

Roj: **STS 162/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:162**Id Cendoj: **28079130052016100025**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **26/01/2016**Nº de Recurso: **2716/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 2716 de 2013, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador Don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 14 de junio de 2013, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 565 de 2010, sostenido por la representación procesal de las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L. contra la Orden, de 25 de febrero de 2010, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, y contra la Orden de la misma Consejería, de 7 de mayo de 2010, por la que se dispuso la publicación de la normativa urbanística de dicha Revisión en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, solicitando en la demanda que se anulen y dejen sin efecto las disposiciones impugnadas, así como a que se proceda al reconocimiento en el planeamiento de los aprovechamientos urbanísticos de los que son titulares las entidades recurrentes o, subsidiariamente, se determine en ejecución de sentencia la indemnización respecto de valor de los mismos.

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, el **Ayuntamiento de Marbella**, representado por el Procurador Don Antonio Ortega Fuentes, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- El representante procesal de las entidades mercantiles ahora recurrentes, al formular la demanda en la instancia, solicitó expresamente que, con estimación del recurso contencioso-administrativo, la Sala:

«Anule dichos Acuerdos y declare que los mismos no son conforme a Derecho así como la anulación en cuanto a dichos extremos y se condene solidariamente a la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía y al **Ayuntamiento de Marbella** a que proceda al reconocimiento en el planeamiento de los aprovechamientos urbanísticos de los que son titulares las entidades recurrentes, (3.783 Unidades de Aprovechamiento que corresponden a 6.939 m2 techo una vez ponderados con los coeficientes que correspondían con el PGOU de 1986) estableciendo y fijando los excesos de aprovechamiento en los Sectores que correspondan para que se puedan materializar y patrimonializar los mismos, o subsidiariamente en ejecución de Sentencia se determine la indemnización de daños y perjuicios respecto del valor de los mismos si no hubiere forma de reconocimiento en el instrumento de planeamiento como excesos de aprovechamientos».

**SEGUNDO** .- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, dictó, con fecha 14 de junio de 2013, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 565 de 2010, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: PRIMERO.- Desestimar la causa de inadmisibilidad opuesta por las defensas de las Administraciones. SEGUNDO .- Desestimar el recurso



contencioso-administrativo promovido en nombre de AGP RENTALS, S.L., y de PROQUINTER, S.L..TERCERO- No hacer expresa declaración sobre el pago de las costas causadas en el presente recurso».

**TERCERO** .- Dicha sentencia se basa, entre otros, en los siguientes fundamentos jurídicos del quinto al noveno:

«QUINTO .- Las Administraciones oponen con carácter previo la inadmisibilidad del recurso por falta de acreditación de la voluntad social de recurrir.

»Con el escrito presentado el 31 enero 2012, la parte recurrente aporta certificado expedido por don Sunil Sukhwani Gangaram, como Administrador Solidario de AGP RENTALS S.L., donde dice:

»"Que con fecha 5 de Mayo de 2010, la Junta General de Socios, Órgano Supremo de la sociedad, acordó mediante Junta General Extraordinaria y Universal, por unanimidad de todos los socios, incluido el Administrador Solidario, interponer recurso contencioso-administrativo contra la "Resolución de 5 de Marzo de 2010, de la Dirección General de Urbanismo, por la que se da publicidad a la Orden dictada por el Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de 25 de Febrero de 2010, por la que se aprueba definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**. (BOJA nº 58, publicado el 24 de Marzo de 2010. La impugnación se concreta en cuanto a que no se recoge la previsión, materialización y/o compensación de los aprovechamientos originados del Acta de Ocupación de mutuo acuerdo de la finca registral 3.768 (16.493 m) y registral 16.227-A (15.525 m2) calificadas por el PGOU 1986 como Sistema General de Espacios Libres (AL-18), que se determinan en 1.856 Unidades de Aprovechamiento en el Sector URP-AN-9 y 1.927 Unidades de Aprovechamiento en el Sector URP-NG-13, los cuales desaparecen el nuevo PGOU de 2010. La impugnación se concreta en cuanto a que no se recoge la previsión, materialización y/o compensación de los aprovechamientos originados del Acta de Ocupación de mutuo acuerdo de la finca registral 3.768 (16.493 m2) y finca registral 16.227-A (15.525 m calificadas por el PGOU 1986 como Sistema General de Espacios Libres (AL-18), que se determinan en 1.856 Unidades de Aprovechamiento en el Sector URP-AN-9 y 1.927 Unidades de Aprovechamiento en el Sector URP-NG- 13, los cuales desaparecen en el nuevo PGOU de 2010, desestimándose las alegaciones ..".

