

SENTENCIA Nº 1463/2017
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN Nº 1876/2015

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
D. SANTIAGO MACHO MACHO
Dª BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO

En la Ciudad de Málaga a veinte de julio de dos mil diecisiete.

Visto por la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, el presente recurso de apelación nº 1876/2015 interpuesto contra la sentencia dictada el 17 de Abril de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Málaga en el que es parte apelante la entidad “**[REDACTED]**”, representado por el procurador D. Javier Duarte Diéguez, y parte apelada el Ayuntamiento de Mijas, asistido por el letrado D. **[REDACTED]**, ha pronunciado en nombre de S.M. el REY, la siguiente sentencia, en la que la ponencia correspondió al magistrado D. Fernando de la Torre Deza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de Abril de 2015 en el recurso contencioso-administrativo nº 17/2014, interpuesto por el procurador D. Javier Duarte Diéguez, en la representación indicada, se dictó sentencia en la que se desestimó el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mijas de 6 de Noviembre de 2013 relativo al convenio nº 114 suscrito entre la citada Corporación y la entidades “**[REDACTED]** S.L.”, **[REDACTED]** S.L.” y “**[REDACTED]** S.L.”.

SEGUNDO: Contra dicha sentencia, con fecha 13 de Mayo de 2015, la parte demandante interpuso recurso de apelación del que, una vez admitido a trámite se dio traslado a la parte apelada que se opuso al mismo por escrito presentado el 25 de Junio de 2015

TERCERO: Practicadas las anteriores actuaciones, por el Juzgado se remitieron a la Sala los autos, abriéndose el correspondiente rollo de apelación con el numero anteriormente consignado, personándose en él las partes apelantes y la parte apelada.

CUARTO: No habiéndose interesado la celebración de vista se procedió a señalar día para deliberación y fallo el 21 de Junio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se centra el objeto del recurso de apelación en determinar si la sentencia dictada en la instancia, en cuanto que, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Mijas de 6 de Noviembre de 2013 relativo al convenio nº 114 suscrito entre la citada Corporación y la entidades “**[REDACTED]**”, “**[REDACTED]** S.L.” y “**[REDACTED]**”, es ajustada o no a derecho, entendiéndose la parte apelante que no lo es y ello por las siguientes consideraciones, en primer lugar porque se ha infringido el principio de la equidistribución y del enriquecimiento injusto del art 35 de la ley 30/92 y del art 170.2.a de la LOUA, pues una vez que consta que la obra ha sido ejecutada a la vista ciencia y paciencia del Ayuntamiento, no puede oponerse que el Convenio del que traía causa no haya sido aprobado por la Corporación, máxime cuando las obras realizadas no precisaban de la licencia alguna al ser de las contempladas en el art 143 de la LOUA; en segundo lugar porque se ha incurrido en una defectuosa valoración de la prueba, concretamente la declaración del testigo Sr. **[REDACTED]**, en cuanto que éste no declaro no solo que durante las obras intervino el técnico municipal Sr. **[REDACTED]**, sino que además que si bien no hubo ordenes por escrito si hubo una documentación técnica informal solicitada por los técnicos municipales respecto a la modificación del trazado y que se aportó al Ayuntamiento; en tercer lugar porque se ha infringido lo dispuesto en el art 51 de La LOUA en cuanto que no se ha observado la simultaneidad necesaria entre las cargas y beneficios, pretendiéndose que la recurrente quede pendiente sine die de un reparto, cuando ya han transcurrido más de siete años; en cuarto lugar porque una vez que consta que se han concedido licencia de primera ocupación de las viviendas y que la obra ejecutada presta el servicio a las mismas, pues el colector construido pasa por y está al servicio de los sectores y unidades SUP, S-12 y UE,S-15, nada obsta a que deban de resarcirse por parte de los beneficiados por las obras por los gastos satisfechos en su construcción; en quinto lugar porque, con respecto a la aceptación y liquidación de la obra se ha incurrido en un error probatorio en cuanto que el coste de las tuberías no se han incluido en las certificaciones, al haberse aportado por el Ayuntamiento, y en sexto lugar porque, en todo caso, no procedería la condena al pago de las costas procesales en tanto en cuanto presentada la solicitud el día uno de Diciembre de 2008, no se contesta a la misma hasta el 6 de Noviembre de 2013, alegando motivos formales para no atenderla, cuál era la falta de ratificación del Convenio por parte del Ayuntamiento. A todo ello se opuso la parte apelada que, reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que en la sentencia constan, intereso la desestimación del recurso.

