al mismo tiempo, el objeto del recurso, de forma que éste no puede alterarse ya en el escrito de demanda, salvo en los casos de ampliación del recurso... Debe existir, como señala jurisprudencia constante de esta Sala, una concordancia obligada entre los escritos de interposición y el de demanda. El escrito de interposición del recurso, al concretar los actos administrativos referidos a la materia litigiosa, expresa el objeto preciso sobre el que ha de proyectarse la función revisora de este orden de jurisdicción contencioso-administrativa, ya que marca los límites del contenido sustancial del proceso (sentencias de 22 de enero de 1994, 2 de marzo de 1993, 30 de marzo de 1992 y 11 de septiembre de 1991 , entre otras muchas). Si se alteran los actos impugnados en el momento procesal ulterior de la demanda se incurre en desviación procesal, que acarrea inexorablemente la inadmisibilidad del recurso"

En STS de 27 de febrero del mismo año (EDJ 2002/3764) se declara:



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

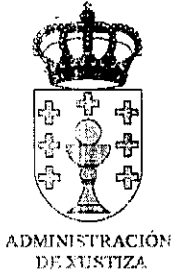


ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

"...existe desviación procesal cuando entre el escrito de interposición del recurso y el de demanda existe una divergencia sustancial, y esto es lo que sucede en el presente caso. Aunque el expediente administrativo remitido por la Administración contenga diferentes actos administrativos este recurso se ha iniciado contra el indicado en el escrito de interposición por lo que la parte recurrente no puede en su escrito de demanda prescindir de él y dirigir su ataque contra otro acuerdo que no guarda con aquél ninguna relación...", doctrina que se mantiene en STS de 30.01.2007 (Rec. 1052/2004) donde se indica lo que sigue:

"...Como han señalado reiteradas sentencias de esta Sala, por todas citaremos la de 20 de Diciembre de 2.001: En el escrito inicial del proceso es donde queda indicado y por tanto acotado el acto que se impugna y frente al cual exclusivamente podrán articularse en la demanda las pretensiones de parte, doctrina que una jurisprudencia uniforme viene afirmando al señalar que no puede desviarse las pretensiones del proceso hacia actos distintos de los que fueron indicados en el escrito de interposición. De manera que si entre el escrito de interposición y el suplico de la demanda existe una divergencia sustancial, existe desviación procesal, y no la hay en cambio cuando la divergencia se deba a simples defectos de redacción que no impidan la identificación de la cosa o la causa. Decíamos en otras reiteradas sentencias refiriéndonos a la anterior ley jurisdiccional, pero con aplicación también a la hoy vigente que: "la delimitación del objeto litigioso se hace de conformidad con lo dispuesto en los arts. 57, 67 y 69 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en dos momentos diferentes; uno, en el escrito de interposición del recurso, en el que se indicará el acto concreto por razón del cual se formula el recurso, y otro, en el de demanda, en la que con relación a dicho acto se deducirán las pretensiones cuyo ejercicio autorizan los arts. 41 y 42 de la misma Ley ; sin que sea lícito extender éstas a acto o actos distintos, ya que de hacerlo, se prescindiría del carácter y naturaleza esencialmente revisores de la Jurisdicción y se incidiría en una clara desviación procesal sancionada constante y reiteradamente por la doctrina jurisprudencial con la inadmisibilidad de la pretensión que en tal defecto hubiera incurrido..."

Dicho lo anterior y después de una comparativa entre el escrito de interposición del recurso contencioso administrativo y el escrito de demanda formulados por las recurrentes ante este Juzgado en este asunto, procede aplicar a este supuesto la doctrina jurisprudencial que prohíbe la desviación procesal y declarar la inadmisibilidad parcial del recurso en lo que afecta a la letra b) del suplico de la demanda.



En su escrito de interposición de recurso contencioso ante este Juzgado la representación de las codemandantes definía el objeto del mismo como la Resolución de 21.07.09 de la Alcaldesa-Presidenta del Concello de Sanxenxo dictada en el expediente n° 09.001-RC desestimatoria de su solicitud de reembolso de 30.06.09. Así se recoge con claridad en el escrito de interposición del recurso; y en cambio, el suplico de la demanda incluye, además de una petición de revocación de esa resolución desestimatoria, la solicitud de una declaración de nulidad de las cláusulas contenidas en los diversos documentos firmados por ambas partes (Concello y demandantes) que obligaban a estas últimas a abonar la cantidad objeto del reembolso, solicitud de la que no hay constancia que se intentara formular en vía administrativa. Es decir una al inicial objeto de recurso (la resolución de 21.07.09) una petición de revisión de oficio de los acuerdos suscritos por las codemandantes con el Concello en la parte en que preveían su obligación de abonarle a la entidad demandada una determinada cantidad de dinero, aquella cuyo reembolso les niega ahora la Administración.

De la comparativa entre el escrito inicial de interposición de su recurso contencioso y el suplico del escrito de demanda formulado por las codemandantes resulta que éstas incurren, en lo que a la letra b) de ese suplico se refiere, en una desviación procesal porque incorporan al recurso pretensiones nuevas que ni se hicieron valer en vía administrativa (no consta una petición de nulidad de la cláusula referida formulada por las mercantiles recurrentes ante el Concello en el expediente a revisar) ni se podían adivinar o suponer una vez definido su objeto de recurso, en su escrito inicial, en que lo limitaron a la denegación municipal de la petición de reembolso, es decir, a la resolución de 21.07.09 tantas veces referida.

Sin embargo no es posible hablar de una desviación procesal que desemboque en una inadmisibilidad total del recurso contencioso y que impida, de ser el caso, la condena al Concello a la devolución pretendida pues tal inadmisibilidad sólo afecta a esa segunda pretensión deducida en el suplico de la demanda, restando por examinar la primera, que coincide con el objeto de recurso definido ya por las correcurrentes con motivo de su escrito inicial (art. 45.1° LJCA).

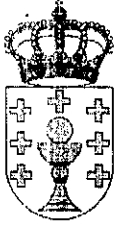
CUARTO. Declarada la admisibilidad del recurso en cuanto a la pretensión contenida en la letra a) del suplico de la demanda, hay que recordar en qué consiste.

En la pretensión que se tiene por admisible de las dos que figuran en el suplico del escrito de demanda de Emprosal, s.a., Llave del Año s.l. y Lanzagolf s.l., se pide la revocación de la resolución municipal desestimatoria de la solicitud de reembolso formulada por ellas en escrito de 30.06.09.