»Por tanto, no concurre la causa de inadmisibilidad del recurso "ex" *art. 69.b)*, en relación con el *art. 45.2.d)*, ambos de la *Ley 29/98*, dado que el defecto ha sido subsanado.

»SEXTO .- No es hecho discutido que los aprovechamientos urbanísticos de los que son titulares las entidades recurrentes, fueron obtenidos con la firma de un convenio de fijación de precio en procedimiento expropiatorio en que los terrenos fueron ocupados por la Administración municipal en 1993, sin que los aprovechamientos fueran materializados.

»El TS estima los convenios expropiatorios como un acto administrativo específico que pone fin al expediente, de conformidad con el *art. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa* y, por ello, una vez producida la aceptación, no es posible la revocación o modificación unilateral, añadiendo que como tal negocio jurídico es un acto administrativo regido por la normativa específica y la Administración no puede desligarse del convenio ni revocarlo más que declarándolo lesivo para el interés público ( *SSTS de 22 marzo 1999 ( RJ 3158 )*, *30 abril 1999 (RJ 4632)*).

»Dada su naturaleza jurídica la *STS de 2 de marzo de 2004 (RJ 2404)* rechaza considerarlo de negocio jurídico bilateral de carácter privado, señalando que "por tratarse de la determinación del extremo referido al justo precio de la expropiación y no de un negocio jurídico de carácter civil que "ab initio" no deriva de la voluntad bilateral de las partes como en los contratos sucede, siendo de aplicación el *art. 24, de la Ley de Expropiación Forzosa*".

»Por tanto, a efectos expropiatorios, el convenio expropiatorio es un acto administrativo, en su génesis, concertado.

»SÉPTIMO .- Dado que la parte recurrente pretende que el convenio expropiatorio determine la voluntad del legislador municipal/autonómico en el ejercicio de su competencia compartida para formular el PGOU de **Marbella** de 2010 - *art. 31 Ley 7/2002* -, debe recordarse que ningún convenio tiene fuerza vinculante que determine de antemano cual ha de ser el interés general a plasmar en los planes urbanísticos.

»Específicamente sobre este tipo de convenios, y su incidencia en el planeamiento, el *Tribunal Supremo en Sentencia de 16 enero 2008 (RJ 901)*, en el FD 4 dice:

»"Hechas las anteriores precisiones y a la vista de alguna de ellas, conviene tener en cuenta para la resolución del primer motivo de recurso, que aun cuando algunos propietarios afectados por el proyecto de expropiación que nos ocupa, suscribieron convenios con el **Ayuntamiento** no ocurrió tal entre este y la propiedad de las fincas litigiosas, por lo que no procede hablar de ninguna vinculación contractual entre los mismos, ni cabe referirse a ninguna vulneración del principio de igualdad respecto a las indemnizaciones que en su caso, y



como diremos, podrían corresponder a quienes hubieran visto incumplidos los convenios por ellos suscritos. Pero además, es necesario tomar en consideración la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre los convenios urbanísticos, a los efectos que examinamos. Por todas citaremos la *Sentencia de esta Sala de 29 de febrero de 2000 (Rec. 5347/95)* donde decimos:

» "CUARTO.- En un segundo aspecto, dentro del motivo primero de casación, plantea la parte recurrente la cuestión relativa a la fuerza vinculante de los convenios urbanísticos. El presente proceso versa, como queda dicho, sobre la validez del Plan General para llevar a cabo las operaciones expropiatorias emprendidas por el Ayuntamiento sobre el terreno de los recurrentes. Para desestimar el motivo formulado será suficiente, sin necesidad de entrar en la posible existencia de consecuencias por el incumplimiento del convenio por la corporación afectada, con recordar la doctrina de esta Sala sobre la ineficacia de los convenios urbanísticos para dejar sin efecto el valor normativo de los planes de ordenación.