SEGUNDO: Entrando a conocer conjuntamente del primero y tercero de los motivos alegados por la parte apelante, aduciéndose en el primero que la sentencia recurrida infringe el principio de la equidistribución y del enriquecimiento injusto del art 35 de la ley 30/92 y del art 170.2.a de la LOUA, en la medida en que, una vez que consta que la obra ha sido ejecutada a la vista ciencia y paciencia del Ayuntamiento, no puede oponerse que el Convenio del que traía causa no haya sido aprobado por la Corporación, máxime cuando las obras realizadas no precisaban de la licencia alguna al ser de las contempladas en el art 143 de la LOUA, y en el tercero que se ha infringido lo dispuesto en el art 51 de La LOUA en cuanto que no se ha observado la simultaneidad necesaria entre las cargas y beneficios, pretendiéndose que la recurrente quede pendiente sine die de un reparto, cuando ya han transcurrido mas de siete años, ambos han de ser acogidos y ello porque, aun cuando es lo cierto que conforme se estableció en la estipulación particular sexta del convenio, suscrito el 14 de Marzo de 2003, la validez y eficacia del mismo quedaba supeditada a su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento, al constar por la prueba testifical practicada, en concreto las declaraciones de D. [REDACTED] y del técnico municipal Sr. [REDACTED], que las obras del colector de aguas residuales, fueron ejecutadas por la demandante "[REDACTED]", no puede aducirse, siete años después de la firma del convenio, y diez años a la fecha del recurso, para no acceder a la pretensión de la recurrente, de que se le satisfaga por las otras entidades favorecidas por las obras, el precio que les corresponde, el que el convenio no ha sido aprobado por el Pleno del Ayuntamiento pues actuando así, no solo se contraviene el principio de la buena fe reconocido en el art 3 de la ley 30/92, sino que además permitiría un enriquecimiento injusto para las demás partes intervinientes en el convenio, que verían incrementado su patrimonio a expensas de la entidad recurrente, siendo en consecuencia de aplicación al caso la doctrina sentada por el T. S en las sentencias de 8 de Febrero de 1983, 21 de Marzo de 1991 y en las que estableció, para cuando no se han cumplido las formalidades de un contrato, pero se han llevado a caso las obras pactadas, en la primera que "... si ese vínculo surgió sin haberse guardado por la Administración las formalidades propias de la contratación **administrativa** y la observancia del ritualismo debido, eso no puede acarrear como se pretende la ineficacia absoluta y carencia total de efectos; en primer lugar, por no haberse denunciado la presunta nulidad hasta mucho tiempo después de concluido, entregado o discutida la ejecutividad del proyecto y desistida su ejecución, por lo que nunca obró el arquitecto autor de aquél contra alguna decisión de la Administración en tal sentido, y en segundo lugar por oponerse a ello obstáculos jurídicos tan insalvables como los principios de buena fe en el cumplimiento de los contratos o el de **enriquecimiento injusto**"; en la segunda que "creándose por dicha relación el vínculo obligacional entre las partes contratantes, del que se derivan los respectivos y recíprocos derechos y obligaciones para las mismas -la entidad constructora a ejecutar la obra a la que se comprometió y la Administración a pagar su precio una vez ejecutada-, aunque faltase la formalización documental del contrato, ya que caso de no ser así, se produciría para la Administración un «enriquecimiento injusto» y en la entidad constructora un correlativo «empobrecimiento injusto», con su correspondiente desequilibrio económico derivado del incumplimiento de lo convenido por la Administración; de aquí que, encontrándose demostrado que por «D. [REDACTED] y [REDACTED] S.A.», se ejecutó, además de las obras relacionadas en el contrato inicial y formalmente documentado, otras que le fueron interesadas por la Administración y

aceptadas por aquella entidad, al mismo precio de las primeras... todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que la Administración pueda exigir a sus representantes que convinieron con la constructora la realización de dicha obra en forma verbal, conforme establece el art. 125 del Reglamento de Contratación del Estado”, y en la tercera que “ya hemos expresado que ha sido precisamente la doctrina jurisprudencial la que ha seguido el Tribunal *a quo* para considerar que el silencio de la Administración, en relación con la petición de resolución del **convenio** urbanístico, debe entenderse negativo, mientras que la potestad de planeamiento urbanístico no se encuentra limitada por los **convenios** urbanísticos, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que ello pueda desencadenar, cual en el caso enjuiciado sucede en evitación de un **enriquecimiento injusto o sin causa**.