Para contestar a esa petición hay que comenzar recordando una serie de hechos incontrovertidos entre las partes, todos ellos



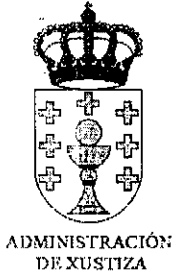
ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

contenidos en el apartado de Hechos probados de esta sentencia y que resumidamente son los que siguen:

- 1) En el PXOM de Sanxenxo, aprobado en sesión plenaria de 27.02.2003 y publicado en el BOP de 20.03.2003 aparecían dos sectores de suelo urbanizable, uno de ellos el nº 13, para cuyo desarrollo el Plan preveía la iniciativa pública.
- 2) El 13.10.2005 la JGL del Concello dio aprobación inicial al Plan Parcial de iniciativa pública de ordenación en desarrollo de suelo SU nº 13 de acuerdo con las previsiones del PXOM. En el informe del arquitecto municipal de 23.09.05 previo a esa aprobación inicial se hacía constar que el sistema de ejecución determinado en el documento de Plan parcial para el desarrollo del sector era el sistema de cooperación; asimismo, en la ordenación de Plan parcial aprobada inicialmente aparecían dos zonas reservadas a viviendas de protección oficial (f. 371 del expediente).
- 3) Después de una solicitud de cambio de sistema de actuación para ese SU nº 13 formulada por José Francisco Álvarez Montero en representación de Emprosal 16 s.a. y Llave del Año s.l. por escrito de 08.11.2006 (ff. 549-552) informada favorablemente por la Xerente de Urbanismo el 22.11.2006 de acuerdo con las previsiones del art. 64 f) de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y protección del Medio rural de Galicia (LOUGA), y después de calificar de "compatible el interés de la mercantil de exención de reserva de edificabilidad sujeta a protección pública con el interés municipal de conseguir líneas de financiación para fines de interés público" así como de hacer una valoración de la repercusión de suelo partiendo de los importes previstos precisamente para los módulos de las viviendas de promoción o protección pública e informada también favorablemente por el interventor municipal el 15.12.2006, en su resolución de 15.12.2006 la PXMU del Concello acepta el cambio de sistema de iniciativa pública a privada y presta conformidad al desarrollo del SU nº 13 por esas entidades (Emprosal 16 y Lanzagolf) por el sistema de actuación por compensación, eximiendo al Plan Parcial del Sector del estándar de reserva de suelo para viviendas sometidas a algún régimen de protección en los términos previstos en el art. 64 f) de la LOUGA
- 4) El 16.02.2007 las codemandantes y el Concello firman un convenio en que aplazan el pago de la cantidad de interés hasta el 01.03.2007 y prevén un derecho de reembolso para el caso de que no se llegue a aprobar definitivamente, o en el plazo de un año, el Plan Parcial por causa imputable a la Administración; ese plazo se deberá computar desde la fecha de firma del texto definitivo del convenio. En ese mismo convenio hacen constar que se acuerda la "MODALIZACIÓN de la obligación de reserva de suelo en

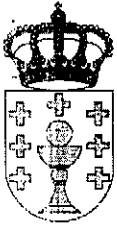


relación con el ámbito del suelo urbanizable número 13 por no resultar apto para su implantación eximiendo al mismo de la obligación de reserva de suelo sujeta a algún régimen de protección pública, en los términos del artículo 64 f) de la LOUGA y estableciendo una aportación económica al efecto de dar cumplimiento a cualquiera de las finalidades de interés público reflejadas en el artículo 177 LOUGA antes del 1 de marzo de 2.007" así como que "las entidades mercantiles comparecientes" aceptan "entregar a la Administración de la Gerencia de Urbanismo, la cantidad de 3.830.692 €, lo que constituye una cesión en metálico destinada a los fines expresados en la estipulación segunda"; también prevén la posibilidad de repercutir la parte proporcional del desembolso al resto de los propietarios del ámbito: "en virtud del presente convenio, las mercantiles, que ostenta el 70,00 % de la propiedad del sector, podrán repercutir la aportación referida (...) a los partícipes en el 30% restante en la propiedad del ámbito territorial (...) incorporándolo al Presupuesto de la Entidad Urbanística Colaboradora que se constituya para el desarrollo del ámbito, en el prorrateo que resulte según cada caso, en función de la cuota de participación".

- 5) El 02.03.2007 las partes firman un documento complementario en que modifican la fecha para realizar el ingreso (pasa del 1 al 8 de marzo de 2.007) así como las condiciones del reembolso previstas en el documento anterior para el caso de que el Plan Parcial no fuese aprobado en el plazo de un año desde la firma del texto definitivo del convenio por cualquier causa no imputable a las entidades mercantiles, con expresa indicación de que "se reitera que dicha aportación se incorporará al patrimonio municipal del suelo y podrá destinarse por el Ayuntamiento de Sanxenxo a cualquiera de las finalidades de interés público figurados en el artículo 177 de la Ley del Suelo de Galicia" desapareciendo la mención recogida en el convenio inicial (ff. 597-601 del expediente) al respecto de la participación desinteresada de la propiedad en los proyectos de la colectividad. Acerca del derecho de reembolso ese último convenio prevé que "nacerá en el supuesto de que el convenio urbanístico no se apruebe definitivamente o, en todo caso, en el supuesto de que en el plazo de un año desde la firma del convenio no se apruebe definitivamente el Plan Parcial por cualquier causa no imputable a dichas entidades mercantiles, entre las que se cita a título meramente enunciativo la demora en la tramitación por parte de la Administración municipal, la modificación de la normativa urbanística de aplicación o la existencia de informes de otras administraciones que impidan el desarrollo del sector según las previsiones del planeamiento" (ff. 609 y 610 del expediente). Asimismo en ese último documento, las partes deciden aceptar los términos de la Resolución de la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

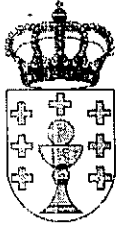


ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

- Presidencia de la Gerencia de Urbanismo de 15.12.2006 y la propuesta de convenio urbanístico de 16.02.2007.
- 6) De acuerdo con un informe de 05.03.07 del Arquitecto Técnico municipal sobre ese último documento en que el informe considera que viene a modificar sustancialmente el documento inicial por lo que procede darle nuevo trámite de información pública, se inicia ese trámite; y en fecha 09.03.07 Emprosal y Llave del Año abonan, entre ambas, la cantidad de referencia.
 - 7) Después del pago de esa cantidad en resolución de 15.03.07 la JGL del Concello le presta conformidad a la solicitud de cambio de sistema de actuación formulada por ellas y confirma la resolución de la PXMU de 15.12.2006, la de 16.02.07 y el documento ampliado el 02.03.07 abriendo nuevo plazo de exposición pública del Plan parcial. Una vez completado ese trámite de información pública, la tramitación de la aprobación del documento se demora en el tiempo a fin de que el Concello recabe Estudio de Impacto Ambiental e Informe de Sostenibilidad Ambiental (ISA).
 - 8) Finalmente, por Acuerdo de la JGL del Concello de 17.01.2008 se ratifica la aprobación inicial del Plan Parcial de Ordenación en desarrollo del SU13 en Monte Faro realizada en la sesión de la JGL de 13.10.2005. Asimismo el Concello somete ese Plan Parcial inicialmente aprobado y su ISA a información pública durante el plazo de dos meses.
 - 9) Es durante ese plazo cuando entra en vigor, el 01.07.08, la Ley 6/2008 de 19 de junio de Medidas Urgentes en materia de vivienda y suelo que deroga el art. 64 f) LOUGA por lo que deja de ser posible la exención inicialmente pactada de la reserva de suelo para vivienda protegida.
 - 10) De acuerdo con esa novedad, el 20.11.2008 la XMU comunica a las codemandantes que el Plan Parcial deberá incorporar esa reserva y después del período de consultas e información pública acordados después de la aprobación inicial la Administración elabora propuesta de memoria ambiental para su posterior remisión a la Administración autonómica al tiempo que requiere a las promotores para que presenten documento reformado de Plan Parcial que incluye la reserva de suelo de que estaba inicialmente exento el anterior.
 - 11) Las mercantiles recurrentes cumplimentan ese requerimiento el día 12.01.2009. Poco después, con fecha 30.06.09, le piden al Concello que les reembolse la cantidad abonada en su día, petición que se les desestima en la resolución objeto de recurso (de 21.07.09) .
 - 12) Y una vez denegada esa petición, en concreto 21 días después de esa denegación, el Concello unilateralmente decide elaborar un nuevo documento que califica como texto definitivo del convenio urbanístico en principio firmado por las partes donde se hace constar que los promotores de la actuación asumen la obligación de reservar en el Documento de Plan parcial del SU-13 terrenos que se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

destinen a implantar viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.

