

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SEVILLA

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

D. Antonio Moreno Andrade.

D. Ángel Salas Gallego.

D. José Santos Gómez.

-----  
En Sevilla, a 24 de junio de 2016.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, ha visto el recurso de apelación número 130/14, formulado por el Ayuntamiento de Umbrete (Sevilla), siendo parte apelada la entidad mercantil "Promociones JIBASU, S.L."

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Ángel Salas Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**- En el procedimiento 1/12, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 14 de Sevilla, se dictó Sentencia en fecha 19 de diciembre de 2013, estimatoria del recurso contencioso administrativo deducido por la entidad Promociones JIBASU.

REPÚBLICA DE ESPAÑA DIPUTACION DE SEVILLA 14 de Sevilla, se
<b>REGISTRO DE SALIDA</b>
08/07/2016 11:15
por la entidad
SALIDA NÚMERO: 15379

**Segundo.**- Notificada dicha resolución, el Ayuntamiento de Umbrete interpuso contra la misma recurso de reposición que, en el correspondiente trámite, se opuso la entidad citada.

REPÚBLICA DE ESPAÑA AYUNTAMIENTO DE UMBRETE
<b>REGISTRO DE ENTRADA</b>
08/07/2016 11:15
ENTRADA NÚMERO: 4524

**Tercero.**- Remitidas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno Rollo, quedando las mismas pendientes de dictar Sentencia.

**Cuarto.**- La votación y fallo del recurso ha tenido lugar el día señalado al efecto, con el resultado que a continuación se expone.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.**- La sentencia recurrida es correcta, ajustada a los hechos y a Derecho y ha de ser confirmada.

Concluye dicha resolución en la declaración del incumplimiento de los convenios urbanísticos y de patrocinio concertados entre JIBASU y el Ayuntamiento de Umbrete, procedencia de su rescisión y de la devolución a JIBASU de la suma de 510.510,80 euros, más intereses.

La Sala no puede dejar de señalar la pobreza argumental de la defensa municipal: la contestación a la demanda se despachó en cuatro líneas mediante simple remisión a la resolución desestimatoria del municipio y al informe que la precedió, las conclusiones en nueve líneas que reiteran la remisión a la resolución, destacando que a JIBASU incumbía presentar un proyecto de modificación de las NNSS que no hizo y que el expediente para la aprobación definitiva del PGOU seguía en tramitación. Y, en fin, con mayor extensión ahora en el escrito de interposición del recurso de apelación, desarrolla una exposición de los convenios más propia de una contestación a la demanda en la medida en que no critica en modo alguno los razonamientos de la sentencia, no nos dice qué hechos ha apreciado incorrectamente ni qué norma ha aplicado o inaplicado de forma indebida.

Ello, de por sí, es suficiente para desestimar el recurso. A tal respecto, hemos dicho en muchas ocasiones que resulta inaceptable que se pretenda a través de la apelación

el planteamiento de un nuevo juicio que, ignorando los fundamentos de la sentencia, se asiente en los mismos argumentos esgrimidos en la instancia y adecuadamente resueltos en el fallo. Esa actitud procesal de la parte parece pretender desnaturalizar la esencia del recurso de apelación, desoyendo el dictado de la STS 4-11-1996 ("El recurso de apelación no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones que tuvo lugar en la primera instancia, sino depurar el resultado procesal obtenido en ella. El escrito de alegaciones del apelante (artículo 100.5 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa -se refiere el TS, lógicamente, a la de 1956-) ha de consistir en una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos..., cuando la parte apelante se ciñe en su escrito de alegaciones a reproducir, de manera implícita o explícita, pero genéricamente, sin más alegaciones ni explicaciones, lo argumentado en primera instancia, o se limita a manifestar que solicita la revocación de la sentencia, impide en la mayoría de los casos conocer el ámbito y el contenido de la pretensión impugnatoria, oscurece el debate procesal sobre la corrección de la resolución impugnada y origina indefensión a la parte apelada, que no puede conocer con la suficiente claridad los argumentos en que se funda la impugnación de la sentencia o resolución dictada para oponerse a ellos").