» Los convenios urbanísticos constituyen una manifestación de la participación de los administrados en el ejercicio de las potestades urbanísticas que corresponden a la Administración. El carácter jurídico-público de estas potestades no excluye, en una concepción avanzada de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, la intervención de aquéllos en aspectos de la actuación administrativa susceptibles de compromiso. La finalidad de los convenios es servir como instrumento de acción concertada para asegurar una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general.

» Las exigencias del interés público que justifican la potestad de planteamiento urbanístico, manifestada mediante la promulgación de los planes como normas reglamentarias de general y obligado acatamiento, impiden, sin embargo, que aquella potestad pueda considerarse limitada por los convenios que la Administración concierte con los administrados. La Administración no puede disponer de dicha potestad. La potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible. La falta de cumplimiento por el poder público comprometido de convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento sólo podrá tener consecuencias indemnizatorias o de otra índole sin concurren los requisitos para ello (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1997, que cita las de 23 de junio de 1994, 18 de marzo de 1992, 13 de febrero de 1992 y 21 de septiembre de 1991).

» La consecuencia obligada es que la ausencia de modificación del Plan, que la parte recurrida dice deberse a la oposición de la autoridad autonómica en el ejercicio de la competencia concurrente con la municipal, podrá tenerse en consideración, si hubiere lugar a ello, desde el punto de vista de las consecuencias que el posible incumplimiento del convenio pudiera tener, y que no son objeto del presente proceso. Dicho incumplimiento, sin embargo, de existir, no puede justificar que se dejen de ejecutar con el grado de eficacia y celeridad exigido por los intereses públicos las actuaciones urbanísticas previstas en el Plan General. Éste no ha sido derogado ni dejado sin efecto por las vías adecuadas para ello y únicas posibles para conseguir esa finalidad.

» La sentencia recurrida, al razonar que frente a las determinaciones del Plan General no es viable la pretensión de oponer lo acordado en un convenio urbanístico y que el Plan General goza de la naturaleza de norma y no es susceptible de disposición por acuerdo contractual o de voluntades ha respetado esta doctrina, por lo que no se advierte la existencia de la infracción del ordenamiento jurídico denunciada en el motivo cuyo examen queda así realizado".

»OCTAVO.- Por otra parte, en cuanto a la alegado reconocimiento por los técnicos de la justeza de la pretensión de la recurrente de incluir sus aprovechamientos en el PGOU de 2010, además de no estar probada la alegación, de estarlo, sería inane como determinante de la voluntad del legislador municipal-autonómico - art. 31 Ley 7/2002 -.

»Como ha sido reiterado en múltiples ocasiones, la complejidad técnica creciente de las ordenaciones urbanísticas hace inexcusable, la presencia de técnicos en la formulación de los Planes, pero no justifica una «tecnocracia» estricta, esto es, que sean dichos técnicos quienes hayan de decidir el régimen del espacio que las ordenaciones implican. Los estudios y proyectos de los técnicos son sometidos a los órganos municipales y/o autonómicos competentes legalmente en la materia, que son quien deciden si asumen o no, si modifican o no, las propuestas, y lo decidido, con legitimación democrática y legal es lo que se convierte en norma jurídica, una vez aprobado definitivamente, la tramitación anterior, ni siquiera los Avances o la aprobación Inicial vinculan a la resolución definitiva, ni genera un derecho consolidado que no pueda verse modificado a lo largo del procedimiento.