TERCERO: Entrando a conocer conjuntamente de los motivos segundo y cuarto, pues ambos afectan a la realidad de las obras, denunciándose en el segundo una defectuosa valoración de la prueba en cuanto a determinar si las obras se ejecutaron siguiendo las ordenes de la Administración, y en el cuarto, que una vez que se ha concedido licencia de primera ocupación de las viviendas, así como que las obras ejecutadas prestan el servicio a las mismas, pues el colector construido pasa por y está al servicio de los sectores y unidades SUP, S-12 y UE.S-15, debe de resarcirse por parte de los beneficiados por las obras, los gastos satisfechos en su construcción, los mismos han de ser atendidos pues una vez que consta por la testifical antes mencionada, concretamente la declaración del testigo [REDACTED], en cuanto que éste declaró no solo que durante las obras intervino el técnico municipal [REDACTED], sino que además que si bien no hubo ordenes por escrito si hubo una documentación técnica informal solicitada por los técnicos municipales respecto a la modificación del trazado y que se aportó al Ayuntamiento, es decir que las obras fueron llevadas a cabo a la vista, ciencia y paciencia de la Administración, no puede argüirse para negar la pretensión de la parte hoy apelante, ni que el trazado original se cambió, pues sin desconocer la realidad de dicho cambio, fue autorizado por la Administración a la vista de la negativa de otros sectores a que por ellos transcurriesen las tuberías, ni que las obras no se han ejecutado completamente, pues una vez que consta que la Administración concedió la licencia de primera ocupación a las viviendas construidas, así como que se informó favorablemente a la misma, que presta servicio a los sectores SUP S-12, promovido por I [REDACTED], y UE-S-15, promovido por Vista Mijas 2 [REDACTED] L. y S-11 Buenavista del PGOU de Mijas, no puede sino estimarse los mencionados motivos, y en consecuencia condenar a las mencionadas al pago de las cantidades que se dirán, si bien el pago de los intereses comenzara a contar desde el día en que por la Administración se determine que cantidad en concreto debe soportar cada una de ellas.

CUARTO: En orden al quinto de los motivos relativo al pronunciamiento sobre la aceptación y liquidación de la obra y que la apelante entiende que se ha incurrido en un error probatorio en cuanto que el coste de las tuberías no se han incluido en las certificaciones, al haberse aportado por el Ayuntamiento, el mismo ha de ser estimado y ello porque, una vez que consta en la documental nº 1 aportada con la demanda, que la partida relativa a las tuberías TUBO TEJA DN-325 y DN 400, por haber sido aportadas

por la Administración, no se incluyeron en la certificación final de obra, no puede argüirse su conclusión para no reconocer la validez a la certificación, por lo que el motivo ha de ser acogido.

QUINTO: En cuanto al pago de las costas procesales causadas en la instancia, y sin entrar a conocer, por razones obvias, sobre el motivo alegado por la apelante, y aun cuando la estimación es parcial, pues no se estima la pretensión de condena al pago de los intereses en cuanto a su alcance temporal, lo cual pudiera entenderse que no es suficiente para no imponer las costas, cabe decir a mayores que no procede condenar a su pago a la parte demandada pues, sin que ello contradiga lo hasta ahora razonado, la oposición de la mencionada parte a la pretensión de la demandante, en orden a entender que la falta de aprobación del convenio impedía darle efectos, es motivo suficiente para entender que la cuestión presentaba dudas de derecho que como tal permiten que no se condene al pago de las costas. En cuanto a las causadas en la apelación, vista la prosperabilidad del recurso, procede no hacer especial pronunciamiento.

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

FALLAMOS

Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador D.Javier Duarte Diéguez, en nombre y representación indicados, contra la sentencia dictada el 17 de Abril de 2015, por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Málaga, en autos nº 17/2014, y en consecuencia, revocando la misma, estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto, anulando el Acuerdo del la Junta local del Ayuntamiento de Mijas de 6 de Noviembre de 2013, condenando a los sectores por los que transcurren las obras construidas, SUP-S 12 (██████) y UE.S-15 (██████) a que abonen a la demandante la parte del precio que les corresponde en la proporción establecida en el Convenio suscrito el 14 de Marzo de 2003, con intereses legales desde que se lleve a cabo la cuantificación de la cantidades a satisfacer por cada una de las demandadas, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de la costas procesales causadas en ambas instancias.

Librense dos testimonios de la presente sentencia, uno para unir al rollo de su razón y otro para remitirlo, junto con los autos originales, al Juzgado de instancia a fin de que proceda a su notificación y ejecución.

Notifíquese la sentencia a las partes, haciéndole saber que contra ella cabe interponer, si presentase interés casacional, recurso de casación ante el Supremo, que se preparara ante esta Sala en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma.

Así por esta nuestra sentencia juzgando en definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída en audiencia pública, al día siguiente a su fecha, por el magistrado ponente, de lo que doy fe.