13) Las promotoras se niegan a asumir ese último texto.

Después de un recorrido histórico por lo sucedido en el expediente, conviene recordar la normativa de acuerdo con la cual se fueron sucediendo los diversos documentos firmados por el Concello y las codemandantes así como el último, finalmente rechazado por las promotoras.

El art. 62 de la Ley 9/2002 (LOUGA) contempla, dentro del planeamiento de desarrollo urbanístico, los planes parciales, que según el art. 63 del mismo texto tienen por objeto "regular la urbanización y la edificación del suelo urbanizable, desarrollando el plan general mediante la ordenación detallada de un sector."

De entre las determinaciones que deben incluir los Planes parciales existe una de interés para este caso: la reserva de suelo necesaria para atender a las demandadas de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública.

Esa reserva es en principio un contenido obligado del Plan.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 6/08, el art. 64 f) de la Ley 9/2002 (en su redacción vigente previa a esa Ley 6/08), preveía la posibilidad de eximir de esa obligación de reserva a los Planes parciales a aprobar para determinado sector en las condiciones que siguen:

"f) El plan deberá prever las reservas de suelo necesarias para atender las demandas de vivienda sujeta a algún régimen de protección pública. Estas reservas no serán inferiores a las necesarias para emplazar el 20% de la edificabilidad residencial de cada sector. No obstante lo anterior, el plan podrá reducir o suprimir esta reserva cuando la edificabilidad total del sector no sobrepase los 0,20 metros cuadrados edificables por cada metro cuadrado de suelo."

Para la materialización de esa exención prevista en la LOUGA antes de la entrada en vigor de la Ley 6/08 que vino a prohibirla, la Administración pública disponía, como sucede para cualquier actuación en materia de desarrollo del planeamiento, de la oportunidad de firmar un convenio urbanístico.

El art. 235.3° LOUGA, bajo el título "Convenios urbanísticos de Planeamiento", permite que con ocasión del ejercicio de la potestad de planeamiento, la Administración autonómica y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias y conjunta o separadamente, celebren con cualesquiera personas públicas o privadas, convenios urbanísticos relativos a la formación, modificación o revisión de un plan de ordenación



urbanística; en cuyo caso su párrafo 4º dispone, entre otras cuestiones que más adelante se verán, las siguientes:

" (...)

c) Deberá incluirse, entre sus estipulaciones, la cuantificación de todos los deberes legales de cesión y determinarse la forma en que éstos serán cumplidos.

d) La ordenación urbanística derivada del convenio celebrado deberá incorporarse a las correspondientes determinaciones y documentos del plan."

Asimismo, el párrafo 2º del art. 236 LOUGA aunque para convenios urbanísticos elaborados para la ejecución del planeamiento (no para su desarrollo como son los planes parciales), párrafo que quedó derogado con la entrada en vigor de la Ley 6/08, decía que "los convenios en los que se acuerden los términos del cumplimiento de deberes legales de cesión por su sustitución por el pago de cantidad en metálico deberán incluir, como anexo, la valoración pertinente, practicada por los servicios administrativos que tengan atribuida tal función, con carácter general ante la correspondiente administración".

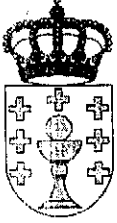
Durante la vigencia de esos preceptos (arts. 64 f) y 236.2º LOUGA, ambos después derogados por la Ley 6/08) el Concello de Sanxenxo y las aquí demandantes firmaron varios documentos a los que calificaron ambas como "convenio urbanístico" en los que no sólo se le daba conformidad a una petición de cambio de sistema de actuación para el SU13 formulada por aquellas ante dicho ente local sino que además, y como resulta de los informes previos emitidos por los técnicos municipales con carácter previo a su suscripción, se eximía a las promotoras de la obligación -prevista en el PXOM- de reserva de suelo para viviendas de promoción público dentro del ámbito del SU 13 condicionando la efectividad de esa exención al pago por parte de las mercantiles de una determinada cantidad de dinero.

En ese sentido resulta especialmente ilustrativo, descriptivo, el informe de 22.11.06 de la Xerencia de Urbanismo que declaraba compatible el interés de las mercantiles de desarrollar el ámbito sin cumplir con la obligación de reserva y el del propio Concello de conseguir determinadas líneas de financiación.

En el último de esos documentos firmados por ambas partes (complementario del anterior), suscrito en fecha 02.03.2007, se hacía constar expresamente, además de la obligación de pago de la cantidad de referencia a cargo de las promotoras, sin la cual no sería posible asumir la exención de su obligación inicial de reserva de suelo a viviendas de promoción pública para el desarrollo del ámbito, un derecho de reembolso de esa cantidad en el caso de que el convenio urbanístico no se



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

llegara a aprobar definitivamente o en el de que dentro del plazo de un año desde la firma del convenio no se llegara a aprobar el Plan Parcial por cualquier causa no imputable a esas mercantiles, citando entre otras la demora en la tramitación por parte de la Administración municipal, la modificación de la normativa urbanística de aplicación o la existencia de informes de otras administraciones que impidieran el desarrollo del sector según las previsiones del planeamiento.

Es también en ese momento, antes de la entrada en vigor de la Ley 6/08, cuando las mercantiles abonan la cantidad de referencia y cuando el Concello la acepta y, en consecuencia, decide dar conformidad al Plan Parcial en los términos pactados: con una exención de la obligación de reserva de suelo para viviendas de promoción pública.

Con la entrada en vigor de la Ley 6/08 de medidas de fomento de la vivienda, la exención permitida en el art. 64.f) LOUGA para la redacción de Planes Parciales deja de ser legal. La Disposición Derogatoria Única de esa Ley deja sin efecto tanto el art. 64 f) como el art. 236.2º de la LOUGA (el primero es de mayor interés para este asunto). En esos momentos el Plan parcial para el desarrollo del sector SU 13 ya ha sido aprobado inicialmente, por resolución municipal de 17.01.08, y está pendiente de aprobación definitiva.

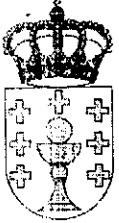
QUINTO. Vistos los hechos que resultan incontrovertidos entre las partes, para dar una respuesta al recurso es de interés aludir a la normativa de aplicación y a la naturaleza de los convenios urbanísticos.

El art. 233.1º. LOUGA dice que la Administración autonómica y los municipios, así como sus organizaciones adscritas y dependientes y las demás organizaciones por ellos creadas conforme a esta Ley, podrán celebrar, conjunto o separadamente y siempre en el ámbito de sus respectivas esferas de competencias, convenios urbanísticos entre sí y con personas públicas o privadas, en orden a su colaboración y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística." Su párrafo 2º dispone que "la negociación, celebración y cumplimiento de los convenios urbanísticos a que se refiere el número anterior se regirán por los principios de transparencia y publicidad." Y su párrafo 3º declara nulas de pleno derecho "las estipulaciones de los convenios que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente, en cualquier forma, normas imperativas legales o reglamentarias, incluidas las del planeamiento urbanístico, en especial las reguladoras del régimen urbanístico del suelo y de los deberes de los propietarios del mismos."