»En palabras de la STS, Sala 3ª Secc. 5ª de 8 de mayo 2013, recurso nº 5562/20098, FD 5º: "Que durante la tramitación de un instrumento de planeamiento se varíen las previsiones de ordenación inicialmente contempladas, en ningún caso constituye un expediente de vulneración de los principios de buena fe y



confianza legítima, sin que resulte aplicable la doctrina al respecto que arranca de las *Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk)*, que fue objeto de recepción por este Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, artículo 3.1.2). Ocurre que en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general y singularmente en los de elaboración de instrumentos de urbanismo, la adecuación y oportunidad de las distintas determinaciones -sobre todo de las discrecionales- pueden irse depurando a lo largo de los sucesivos trámites y fases, con las aportaciones en el trámite de información pública, los informes preceptivos de los órganos que han de emitir su parecer, la evaluación ambiental, etc., sin perder de vista que, cuando se trate de un Plan General, como aquí ocurre, el órgano que lo tramita y el que lo aprueba pertenecen a distintas Administraciones. Casi todos los trámites están ordenados a proporcionar a los órganos de aprobación los elementos necesarios para que la decisión a tomar en la disposición reglamentaria sea la más conveniente y adecuada para los intereses generales. En fin, a pesar de que el contenido de los instrumentos en elaboración puedan crear determinadas expectativas subjetivas, la pre regulación en ellos expresada naturalmente no es "definitiva" o "concluyente" y por tanto, el contenido de esos proyectos, si luego no resultan aprobados, no menoscaba los principios de buena fe y la confianza legítima..."

»NOVENO.- Sentado en el fundamento jurídico precedente la legalidad del PGOU y la consiguiente desestimación de la acción de nulidad ejercida por la recurrente frente al mismo, va de suyo la improsperabilidad de la acción de plena jurisdicción que se anuda de modo subsidiario a la primera, la indemnización de daños y perjuicios respecto del valor de los mismos si no hubiere forma de su reconocimiento en el instrumento de planeamiento como excesos de aprovechamientos.

»Acción de daños y perjuicios, que en si no se identifica si ejercida por incumplimiento del convenio o por responsabilidad patrimonial, que tampoco cabría atender de ejercerse autónomamente. Por una parte existe un obstáculo procesal. En este sentido la STS, *Contencioso sección 4 del 30 de Abril del 2013 (ROJ: STS 2016/2013)*, *Recurso: 2728/2010*, FD 1º:

»"C) El tercero, que denuncia la "indebida interpretación, y consecuente no aplicación del artículo 31.2" de la LJCA, porque reconoce, admitiendo por tanto el acierto de lo que apreció la sentencia recurrida, que la pretensión de indemnización deducida en la demanda como subsidiaria para el caso de que las resoluciones administrativas impugnadas en el proceso no fueran disconformes a Derecho, basada por ello, no en la anulación de éstas, sino en la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos legislativos, no se formuló antes ante ésta, de suerte que sobre esa hipotética responsabilidad no ha recaído, ni de modo expreso ni por silencio, el acto previo del órgano competente que habría de ser enjuiciado si fuera desestimatorio de una pretensión como esa y si efectivamente se impugnara. Aquel artículo 31.2 no se refiere a las pretensiones de indemnización autónomas, como es esa (y que lo es aunque la parte crea que deja de serlo por haberla deducido como subsidiaria en su demanda), sino sólo a las accesorias de la de anulación del acto o disposición impugnada, dirigidas a reparar el perjuicio que un acto o disposición que se anula haya podido causar. Éstas sí pueden ser deducidas por vez primera en el proceso, como accesorias que son, sin necesidad de que antes se formularan ante la Administración. Aquéllas, cuya causa o razón jurídica es otra distinta a la de la disconformidad a Derecho del acto administrativo o disposición impugnada, sí han de serlo, precisamente para que sobre ellas se pronuncie la Administración a través del órgano que sea competente y mediante el procedimiento establecido a tal fin".