**Segundo.**- No obstante, hemos de dejar constancia de que no es la primera vez que esta Sala se pronuncia sobre convenios como los que aquí se enjuician, así Sentencia de 22 de mayo de 2014, recurso de apelación nº 192/2014 y de 20 de marzo de 2014, dictada en recurso de apelación 104/2014, por las que, con desestimación de las apelaciones deducidas confirmábamos las sentencias de instancia que declararon

resueltos los convenios urbanísticos suscritos y declaraban el derecho de los primeros a ser reintegrados en las cantidades desembolsadas en su virtud más intereses legales. Procede por ello reiterar las razones que en aquéllas resoluciones judiciales exponíamos determinantes del rechazo de la pretensión municipal.

"Es indudable el acierto del Magistrado a quo al adoptar la decisión aquí impugnada. No está en discusión, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 30.2 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que este convenio para la innovación de un instrumento de planeamiento únicamente vincula a la Administración para los efectos de la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento sobre la base de lo convenido. Lo aquí determinante es que, por las razones apuntadas de orden sustantivo, lo pactado ha devenido de imposible cumplimiento, lo que redundará en la ineffectividad de lo estipulado y, en suma, de las obligaciones asumidas por la propiedad.

La doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza y configuración de los convenios urbanísticos, y obligaciones derivadas de éstos, se recoge entre otras muchas en las Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 2ª, de 13 de junio de 2011, recurso 3722/2009, o sec. 5ª, de 21 de febrero de 2006, recurso 7866/2002. En la primera de ellas se razona lo que sigue: "Los convenios urbanísticos tienen naturaleza contractual, como ya ha tenido ocasión de afirmar esta Sala. La sentencia de 19 de mayo de 2010 (casación 3679/06, FJ 5º) explica que no traspasan sus propios límites contractuales, de manera que sólo los instrumentos de ordenación tienen carácter normativo, cuyos actos de ejecución y desarrollo son los que obligan a terceros. En la sentencia de 28 de mayo del 2010 (casación 2679/06, FJ 4º) hemos concluido que los convenios, en tanto que instrumentos de acción concertada pueden ser de

utilidad para llevar a cabo una actuación urbanística eficaz, conseguir objetivos concretos y ejecutar de forma efectiva actuaciones beneficiosas para el interés general. Ahora bien, ello no significa, según se razona en la misma sentencia, que puedan determinar o condicionar el ejercicio de competencias de las que la Administración no puede disponer por vía contractual o paccionada. En fin, más recientemente (sentencia de 18 de febrero de 2011 (casación 1246/07 FJ 3º), se ha indicado que los convenios urbanísticos, aun cuando pueden tener por objeto la preparación de una modificación del planeamiento en vigor, como tales convenios no constituyen disposiciones de carácter general, naturaleza que, por el contrario, si reúne la normativa de planeamiento que pueda derivarse de lo acordado en un convenio.

Estamos, pues, ante un instrumento de acción concertada, que puede tener por efecto la modificación del planeamiento, pero que en todo caso ha de respetar y adecuarse a la legalidad urbanística buscando el interés general en la ordenación de suelo. Ahora bien, ni la Administración tiene la obligación de acudir a esta forma convencional para afrontar una modificación del planeamiento, ni el particular queda constreñido a suscribir un convenio urbanístico. Los convenios articulan, por tanto, una forma de colaboración completamente opcional, a pesar de que su contenido esté predeterminado por la propia legislación urbanística".

Y en la segunda citada, se nos recuerda que en la STS de 30 de octubre de 1997 ya se puso de manifiesto que: "el Convenio impugnado no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato, ... no hay, pues, acto de trámite alguno, sino un contrato decidido en firme que (cree o no derechos u obligaciones para terceros), los produce para las partes contratantes, que es lo lógico y esencial de los contratos, según el artículo 1257 del Código Civil"; mientras

que en la STS de 15 de marzo de 1997 se expresa que: "aunque el convenio o acto convencional en cuestión se dirige a preparar y poner en marcha una alteración del planeamiento, constituye una realidad o acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del Plan".

En definitiva, como ha expuesto esta Sala, Sección 3ª, en reciente Sentencia de 21 de noviembre de 2013, "el Convenio suscrito por la recurrente con el Ayuntamiento ..... no fue una mera declaración de intenciones sino un auténtico contrato que imponía obligaciones bilaterales. Como tal vincula a las partes que lo han concertado en los términos que señala el Código Civil, estableciendo su art. 1124 que "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe", y que "el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos".