A la hora de clasificar este tipo de convenios, el art. 234 LOUGA lo hace por su objeto y distingue entre convenios urbanísticos de planeamiento (aquellos que incluyan o puedan incluir modificaciones del planeamiento) y convenios de ejecución del planeamiento: aquellos que no afectando en absoluto a la ordenación urbanística se limiten a la



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

determinación de los términos y condiciones de la gestión y ejecución del planeamiento.

El art. 235.3º LOUGA, bajo el título "Convenios urbanísticos de Planeamiento", permite que con ocasión del ejercicio de la potestad de planeamiento, la Administración autonómica y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias y conjunta o separadamente, celebren con cualesquiera personas públicas o privadas, convenios urbanísticos relativos a la formación, modificación o revisión de un plan de ordenación urbanística; en cuyo caso su párrafo 4º dispone lo que sigue:

"a) Sólo podrán negociarse y suscribirse con el carácter de preparatorios de la resolución y hasta el momento en que el procedimiento de aprobación del planeamiento o, en su caso, de su modificación o revisión sea sometido al preceptivo trámite de información pública.

b) Sus trámites sólo tendrán, en esta fase, el efecto de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento sobre la base del acuerdo respecto a la oportunidad, conveniencia y posibilidad de concreta o concretas soluciones de ordenación. En ningún caso vincularán o condicionarán en cualquier otra forma el ejercicio por las administraciones públicas, incluidas las que sean parte en ellos, de la potestad de planeamiento.

c) Deberá incluirse, entre sus estipulaciones, la cuantificación de todos los deberes legales de cesión y determinarse la forma en que éstos serán cumplidos.

d) La ordenación urbanística derivada del convenio celebrado deberá incorporarse a las correspondientes determinaciones y documentos del plan."

El art. 237 LOUGA ("Celebración y perfeccionamiento") dispone que:

1º. Una vez negociados y suscritos, los convenios se someterán al trámite de información pública, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia y en al menos uno de los periódicos de mayor difusión en la provincia por un período mínimo de veinte días.

2º. Cuando la negociación de un convenio coincida con la tramitación del procedimiento de aprobación del instrumento de planeamiento con el que guarde directa relación, deberá incluirse el texto íntegro del convenio en la documentación sometida a información pública propia de dicho procedimiento, sustituyendo ésta a la prevista en el número anterior.

3º. Tras la información pública, el órgano que hubiera negociado el convenio deberá, a la vista de las alegaciones, elaborar una propuesta de texto definitivo del convenio, de la que se dará vista a la persona o personas que hubieran negociado y suscrito el texto inicial para su aceptación, reparos o, en su caso, renuncia.

4º. El texto definitivo de los convenios habrá de ratificarse por el órgano competente, debiendo firmarse dentro de los quince



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

días siguientes a la notificación de la aprobación del texto definitivo por la persona o personas interesadas, privadas o públicas. Transcurrido dicho plazo sin que tal firma haya tenido lugar, se entenderá que renuncian a aquél."

Para hablar de la naturaleza de los convenios urbanísticos de planeamiento o de ejecución del planeamiento es imprescindible hacer alusión a un principio básico que preside su negociación, celebración y efectos: la imposibilidad de disponer contractualmente de la potestad de planeamiento definida en múltiples ocasiones por doctrina y jurisprudencia como una clara limitación a las posibilidades de negociación entre la Administración y los particulares que representa la técnica de los llamados "convenios urbanísticos", cuya naturaleza jurídico-pública se halla plenamente aceptada y que se han calificado como contratos administrativos especiales sujetándose tradicionalmente a la normativa en materia de contratación administrativa pues tienen carácter jurídico-administrativo (art. 233.4º LOUGA) y combinan una naturaleza contractual y administrativa.

A la hora de clasificarlos, suele distinguirse entre convenios urbanísticos típicos (previstos en la normativa reguladora del suelo) y atípicos. En su mayor parte no disponen de normativa específica por lo que han de calificarse de acuerdo con su contenido, en primer lugar; en segundo, de conformidad con la normativa en materia de contratación administrativa, y finalmente de acuerdo con el resto de la normativa en materia de actuación administrativa; por último, de acuerdo con su condición de "acuerdo de voluntades", por las normas del Derecho Privado.

Sin embargo, la condición o naturaleza jurídica contractual que doctrina y jurisprudencia han anudado a los llamados "convenios urbanísticos" no determina que su incumplimiento o su imposibilidad de cumplimiento en casos de reformas legales o cambio de planeamiento esté exento de efectos, a salvo por supuesto la imposibilidad de la parte que acuerda con la Administración para exigir de esta una modificación o variación del planeamiento contraria a la normativa urbanística.

La cuestión es cuál es el efecto de su incumplimiento, y al respecto, las líneas seguidas por la jurisprudencia pueden resumirse fundamentalmente en las siguientes:

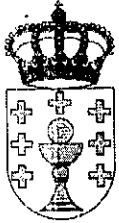
1º. Sentencias en las que se hace referencia genérica a "consecuencias jurídicas" que en otro terreno, no el indemnizatorio, podría desencadenar el apartamiento de convenios anteriores (SSTS 30.04.1990, 27.10.1992, 23.06.1994 y 15.12.1998);

2º. Sentencias referidas expresamente a los derechos indemnizatorios que provoca dicho incumplimiento (SSTS 21.09.1991, 20.12.1991, 18.03.1992 y 16.02.1993);

3º. Por último, Sentencias que se centran en las facultades resolutorias de las partes para tales casos (SSTS 07.02.1990 y 13.03.1991).



Para que el convenio urbanístico provoque cualquiera de los efectos anteriores en el caso de ser incumplido es imprescindible que sea válido. De lo contrario, procedería la restitución recíproca de las contraprestaciones o su valor equivalente así como la indemnización a cargo de la parte culpable por los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento, en los términos de la normativa de contratación pública. En este caso habría que diferenciar la propia restitución de las prestaciones de la reparación del daño que habría de incluir el llamado "interés negativo", es decir, el resultante de comparar la situación real de quien lo ha sufrido y la que tendría si no hubiera contratado (culpa in contrahendo).



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

SEXTO. Después de analizar la normativa de aplicación y la naturaleza de los convenios urbanísticos, hay que descender al caso concreto que aquí se examina para dar una respuesta a la solicitud de reembolso de la cantidad abonada por las recurrentes al Concello de acuerdo con el convenio suscrito entre ambos.

Para ello, es de interés reconocer que nos hallamos ante un convenio urbanístico típico. Se puede calificar como tal el documento suscrito por ambas partes el 16.02.2007 en el que:

- a) En primer lugar, asumían la resolución municipal de 15.12.06 donde la PXMU de Sanxenxo había aceptado el cambio de sistema de iniciativa pública a privada y prestado conformidad al desarrollo del SU n° 13 por el sistema de actuación por compensación con exención al Plan Parcial de ese sector del estándar de reserva de suelo para viviendas sometidas a algún régimen de protección en los términos previstos en el art. 64 f) de la LOUGA en su redacción vigente en esa fecha conteniendo una "condición" expresa: la entrega por las solicitantes de la cantidad de 3.830.692 € a cargo de la iniciativa privada que solicitaba el cambio de sistema, en el plazo de los diez días siguientes; y
- b) En segundo lugar, posponían el pago a que se condicionaba la exención hasta el 01.03.07.