»Baste recordar que, en todo caso, el derecho a una indemnización no nace de la mera aprobación del planeamiento, sino que requiere la concurrencia de otros presupuestos, como dice la STS, *antes citada de 8 mayo 2013, rec. 5562/2009*, FD 6º, como es en el caso de reclamación con base en aprovechamientos la reiterada doctrina del TS, *reflejada, v. gr., en la sentencia de 27 de junio de 2006*, rec. casación 1470/2002, y las allí citadas, o la *sentencia de 2 de noviembre de 2011, rec. casación 3021/2009* (y las allí citadas) que insisten en la necesaria patrimonialización de los aprovechamientos urbanísticos para la entrada en juego del instituto de la responsabilidad patrimonial. Patrimonialización que al caso no existe.

»Si bien en algún caso ha sido reconocida esa posibilidad de indemnización- *sentencia del TS de 2 diciembre 2008, rec. 7221/2004* - fue como subraya la propia sentencia, por las especiales circunstancias concurrentes -donación de parcelas al Ayuntamiento, reconocimiento del aprovechamiento transmitido a cambio en un Plan anterior, sucesivas solicitudes e interposición de recurso de alzada, y el tiempo transcurrido-, distintas a las del caso presente, en que debe aplicarse la regla general, derivada de lo dicho y de la constante jurisprudencia sobre que es en la fase de gestión del planeamiento y no en la de ordenamiento donde deben ventilarse los problemas referentes a las indemnizaciones consecuencia del nuevo ordenamiento urbanístico, siendo improcedente su valoración con ocasión del cambio de planeamiento; estando, al caso, las circunstancias especiales en la situación general de la Corporación Municipal de **Marbella**, encuadrándose el PGOU de 2010 y el retraso en su elaboración en el conjunto de normas dictadas para dar respuesta a una



concreta situación social, en la que destaca la necesidad de dar un solución de la problemática derivada de las edificaciones amparadas en licencias urbanísticas ilegales otorgadas por las diferentes Corporaciones Municipales de **Marbella** desde el año 1991, que determinó que la disolución del **Ayuntamiento** acordada por Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, hecho excepcional y sin precedentes en la democracia, correspondiendo la administración ordinaria de sus asuntos, hasta tanto expire el mandato de la Corporación disuelta, a una Comisión Gestora designada por la Diputación Provincial de Málaga, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 183.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General* .

»Situación excepcional que, que recuerda en varios apartados la Memoria de Ordenación, como en la pag 72, "originó que, una vez en vigor la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, por Orden de la Consejera de Obras Públicas y Transportes, de 14 de marzo de 2006, se acordara el inicio del procedimiento regulado en el *apartado 4 del artículo 31 de dicha Ley* . En la tramitación del expediente recayó informe preceptivo del Parlamento de Andalucía en sesión de 13 y 14 de junio de 2006 (núm. 7- 06/ ILOU-000001), dictaminando favorablemente la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno. Mediante Acuerdo de 20 de junio de 2006 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía atribuyó a la Consejería de Obras Publicas y Transportes el ejercicio de la potestad de planeamiento correspondiente al **Ayuntamiento de Marbella** "como consecuencia del grave incumplimiento en el ejercicio de sus competencias urbanísticas, que implican una manifiesta afectación a la ordenación del territorio y urbanismo competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía"».

**CUARTO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de las entidades mercantiles demandantes presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante diligencia de ordenación de fecha 18 de julio de 2013, en la que se mandó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**QUINTO** .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, el **Ayuntamiento de Marbella**, representado por el Procurador Don Antonio Ortega Fuentes, y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, representada por la Letrada de la Junta de Andalucía, y, como recurrentes, las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L., representadas por el Procurador Don Marcos Juan Calleja García, quien, con fecha 4 de octubre de 2013, presentó escrito de interposición de recurso de casación.