Hacemos asimismo nuestros los razonamientos de la STSJ Madrid, sección 1ª, de 14 de septiembre de 2012, recurso 364/2011, transcrita en la resolución judicial impugnada, de entre los que destacamos, por su interés y relación con este pleito, los siguientes: "En realidad el Convenio del año 2001 encierra una obligación bilateral. La doctrina suele citar como efectos característicos de esta clase de obligaciones el especial régimen de constitución en mora regulado en el último párrafo del art. 1.100 del Código Civil, la excepción de incumplimiento contractual o contrato no cumplido, la resolución del contrato por incumplimiento establecida en el art. 1.124 del mismo cuerpo legal y la incidencia en el reparto de los riesgos por pérdida de la cosa o imposibilidad sobrevenida de la prestación.

La simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales es consecuencia de la proyección de su interdependencia o mutua condicionalidad a la ejecución del programa prestacional. Las obligaciones recíprocas son, por su propia naturaleza, obligaciones de cumplimiento simultáneo, porque la satisfacción de las partes se realiza en el mismo momento. Ambas prestaciones traen causa de la respectiva, y si una queda incumplida la otra carece de causa". La jurisprudencia civil ha sancionado esta regla, considerándola manifestación del sinalagma funcional que preside el desarrollo de la relación obligacional. Así ha declarado que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas debe llevarse a cabo de modo simultáneo (SS 9 de diciembre de 1988, 10 de noviembre de 1993 y 18 de noviembre de 1994), explicando en la sentencia de 18 de noviembre de 1994 que "cada deber de prestación constituye para la otra parte la causa por la cual se obliga, resultando tan íntimamente enlazados ambos deberes, que tienen que cumplirse simultáneamente".

La simultaneidad en la ejecución de las prestaciones es susceptible de derogación tanto por disposición convencional como por la propia naturaleza de la relación obligacional, que en determinados casos pueden imponer el cumplimiento anticipado de una de las prestaciones, sin quiebra de su reciprocidad tal y como sucedió en el caso de autos y en estos supuestos de cumplimiento anticipado de una de las partes, la excepción de incumplimiento contractual y la especial regulación de la mora en las obligaciones recíprocas, sin llegar a quedar por completo anuladas, ven limitado su ámbito de aplicación, en cuanto el obligado al cumplimiento previo no puede oponer con éxito la excepción a la pretensión del reclamante, ni puede, con la sola ejecución de su prestación, constituir en mora al otro obligado o, por la pendencia de la aplazada, tener por compensada la mora en que eventualmente

hubiera llegado a incurrir.

Si las obligaciones bilaterales se han configurado como puras, esto es, sin sujeción a condición suspensiva o término inicial, devienen exigibles desde el instante mismo de su constitución (Cfr. arts. 1.113, 1.125 y 1.128 del Código Civil), sin más condicionamiento que el que deriva de la normal simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones recíprocas. Pero, como antes se ha indicado, esta regla queda derogada en los casos en que las particulares circunstancias del contrato, el pacto, los usos o la ley, imponen a una de las partes un cumplimiento anticipado como ha sucedido en autos ya que el Ayuntamiento puso a disposición de la Comunidad los derechos urbanísticos habiendo esta transmitido, a su vez, los mismos a un tercero por lo que el Ayuntamiento cumplió con su obligación.

A los efectos del litigio conviene recordar que cuando la imposibilidad de cumplimiento existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato), el efecto jurídico que procede es el de la nulidad contractual de conformidad con el art. 1272 del CC en relación con el art. 1261.2, relativo al objeto cierto que sea materia del contrato. Ahora bien, si se trata de imposibilidad sobrevenida -con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora- el precepto que se ha de aplicar es el art. 1.184 CC (resolución contractual). En tal sentido, podemos citar, entre otras, la doctrina civil contenida en las SSTs de 10 de abril 1956 , 30 de abril 2002 y 21 de abril de 2006.

Como señala STS de 21 de abril de 2006, para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (STS de 20 marzo de 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (SSTS de 2 enero de 1976 y 15 de diciembre de 1987), o le es imputable (STS de 7 abril de 1965,

7 de octubre de 1978, 17 de enero y 5 de mayo de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (SSTS de 15 febrero y 23 de marzo de 1994, 17 de marzo de 1997 y 14 de diciembre de 1998), o se podía conocer (STS 15 de febrero de 1994), o era previsible (SSTS de 7 de octubre de 1978, 15 de febrero de 1994, 4 de noviembre de 1999).