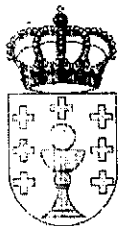
Es evidente que se trató de un convenio firmado entre la Administración demandada y las codemandantes para el desarrollo del planeamiento de un determinado sector (SU n° 13) pues a tal fin se aprueban los Planes parciales (ese es su objeto) y por tanto que su regulación está expresamente contenida en el art. 235 LOUGA.

Como se advierte del contenido de ese primer acuerdo, de 16.02.2007, lo que hizo fue confirmar los términos en que el Concello había dictado su resolución de 15.12.2006, en que autorizaba el cambio de sistema de actuación, aprobaba la exención solicitada y condicionaba esta última al pago de la cantidad referida.

Y esa resolución a su vez tuvo su apoyo en dos informes, el primero de 22.11.2006 de la Xerente de Urbanismo y el segundo de



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

15.12.2006 del Interventor, ambos favorables a la decisión de cambio de sistema de actuación con exención de la obligación de reserva de suelo pero que, en especial el primero, condicionaban la exención referida al pago por las promotoras solicitantes de la cantidad de 3.830.692 €.

En ese informe de 22.11.2006 de la Xerencia se calificaba expresa y literalmente de "compatible" el interés de las mercantiles solicitantes en desarrollar el ámbito libres de la obligación de reserva y el del Municipio en buscar líneas de financiación. Las palabras textuales empleadas por la técnico informante para referirse a la condición de pago de esa cantidad de la que quedaba pendiente la efectividad de la exención aceptada fueron la de los respectivos "intereses" de Concello y promotoras.

Sin embargo a la hora de redactar ese primer pacto, de 16.02.2007, se puede decir que ambas partes incurren en cierta oscuridad pues después de prever expresamente un derecho de reembolso de la cantidad referida a favor de las promotoras para el caso de que no se aprobara definitivamente o en el plazo de un año el Plan Parcial por causa imputable a la Administración, plazo que había que computar, según su redacción, a partir de la fecha de la firma del texto definitivo del convenio; también aludía a la aceptación de la resolución de 15.12.2006 donde se había acordado "modalizar" la obligación de reserva de suelo en relación con el ámbito del suelo urbanizables nº 13 ...estableciendo una aportación económica al efecto de "dar cumplimiento a cualquiera de las finalidades de interés público reflejadas en el artículo 177 LOUGA" y entre el clausulado de su texto preparatorio aparece una indicación de que "dicha aportación se incorporará al patrimonio municipal del suelo y podrá destinarse por el Ayuntamiento de Sanxenxo a cualquiera de las finalidades de interés pública del art. 177 de la Ley del Suelo de Galicia suponiendo una forma desinteresada de la propiedad del sector de participar en los proyectos de esta colectividad."

Le siguió un segundo pacto, firmado por ambas partes el 02.03.07 y que calificaron de documento complementario del anterior donde se aplazaba de nuevo el pago hasta el día 08.03.07 y en que desaparecía la calificación de "desinteresada" que el anterior le había dado a la aportación económica tantas veces referida. En este segundo documento, de 02.03.07, además se hacía constar, con absoluta claridad, un derecho de reembolso a favor de las mercantiles recurrentes para el caso de que el convenio urbanístico no se aprobara definitivamente o, en todo caso, para el supuesto de que en el plazo de un año desde la firma del convenio no se hubiera aprobado definitivamente el Plan parcial por cualquier causa no imputable a esas mercantiles. Y además entre esas posibles causas se enunciaban algunas en el propio documento complementario como "la demora en la tramitación", la "modificación de la normativa urbanística de aplicación" o la "existencia de informes de otras Administraciones que impidieran el desarrollo del sector según las previsiones del planeamiento" (ff. 609 y 610 del expediente).

En ese documento complementario también las partes aceptan "y confirman" los términos de la Resolución de 15.12.2006.



Como resulta de la revisión de los hechos, el documento final fue sometido a información pública después de que el Arquitecto Técnico municipal lo calificara de "modificación sustancial" del convenio inicial y después de que las promotoras abonaran la cantidad acordada en fecha 09.03.07. Y por resolución de 15.03.07 la JGL le daba conformidad a la primera resolución de 15.12.2006, al cambio de sistema de actuación y al convenio urbanístico firmado y ampliado abriendo un nuevo plazo de exposición pública del Plan parcial, como es exigible.

Llegados a este punto, hay que volver sobre las previsiones que para este tipo de convenios y su negociación y celebración contienen los artículos 235.4º y 237 LOUGA. El primero prevé lo que sigue:

"art. 235 4º. Los convenios a que se refiere el número anterior:

- a) Sólo podrán negociarse y suscribirse con el carácter de preparatorios de la resolución y hasta el momento en el que el procedimiento de aprobación del planeamiento o, en su caso, de su modificación o revisión sea sometido al preceptivo trámite de información pública.
- b) Sus estipulaciones sólo tendrán, en esta fase, el efecto de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento sobre la base del acuerdo respecto respecto a la oportunidad, conveniencia y posibilidad de concreta o concretas soluciones de ordenación. En ningún caso vincularán o condicionarán en cualquier otra forma el ejercicio por las administraciones públicas, incluidas las que sean parte en ellos, de la potestad de planeamiento...";

"art. 237 LOUGA:

1º. Una vez negociados y suscritos, los convenios se someterán al trámite de información pública, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia y en al menos uno de los periódicos de mayor difusión en la provincia por un período mínimo de veinte días.

2º. Cuando la negociación de un convenio coincida con la tramitación del procedimiento de aprobación del instrumento de planeamiento con el que guarde directa relación, deberá incluirse el texto íntegro del convenio en la documentación sometida a información pública propia de dicho procedimiento, sustituyendo ésta a la prevista en el número anterior.

3º. Tras la información pública, el órgano que hubiera negociado el convenio deberá, a la vista de las alegaciones, elaborar una propuesta de texto definitivo del convenio, de la que se dará vista a la persona o personas que hubieran negociado y suscrito el texto inicial para su aceptación, reparos o, en su caso, renuncia.



4°. El texto definitivo de los convenios habrá de ratificarse por el órgano competente, debiendo firmarse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la aprobación del texto definitivo por la persona o personas interesadas, privadas o públicas. Transcurrido dicho plazo sin que tal firma haya tenido lugar, se entenderá que renuncian a aquél."

Como se evidencia de lo sucedido en este caso los sucesivos pactos adoptados por ambas partes (concello y recurrentes) no llegaron a alcanzar aprobación definitiva ya que no sólo los dos primeros resultaron finalmente malogrados a la hora de su aprobación con motivo de la entrada en vigor de la Ley 6/08 que ya impedía legalmente la exención de reserva de suelo para viviendas de promoción pública en los planes parciales con su derogación del antiguo art. 64 f) LOUGA sino que el último, de agosto de 2.009, cuyo texto se redactó unilateralmente por el Concello no llegó a aprobarse una vez las interesadas ofrecieron reparos al respecto con motivo del trámite de audiencia concedido a los fines del art. 237.3° LOUGA.

Pero frente a la interpretación unilateral que hace la Administración demandada de lo sucedido, pues en la contestación a la demanda el Letrado del Concello insistía en que ni siquiera se había alcanzado la aprobación definitiva de lo pactado e incluso podría aventurarse que el pago realizado por las mercantiles había sido fuera del último plazo concertado (lo cual sugeriría un incumplimiento o un cumplimiento tardío de sus obligaciones) no es posible llegar a la conclusión de que la falta de aprobación definitiva de ninguno de esos pactos impida reconocerles efectos entre las partes a aquellos que se suscribieron de mutuo acuerdo, por más que no llegaran a perfeccionarse en los términos del art. 237 LOUGA. Y tales pactos fueron:

- en primer lugar, el de 16.02.2007;
- en segundo, el de 02.03.2007.