**SEXTO** .-El recurso de casación sostenido por la representación procesal de las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L. se basa en un solo motivo de casación, esgrimido al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción , por haber vulnerado la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial relativa al *ius variandi* de la Administración urbanística, así como acerca del derecho a una indemnización, en sede de planeamiento, cuando se elimina el aprovechamiento, recogida en las sentencias de esta Sala que se citan y transcriben, con infracción también de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 6/1998 , que contempla el principio de equidistribución de beneficios y cargas, así como la conculcación de lo previsto en los artículos 9.3 de la Constitución , 31 y 65.3 de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998, ya que el Plan General de 1986 calificaba las fincas de las recurrentes como Sistema General de Espacios Libres y, como consecuencia de ello, se adjudicaron 1.949 Unidades de Aprovechamiento y otras 1.834 Unidades que tenían que materializarse, sin que el Plan del año 2010 pueda eliminar esos aprovechamientos, y así finalizó con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y que se dicte otra que estime el recurso contencioso-administrativo contra las Órdenes impugnadas aprobatorias de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, anulando éstas y declarando que procede condenar al **Ayuntamiento de Marbella** y a la Junta de Andalucía a que reconozcan en el Plan General los excesos de aprovechamiento (la reserva inscrita de 3.783 Unidades de aprovechamiento) a favor de las recurrentes en un sector o ámbito con exceso de aprovechamiento y, si ello no fuese posible, en la fase de ejecución de sentencia se condene solidariamente al **Ayuntamiento de Marbella** y a la Junta de Andalucía a indemnizar a las recurrentes por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la aprobación del Plan General de Ordenación Urbanística en tal extremo.

**SEPTIMO** .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Sala por venirle atribuido su conocimiento conforme a las normas de reparto, y, una vez recibidas, se convalidaron mediante diligencia de ordenación de fecha 29 de enero de 2014, en la que se mandó dar traslado a las representaciones procesales de las Administraciones comparecidas como recurridas para que, en el plazo de treinta días, formalizasen por escrito su oposición al referido recurso de casación, lo que llevaron a cabo el representante procesal del **Ayuntamiento de Marbella** con fecha 11 de abril de 2014 y la Letrada de la Junta de Andalucía con fecha 13 de marzo del mismo año.

**OCTAVO** .- La representante procesal del **Ayuntamiento de Marbella** se opone al recurso de casación porque procede su inadmisión al basarse en la conculcación de preceptos y jurisprudencia que no fueron invocados en



la instancia, conforme a la doctrina jurisprudencial que se cita, sin que, en cualquier caso, la Sala de instancia haya vulnerado los preceptos citados como infringidos, pues si las recurrentes consideran que se les ha causado un perjuicio, deberán presentar la correspondiente reclamación independiente, y así finalizó con la súplica de que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida con imposición de costas a las entidades mercantiles recurrentes.

**NOVENO** .- La representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se opone al recurso de casación porque la sentencia recurrida, como en la misma se expone, ha respetado la doctrina jurisprudencial relativa a la vinculación de los convenios urbanísticos, mientras que los preceptos citados como infringidos no fueron invocados en la instancia, y, en cuanto a la indemnización reclamada, no se pide como consecuencia de la nulidad de la disposición impugnada, razón por la que es exigible que tal reclamación se hubiese formulado antes en vía administrativa, aparte de que la jurisprudencia, en relación con el derecho a la indemnización, requiere que los aprovechamientos se hubiesen patrimonializado, lo que ahora no sucede, y, además, como se declara en la sentencia recurrida, la indemnización derivada de un defecto de aprovechamiento no es exigible en fase de ordenación sino en la de gestión del planeamiento, según lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial, responsabilidad derivada de un convenio en el que no participó la Administración autonómica, de modo que no puede derivarse responsabilidad para ella, y así terminó con la súplica de que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida.