En el caso de autos se puede declarar dicha imposibilidad y la misma es admitida por las partes como hecho cierto lo que nos lleva a plantearnos las consecuencias de tal declaración.

La STS de 4 mayo 2011 nos dice que "La imposibilidad de cumplir la prestación debida, cuando no sea originaria, sino sobrevenida respecto del momento de perfección del contrato fuente de la obligación, además de absoluta, definitiva y no imputable al deudor, libera al mismo -artículos 1182 y 1184 del Código Civil (Digesto, 50.17.185: impossibilium nulla obligatio est)- y, en caso de que la relación de obligación sea sinalagmática, constituye causa de resolución de la misma, ya que determina una situación de incumplimiento -pese a no ser éste atribuible al obligado-.

Las circunstancias prevenidas en el artículo 1184 al concurrir, suponen un incumplimiento contractual, aunque no imputable a ninguna de las partes contratantes, no procediendo en consecuencia declarar la culpa de ninguna de ellas, en cuanto la imposibilidad sobrevenida fue con posterioridad a la suscripción del contrato, y cuyos efectos son los mismos que los propios derivados del incumplimiento (por ambas partes) esencial, ante circunstancias imprevisibles objetivamente y sobrevenidas.

Pero en estos casos, respetando, eso sí, las consecuencias derivadas de los contratos de tracto sucesivo, resultan aplicables los artículos 1124 en relación con artículos 1295 y 1303 del Código Civil, de tal modo que

resulta razonable que al Ayuntamiento se le devuelvan los derechos urbanísticos cedidos".

Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos resulta que, como ya se ha dicho, el convenio objeto de autos se tornó de imposible cumplimiento, de modo absoluto y definitivo, por circunstancias sobrevenidas posteriores a su perfeccionamiento y no imputables a ninguna de las partes, concretamente la aprobación del Plan de Ordenación Territorial de Andalucía -POTA- y del Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Sevilla -POTAUS-, que, como viene a reconocerse, inciden en las determinaciones de la aprobación inicial del PGOU de Umbrete, único trámite efectuado por el Ayuntamiento, pues sólo después de la reclamación efectuada por JIBASU fue cuando se aprobó provisionalmente dicho documento, tratando así de evitar, torpemente, que se aprecie la inactividad municipal, que es manifiesta y evidente, siendo, por lo demás, contradictorio con lo expuesto la acusación de que la entidad apelada no instó la modificación de las NNSS a la que se comprometió, cuando consta en el propio informe que las NNSS se modificaron y adaptaron a la LOUA, y, en cualquier caso, aunque ello no hubiera sido a iniciativa de la entidad JIBASU, no consta requerimiento del Ayuntamiento para que actuara en consecuencia.

Y, en cuanto al convenio de patrocinio, la coincidencia de fechas entre el segundo convenio y éste de patrocinio, 12 de febrero de 2007, se ha de afirmar la íntima conexión de ambos, así como la indeterminación de las actividades supuestamente patrocinadas, sin ir más lejos el concepto del ingreso fue "patrocinio actividades fiestas", por lo que incumbía al Ayuntamiento, como se indica en la sentencia, demostrar en qué se invirtió ese dinero, qué actividades concretas se desarrollaron y pagaron con el mismo, no bastando con la genérica alusión al Día de Andalucía o a la Fiesta de

la Inmaculada.

Procede, pues, la desestimación del recurso.

**Tercero.**- De conformidad con el art 139.2 de la LJ, procede imponer las costas a la parte apelante, si bien limitamos a ochocientos euros la suma total a repercutir en concepto de honorarios profesionales por la parte apelada.

Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado contra la sentencia a que se ha hecho mención en el primero de los Antecedentes de Hecho, sentencia que confirmamos en su integridad, con imposición de las costas a la parte apelante en los términos expresados.

A su tiempo, devuélvase las actuaciones al Juzgado con certificación de esta sentencia para su cumplimiento.

Quede el original de esta sentencia en el legajo correspondiente y únase testimonio íntegro a los autos de su razón.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.