Ambos fueron manifestación directa de la voluntad de ambas partes siendo por otra parte el segundo de esos dos el que debe ser asumido, en su calidad de "novación" del anterior como el que debió regir la conducta tanto municipal como de las demandantes; y por tanto el que debe ser finalmente interpretado a la hora de calibrar si cabía o no el ejercicio de la acción de reclamación del reembolso de las promotoras una vez alcanzada la fase final de aprobación del Plan Parcial sin que fuera posible incluir en el mismo, en su aprobación definitiva, la exención de la obligación de reserva a que venía condicionada su aportación económica. Y vista la imposibilidad de que se aprobara definitivamente ese convenio en los términos en que se había suscrito finalmente.

En ese último acuerdo, y a pesar de los esfuerzos de la Administración municipal para negarlo, ambas partes incluyen con absoluta claridad una cláusula específica para determinar las condiciones en que podría ejercitarse un derecho de reembolso a favor de las mercantiles, estipulando que ese derecho nacería en el supuesto de que el convenio urbanístico no



se aprobara definitivamente o, en todo caso, en el supuesto de que en el plazo de un año desde la firma del convenio no se aprobara definitivamente el Plan parcial por cualquier causa no imputable a dichas entidades mercantiles, citando a efectos enunciativos, algunas posibles causas (no imputables a las mercantiles), entre las que aparecían además de la demora en la tramitación por causa imputable al Concello, la "modificación de la normativa urbanística de aplicación" o la "existencia de informes de otras administraciones que impidieran el desarrollo del sector según las previsiones del planeamiento".

Y por más que vuelvan a confirmar, también expresamente, los términos en que se había adoptado inicialmente la resolución de 15.12.06 y por más que en esa resolución se calificara inicialmente el abono de la cantidad referida como una suerte de "cesión en metálico" destinada a los fines de interés público del art. 177 LOUGA a proteger por el Concello e incluso una vez destinada esa cantidad a esos fines --según el interventor municipal, a la adquisición de terrenos--, no hay duda de la interpretación que merece la cláusula sobre el derecho de reembolso contenida en ese último pacto, de 02.03.07: nace el derecho de reembolso en el caso de que el convenio urbanístico firmado no obtenga aprobación definitiva.

Y así sucedió. Ese convenio urbanístico, en los términos finalmente suscritos por ambas partes de común acuerdo en fecha 02.03.07, y que venía a asumir parte de las previsiones del de 16.02.2007 aunque reinterpretabíndolas --también de común acuerdo-- y por supuesto, novándolas en algunos aspectos (como el término final para el pago) no llegó a obtener aprobación definitiva.

Pero esa falta de aprobación definitiva no impide calificarlo de "acuerdo de voluntades" y reconocer el derecho de ambos firmantes (incluidas las demandantes) de acudir a su clausulado y exigir su cumplimiento, una vez interpretado este en los términos arriba referidos (buena fe, equilibrio de prestaciones, prohibición del enriquecimiento injusto) y para el caso de que sea posible.

Al encontrarnos ante un convenio que finalmente resultó de imposible cumplimiento en sus justos términos y cuya aprobación definitiva no llegó a producirse, le resultaría de aplicación el régimen resolutivo del Derecho privado, con indemnización sustitutoria para el caso de no poder devolverse las mismas cosas recibidas, el llamado "interés positivo", que resultaría de comparar la situación actual de quien ha sufrido el incumplimiento de la otra parte con aquella de que gozaría si en este caso el Ayuntamiento hubiera cumplido su obligación en tiempo y forma, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Pero es que expresamente ese convenio (02.03.07) incluye una suerte de "condición" resolutoria para el caso de que no alcance la fase de aprobación definitiva, y cuya concurrencia hace nacer --con absoluta claridad-- un derecho de reembolso a favor de las promotoras firmantes y a cargo del Concello que en modo alguno puede verse afectado por el fin que tal Administración haya podido darle a la cantidad dineraria aportada por las promoventes.



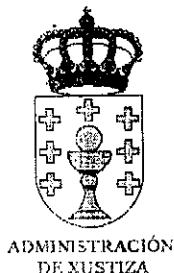
En este punto hay que contestar a dos de los argumentos sustanciales empleados por el Letrado municipal en su contestación y la propia Administración en vía administrativa para negarle a las recurrentes su derecho de devolución de la cantidad abonada por ellas antes de que fuera ilegal la exención de la obligación de reserva:

- Por una parte, la desvinculación entre la aportación dineraria y la exención pactada;
- Por otra, la imposibilidad de reembolsarles una cantidad que se ha destinado a los fines previstos en el art. 177 LOUGA.

En lo que afecta a esa supuesta desvinculación entre la aportación dineraria y la exención de la obligación de reserva que tardíamente hace valer el Concello en su contestación a la demanda y en los informes previos a la denegación de la solicitud de reembolso (donde se intentó vincular la aportación dineraria a la aprobación municipal del cambio de sistema de actuación, que sí se vio materializado gracias a la aprobación definitiva del Plan Parcial), no es posible compartir el parecer municipal.

Todos los datos de que se ha dispuesto, tanto el examen del expediente como la interpretación conjunta de la prueba practicada, apuntan en una dirección bien diferente:

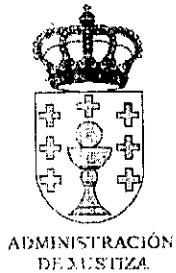
- a) Ya en los informes de la Xerencia Municipal de Urbanismo que sirvieron al Concello para alcanzar la resolución de 15.12.2006 sobre cambio de sistema de actuación del sector y aprobación de la exención se hacía referencia a la "compatibilidad" entre los dos intereses presentes (el de las recurrentes en desarrollar el ámbito libres de la obligación de reserva y el del Concello de financiarse).
- b) En esa misma resolución de 15.12.2006 se hacía constar que el Concello prestaba aprobación "a la valoración estimada de 3.830.692 € sobre la exención de la obligación de reserva de edificabilidad destinada a vivienda sujeta a algún régimen de protección pública" [letra b)] y que la aportación dineraria de referencia era una condición previa a la conformidad municipal para redactar el Plan Parcial con la exención de referencia [letra c) del acuerdo de 15.12.2006]. En ningún momento se condicionó la aceptación del cambio de sistema de actuación -que la técnico municipal había considerado recomendable para ese ámbito en su informe de 22.11.06- a la aportación dineraria de referencia; al contrario, la condición siempre se articuló para que fuera efectiva esa exención.
- c) Por otra parte, es altamente indiciario que como referencia para la determinación de la cantidad a abonar



por las recurrentes una vez pactada la posibilidad de desarrollo se hiciera uso precisamente de un precio estimado de repercusión de suelo de 145,08 €/m² partiendo de los módulos de VPA (1.112,30 €) y se determinara como importe total de la valoración de la exención de la reserva la cantidad final de 3.830.692 €.