**DECIMO** .- Formalizadas las oposiciones al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 24 de marzo de 2015, continuándose la deliberación, al existir otros asuntos de contenido conexo con el presente, hasta el día 27 de octubre de 2015, con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley, salvo el plazo para dictar sentencia debido a la atención a otros asuntos preferentes.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, quien, al disentir del criterio de la mayoría, formulará voto particular.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La representación procesal de las entidades mercantiles recurrentes, según hemos recogido en el antecedente sexto de esta sentencia, alega un solo motivo de casación frente a la sentencia recurrida, por haber conculcado la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial relativa a la potestad discrecional de la Administración para revisar el planeamiento urbanístico y la relativa a la indemnización derivada de la privación de los aprovechamientos, recogida en las Sentencias que se citan, además de lo establecido en los artículos 5 de la Ley 6/1998 en relación con el principio de equidistribución de beneficios y cargas, con infracción también de lo establecido en los artículos 31 y 65.3 de la Ley 29/98 y 9.3 de la Constitución .

Este único motivo de casación, enderezado a obtener la anulación de la sentencia recurrida y a que dictemos otra en la que declaremos que la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, aprobado por Orden de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de fecha 25 de febrero de 2010, es nula de pleno derecho así como a que reconozcamos determinados excesos de aprovechamiento en favor de las recurrentes o, en su defecto, el derecho a ser resarcidas por las Administraciones demandadas y ahora recurridas, carece de trascendencia al fin pretendido.

Esa Revisión del indicado Plan General ha sido declarada radicalmente nula, entre otras, en nuestras recientes Sentencias de fechas 27 y 28 de octubre de 2015 , pronunciadas en los recursos de casación 313 , 1346 y 2180 de 2014 , de modo que la sentencia impugnada con el presente recurso de casación ha de ser igualmente anulada en cuanto desestimó el recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de las entidades mercantiles, ahora recurrentes en casación, frente a la referida Orden, de 25 de febrero de 2010, aprobatoria de la indicada Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, y con tal alcance hemos de declarar haber lugar al recurso de casación deducido por dicha representación procesal de las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L. en los presentes autos, lo que nos impone, conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 d) de la Ley de esta Jurisdicción , el deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

**SEGUNDO** .- Debemos compartir el criterio de la Sala de instancia, por las razones que dicha Sala expresa en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, en cuanto a la alegada inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo sostenido por las entidades mercantiles demandantes, ya que no concurre tal causa de inadmisibilidad del recurso en aplicación de lo establecido en los artículos 45.2.d) y 69.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .



**TERCERO.** - Una vez declarada la nulidad de la Revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, no resulta procedente y carece de sentido venir ahora a pronunciarnos sobre el resto de las pretensiones esgrimidas en la demanda y en el recurso de casación, más allá de la estrictamente anulatoria, ya que el efecto típico y característico que la anulación de todo Plan comporta es que recobra su vigencia la ordenación urbanística preexistente (Plan General de Ordenación Urbana de **Marbella** de 1986), conforme a una jurisprudencia que tenemos reiteradamente establecida y cuya cita resulta innecesaria.

**CUARTO.** - La declaración de haber lugar al recurso de casación es determinante de que no formulemos expresa condena al pago de las costas procesales causadas con el mismo, según dispone el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional, sin que existan méritos para imponer a cualquiera de las partes las de la instancia, al no apreciarse en su actuación temeridad ni mala fe, según lo establecido concordadamente en los artículos 68.2, 95.3 y 139.1 de la misma Ley.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

## FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 14 de junio de 2013, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 565 de 2010, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, rechazando la causa de inadmisibilidad alegada y con estimación del recurso contencioso- administrativo sostenido por la representación procesal de las referidas entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L. contra la Orden, de 25 de febrero de 2010, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan de Ordenación Urbanística de **Marbella**, debemos declarar y declaramos que dicha Revisión es nula, nulidad que comprende la de la posterior Orden, de 7 de mayo de 2010, de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía, por la que se dispuso la publicación de la Normativa Urbanística así como la del propio Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, sin hacer expresa condena al pago de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo**