- d) Se alcanza idéntica conclusión de lo sucedido incluso con posterioridad a la demanda. En el punto 19 del informe emitido por la asesoría jurídica municipal el 19.02.2010 con carácter previo al trámite de aprobación definitiva del Plan Parcial, que tuvo lugar con posterioridad a la demanda pero cuyo contenido es muy elocuente en este particular, también se hacía referencia al pacto alcanzado entre las partes en el documento preliminar de convenio por el que se acordaba pagar una cantidad, con carácter voluntario, "toda vez que se procedeu a exención da obriga de reserva de solo para vivenda suxeita a algún réxime de protección pública". Y expresamente la asesoría jurídica recogía en este informe que "o cambio de sistema de actuación para o desenvolvemento do ámbito de Cooperación a Compensación foi inicialmente decidido como elemento independente, no Acordo adoptado por la xunta de Goberno Local do Concello de Sanxenxo, celebrada o 15 de marzo de 2.007 (Punto Segundo do Acordo), e sometido a Información pública consonte establece o art. 127.2. da LOUGA. Esta decisión municipal ten plena sustantividade, independencia e automnomía respecto do contemplado no Documento Preliminar do Convenio que foi obxecto -según el concello- de renuncia; sendo, ademáis, de recordar que se trata dunha decisión sobre unha determinación da que é competente, en exclusiva, a Administración Municipal."

Por otra parte, a la hora de calificar esa aportación dineraria la conducta de la Administración durante la tramitación del expediente e incluso de este asunto judicial ha sido cuanto menos errática y vacilante: si en el primer informe de Xerencia que sirvió para alcanzar la resolución de 15.12.06 se considera una condición válida a la hora de autorizar la exención de obligación de reservar y conjugar así los dos intereses presentes (el económico de las recurrentes a la hora de desarrollar el ámbito y el económico del Concello a la hora de financiarse); posteriormente se le calificó de "participación desinteresada" e incluso como "cesión voluntaria" (en el primer documento suscrito por las partes en fecha 16.02.07) para después guardar silencio en el siguiente, de 02.03.07; aludiendo en exclusiva al "destino" que esa aportación habría de tener (fines del art. 177 LOUGA). Más tarde, en los informes previos a la resolución denegatoria de reembolso se califica como una "mera entrega voluntaria o liberalidad". Y extrañamente con el escrito de contestación a la demanda se la califica como una "carga impuesta en la resolución como condición de eficacia del cambio de sistema de actuación" y después de nuevo como una liberalidad.



Como es sabido, la oscuridad en la redacción de los contratos (cuya regulación en el ámbito del Derecho privado sirve para la interpretación de los convenios urbanísticos sobre todo cuando es imposible su cumplimiento) nunca debe favorecer a la parte que la ha propiciado y en la medida de lo posible debe interpretarse de modo que no perjudique a ninguna. Esa interpretación de su clausulado, en caso de ser oscuro, debe estar siempre presidida por los principios que animan la interpretación de cualquier acuerdo de voluntades cuando no puede cumplirse: el equilibrio de prestaciones, la buena fe y la proscripción del enriquecimiento injusto. Y nunca puede favorecer a quien ha propiciado tal oscuridad (en este caso, no hay duda de que esa oscuridad en la redacción la propició el Concello y después la trató de incrementar con una conducta sinuosa puesto que las codemandantes dejaron claro ya desde sus primeros escritos en vía administrativa que su intención a la hora de abonar esa cantidad era la de beneficiarse de la exención de la obligación de reserva). Por otra parte, es evidente que ese fue el motivo de que aceptaran suscribir ese convenio, que les fue propuesto por la Administración ya que fue el Concello el que consideró necesaria la formalización de ese convenio (como demuestran los pasos que siguió después de los primeros informes de sus técnicos municipales e incluso su segunda apertura de trámite de información pública una vez aprobado el documento complementario final que venía a modificar sustancialmente, como el propio Arquitecto Técnico municipal aseguró una vez examinado aquél, el documento anterior).

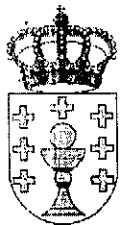
Y a ello no obsta el hecho de que las demandantes posteriormente cumplimentaran el requerimiento municipal para la elaboración de un nuevo texto para aprobación de Plan parcial reconociendo la reserva de suelo para viviendas de promoción pública precisamente porque a esas alturas ya la exención permitida por la anterior redacción de la LOUGA (art. 64 f) había quedado sin efecto gracias a la entrada en vigor de la Ley 6/08 de modo que no podía aprobarse el Plan parcial del Sector sin incluir esa reserva. Esa última decisión de las codemandantes no obsta a tener por "resuelto" el convenio suscrito entre ambas partes (de acuerdo con los pactos finales, suscritos por ambas en fecha 02.03.07) y por tanto por eficaz la obligación municipal de desembolso una vez ese convenio no había alcanzado su aprobación definitiva y resultaba, por otra parte, imposible de cumplir debido a una variación en la normativa urbanística de aplicación vigente en la fecha de aprobación definitiva del Plan.

Por otra parte y aunque la Disposición Transitoria 2.2ª Ley 6/08 permitía seguir con la tramitación de los Planes Parciales iniciada antes de su entrada en vigor, en modo alguno permitía mantener la exención de la obligación de reserva. Por ello tal argumento, que también intentó emplear el Concello a la hora de interpretar la conducta de las mercantiles recurrentes, que según él había sido de dudosa honestidad una vez abonada la cantidad con plena conciencia de que se iba a destinar a los fines del art. 177 LOUGA no sirve a los fines de la contestación.

De nuevo hay que acudir a la cláusula prevista en el último pacto donde se hacía depender el nacimiento del derecho de reembolso de la falta de aprobación definitiva del convenio (el



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

último, de 02.03.07). A lo cual no obsta para nada que fuera posible continuar con la tramitación del Plan parcial previamente iniciada porque es evidente que tal continuación no podía seguirse en los términos del convenio.

Sobre la "supuesta renuncia" por parte de las codemandantes al convenio suscrito, es imposible reconocerla no sólo porque nunca llegó a culminar la tramitación del último que suscribieron ambas; sino porque no es cierto que el último texto de 12.08.09, redactado unilateralmente por la Administración demandada una vez había requerido de las recurrentes que aportaran un nuevo documento de Plan ajustado a la Ley 6/08 y por tanto reconociendo la reserva expresa de suelo para viviendas de promoción pública y después de denegarles el reembolso, pudiera calificarse -como pretendió el Concello en el expediente e incluso en su contestación-- como una nueva propuesta de convenio a la que las mercantiles renunciaron. Sobre todo teniendo en cuenta que nunca fue objeto de negociación alguna en los términos del art. 235 ni de información pública en los del art. 237 LOUGA.

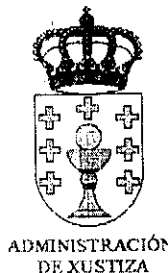
Esa decisión unilateral de la Administración demandada que tuvo lugar cuando ya se intuían los efectos que la aprobación definitiva del Plan Parcial de acuerdo con la nueva Ley 6/08 había de traer consigo para las obligaciones pactadas entre el Concello y las mercantiles recurrentes en el último de los convenios suscritos no deja sino entrever una actuación maliciosa, dirigida a forzar de ellas, en forma precipitada y alegal, una actitud que permitiera reinterpretar lo sucedido a favor de los intereses municipales.

En este punto, y aunque es cierto que se trata de otro sector objeto de desarrollo a través de Plan Parcial, resulta interesante -sobre todo a la hora de valorar la actitud municipal y reconocer los fines que la animaron-lo sucedido para el SU14 para el que en su día la entidad Mirador de Sanxenxo s.l. solicitó también, por escrito de 27.10.2006, la modificación del sistema de actuación de iniciativa pública por cooperación por el de iniciativa priva de compensación. Y cuya evidente vinculación y semejanza se deduce tanto de las afirmaciones en Sala del propio Interventor Municipal que en su declaración reconoció que se trataba de dos ámbitos colindantes y directamente relacionados como del informe de 26.02.2010 de la Asesoría Jurídica de la Xerencia donde se califica de "único antecedente de tramitación.. que conta con moitas similitudes con respecto ó solo urbanizable n° 13".

También para ese sector aprobó el Concello el cambio de sistema de actuación con suscripción de un convenio urbanístico cuyo texto definitivo firmaron ambas partes el 17.07.09 y que asumió el Pleno por acuerdo de 28.07.09 en el que se incorporan algunas de las consideraciones contenidas en un informe previo del interventor Municipal que adelantando posibles acontecimientos decía que "a proposta de convenio supón de facto unha renuncia clara e terminante a calquera esixencia de devolución do obxecto da cesión de forma clara, plena, pura, incondicional e irreversible polo conveniente privado e/ou axente urbanístico atctuante que a efectuou". Es evidente que para ese caso la Administración aquí demandada aseguró la imposibilidad de reembolso.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

A su vez, tampoco debe ser óbice para reconocer el derecho de reembolso de la cantidad abonada a favor de las codemandantes el supuesto destino que el Concello le dio una vez ingresada.

En su contestación a la demanda el Letrado del Concello aseguró que, tal y como se había informado por el Interventor Municipal en vía administrativa el 18.07.2009, la cantidad abonada por las recurrentes se había ingresado en la contabilidad separada del Patrimonio Municipal del Suelo y se había destinado a los fines previstos en el art. 177 de la LOUGA y que, también de acuerdo con el parecer de ese técnico municipal contenido en ese informe y confirmado por él en su intervención como testigo ante este Juzgado, la aportación referida se había hecho como "entrega voluntaria en metálico al Patrimonio Público del Suelo del Concello en base a la resolución de 15.12.2006", cosa que conocían perfectamente las codemandantes en la fecha del ingreso lo cual impedía tener por honesta su reclamación de reembolso.

A esta cuestión hay que contestar como se ha hecho hasta aquí: el último de los pactos alcanzados de común acuerdo por Concello y codemandantes fue el de 02.03.07 que vino a mantener en sus términos la resolución de 15.12.2006 pero también a reinterpretarla e incluso a "novar", en aquello que fuera diferente, el pacto previo de febrero de 2.007. Y no hay duda de que ese último acuerdo de voluntades, en que no sólo participaron las demandantes sino que también quedó plasmada la voluntad municipal, incluía con absoluta claridad una acción de reembolso cuyo nacimiento se hacía depender, entre otros casos, de una falta de aprobación definitiva del propio convenio; e incluso, aún de ser aprobado definitivamente el convenio, de la falta de aprobación del propio Plan parcial dentro de un determinado plazo para el caso de que tuviera lugar por "causa no imputable a las mercantiles". Una de esas causas, como ya se ha visto, era precisamente una variación de la normativa urbanística vigente. Lo cual impide calificar de deshonesto la actitud de las demandantes a la hora de ejercitar su derecho de reembolso una vez advertida la falta de aprobación definitiva del convenio de 02.03.07 y la imposibilidad de materializarlo con motivo de la entrada en vigor de una Ley, que no venía sino a derogar la anterior normativa urbanística [art. 64 f) LOUGA], de acuerdo con la cual se había alcanzado ese convenio.

Sobre el fin que corrieron esos ingresos, de nuevo hay que recordar que en la decisión de incluir una cláusula de reembolso intervino la voluntad de ambas partes (también el Concello) y ni siquiera el Interventor Municipal en su declaración testifical en Sala fue capaz de asegurar con exactitud cuál había sido finalmente el destino de la cantidad en cuestión. En vía administrativa no se especificó cuál había sido ese destino; en la contestación a la demanda se hacía mención a la "adquisición de terrenos destinados a sistemas xerais"; en el informe aportado por la Administración demandada con su escrito de proposición de prueba y emitido por su Interventor municipal se hacía una relación desglosada alcanzado finalmente la conclusión de que ninguna de las actuaciones en que se había invertido ese ingreso tenía la consideración de adquisición de terrenos aunque todas ellas podían calificarse como propios del Patrimonio del suelo (art. 177 LOUGA). Con motivo de su intervención en sala ese mismo técnico arguyó que no existía una vinculación



exhaustiva entre ingreso y aplicación; finalmente sostuvo que le parecía que en buena parte la cantidad se había invertido en la adquisición de Punta Vicaño aunque sin poder asegurarlo en su totalidad.

De todo ello resulta, claramente, la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, con la consiguiente declaración anulatoria del Acuerdo municipal denegatorio de la solicitud de reembolso y la condena a cargo del Concello a devolverle a las recurrentes la cantidad abonada en su día.

En cuanto a los intereses a aplicar a esa cantidad, que en la demanda se reclaman desde la fecha del pago, no procede su inclusión en el fallo sino desde la fecha de la reclamación en vía administrativa ya que cuando se pagó esa cantidad aún existían expectativas, en el ánimo de ambas partes, de que el Plan Parcial lograría aprobarse en las condiciones que habían pactado o al menos la convicción de que el convenio llegaría a ser aprobado definitivamente. Es a partir de la solicitud de devolución en vía administrativa y una vez las recurrentes pusieron reparos al texto unilateralmente redactado por la Administración municipal una vez vista la imposibilidad de mantener la exención de la obligación de reserva cuando el Concello tuvo, por primera vez, la oportunidad de devolverles a las demandantes la cantidad objeto de este procedimiento y es también esa fecha la que debe servir a efectos de fijación de los oportunos intereses.

SÉPTIMO. No concurre ninguna de las circunstancias a que se refiere el art. 139-1 LJCA 1998, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento sobre la imposición de las costas.

OCTAVO. Vista la cuantía fijada al recurso, esta Sentencia no es firme, pues contra ella cabe interponer Recurso de apelación en el plazo de los quince días siguientes al de su notificación, del que conocerá la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Galicia (art. 81 LJCA).

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

1º) Estimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de EMPROSAL 16 S.A., LLAVE DEL AÑO S.L. y LANZAGOLF S.L. frente al Concello de Sanxenxo seguido ante este Juzgado como Proceso Ordinario nº 370/09 contra la Resolución de 21.07.09 de la Alcaldesa-Presidenta del Concello de Sanxenxo dictada en el expediente nº 09.001-RC desestimatoria de la solicitud de devolución de cantidad formulada por escrito de 30.06.09 por las recurrentes.

2º) Condeno a la Administración demandada a devolverle a las empresas recurrentes la cantidad de 3.830.692 € con aplicación de los intereses correspondientes desde la fecha de su reclamación en vía administrativa.

3º) Declaro parcialmente inadmisibles el recurso, en la pretensión particular contenida en la letra b) del suplico del escrito de demanda.



Todo ello sin pronunciamiento en materia de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme pues contra ella cabe interponer Recurso de apelación en el plazo de los quince días siguientes al de su notificación, del que conocerá la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio literal a los autos, con inclusión del original en el libro de sentencias, lo pronuncio y firmo.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por la Magistrado Juez que la suscribe, en audiencia pública celebrada el mismo día de su fecha de lo que yo, Secretaria judicial adscrita a este órgano, doy fe.