## Voto Particular

### VOTO PARTICULAR

**FECHA: 27/01/2016**

**VOTO PARTICULAR** que, al amparo de lo establecido en los artículos 206 y 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula a la sentencia pronunciada en el recurso de casación 2716 de 2013 el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesus Ernesto Peces Morate por disentir del criterio de la mayoría de la Sala en cuanto ésta ha considerado que no procede resolver acerca del resto de las pretensiones formuladas en la demanda y reiteradas en el escrito de interposición del recurso de casación, a pesar de que fueron tanto en la instancia como en casación objeto del debate:

**PRIMERO.**- La representación procesal de las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L., tanto en la instancia como en su recurso de casación, ha solicitado, según hemos recogido en los antecedentes primero y sexto de esta sentencia, que se « condene solidariamente a la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía y al **Ayuntamiento de Marbella** a que proceda al reconocimiento en el planeamiento de los aprovechamientos urbanísticos de los que son titulares las entidades recurrentes, (3.783 Unidades de Aprovechamiento que corresponden a 6.939 m2 techo una vez ponderados con los coeficientes que correspondían con el PGOU de 1986) estableciendo y fijando los excesos de aprovechamiento en los Sectores que correspondan para que se puedan materializar y patrimonializar los mismos, o subsidiariamente en ejecución de Sentencia se determine la indemnización de daños y perjuicios respecto del valor de los mismos si no hubiere forma de reconocimiento en el instrumento de planeamiento como excesos de aprovechamientos ».

En contra del parecer de mis colegas de Sala, entiendo que es necesario, para satisfacer plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los litigantes en la instancia y en casación, que nos pronunciemos



acerca de estas pretensiones, por lo que debemos examinar si, al haberse declarado radicalmente nulo el Plan General de Ordenación Urbanística de **Marbella**, aprobado por Orden de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía de fecha 25 de febrero de 2010, las demandantes, recurrentes en casación, tienen derecho al reconocimiento en un futuro Plan General del Municipio de los aprovechamientos urbanísticos reclamados o, en su defecto, a la correspondiente indemnización a cargo de ambas Administraciones demandadas.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la primera pretensión, comparto el criterio de la Sala de instancia, que acoge la doctrina jurisprudencial, según la cual ningún convenio tiene fuerza vinculante para determinar de antemano cuál ha de ser el interés general a plasmar en un planeamiento urbanístico.

Respecto de la segunda, tampoco es estimable la acción resarcitoria que se ejercita en la demanda, reiterada en casación, por no haber sido formulada en la previa vía administrativa, como aducen ambas Administraciones demandadas y ahora recurridas, y lo explicó el Tribunal *a quo* en el fundamento jurídico noveno, transcrito en el antecedente tercero de esta sentencia, sin perjuicio de que las referidas entidades recurrentes puedan ejercitar en vía administrativa los derechos de que se consideren asistidas.

De lo expuesto se deduce que la parte dispositiva de la sentencia debería ser del siguiente tenor literal:

Debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Don Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de las entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 14 de junio de 2013, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso contencioso-administrativo número 565 de 2010, la que, por consiguiente, anulamos, al mismo tiempo que, rechazando la causa de inadmisibilidad alegada y con estimación sólo parcial del recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de las referidas entidades mercantiles AGP Rentals S.L. y Proquinter S.L. contra la Orden, de 25 de febrero de 2010, de la Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, por la que se aprobó definitivamente la Revisión del Plan de Ordenación Urbanística de **Marbella**, debemos declarar y declaramos que dicha Revisión es nula, mientras que debemos desestimar y desestimamos la pretensión formulada, tanto en el escrito de demanda como en el de interposición de este recurso de casación, en orden a que se les reconozca un exceso de aprovechamiento o, subsidiariamente, una indemnización por la pérdida del mismo, sin hacer expresa condena al pago de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

**PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia juntamente con el voto particular, por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia certifico.