



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Pleno del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, en su sesión de 28 de marzo de 2005, acuerda aprobar un convenio urbanístico con la mercantil --, S.L., al amparo de lo previsto en el artículo 158 de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia (hoy artículo 158 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, al que nos referiremos en lo sucesivo TRSLRM), sujeto a las siguientes estipulaciones:

"PRIMERA.- La propietaria cede gratuitamente al Ayuntamiento la propiedad en pleno dominio de 630 m2 de finca descrita, con destino a viales y zona verde, con la exclusión de 218 m2 bajo rasante, todo ello de conformidad con el plano de información que se adjunta.

SEGUNDA.- El Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m2 del subsuelo de la zona verde y viales adquiridos, según plano informativo, y a aprobar la licencia de obras que inste la propietaria con inclusión de la ocupación de dicho subsuelo, previo cumplimiento de las condiciones legales aplicables a la licencia a conceder.

TERCERA.- La propietaria queda obligada a la realización de cuantas operaciones registrales sean precisas en orden al cumplimiento y ejecución del presente convenio".

El 18 de octubre de 2005 fue formalizado el convenio urbanístico por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras y por el representante de la mercantil --, S.L. (folio 6 del expediente).

SEGUNDO.- Con fecha 20 de diciembre de 2005, x., en representación de la mercantil --, S.L., y x., en representación de la mercantil --, S.L., presentan escrito ante el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, exponiendo que esta última mercantil ha comprado a la anterior propietaria la finca núm. 9.496, inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Lorca (tomo 2.167, libro 93, folio 33), con los derechos y las obligaciones que conlleva el cumplimiento del convenio urbanístico precitado, en sustitución de la anterior mercantil propietaria, siempre y cuando la Corporación Municipal dé el visto bueno a la subrogación de la mercantil --, S.L. Dicha subrogación fue aceptada expresamente por acuerdo Plenario de 22 de diciembre de 2005.

TERCERO.- El 11 de julio de 2010 (más de 5 años después de la aprobación del convenio urbanístico referenciado), sin más antecedentes, el Secretario General del Ayuntamiento de Puerto Lumbreras emite un

informe que tiene por objeto fundamentar la anulación del convenio urbanístico objeto del presente procedimiento, al considerar que la estipulación SEGUNDA contiene una cláusula en virtud de la cual el Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m2 del subsuelo de la zona verde y viales adquiridos, sin que en ningún momento se haya tramitado expediente de desafectación de dicho subsuelo. Considera que el acuerdo Plenario de 28 de marzo de 2005, por el que se aprueba el convenio urbanístico, incurre en la causa de nulidad prevista para los actos administrativos en el artículo 62.1, e), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC): *"los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"*; también considera aplicable la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1,f) de la misma Ley: *"Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición"*, al reconocerse a favor de la mercantil un derecho a la propiedad privada de un bien demanial, no desafectado.

CUARTO.- Por acuerdo Plenario de 21 de julio de 2010, se procede a la iniciación del procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos del mismo órgano de 28 de marzo de 2005 y del posterior de 22 de diciembre del mismo año, aceptando la subrogación de la mercantil --, S.L., por las causas previstas en el artículo 62.1,e) y f) LPAC.

Otorgado un trámite de audiencia a las mercantiles interesadas (no consta el acuse de recibo) no se personan en el procedimiento, ni formulan alegaciones, según la certificación del Secretario General de la Corporación de 23 de agosto de 2010.

QUINTO.- Recabado el 2 de septiembre el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, se adopta el 16 siguiente el Acuerdo núm. 9/2010, en virtud del cual se requiere al Ayuntamiento para que complete el expediente con las siguientes actuaciones:

"1º) Por exigencias de la normativa reguladora del Consejo Jurídico que abajo se cita, falta la propuesta de resolución del órgano instructor que se eleva a consulta de este Órgano Consultivo, tras los trámites de audiencia otorgados.

En dicha propuesta habrá de especificarse motivadamente la causa que vicia de nulidad de pleno derecho el acuerdo Plenario de 28 de marzo de 2005, frente a la regla general de la anulabilidad (las causas de nulidad han de ser interpretadas restrictivamente), pues en el caso de un supuesto de invalidez relativa habría de acudir a la vía de impugnación prevista en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), siempre y cuando concurrieran los requisitos allí establecidos.

2º) No constan en el expediente las actuaciones posteriores a la suscripción del convenio urbanístico el 18 de octubre de 2005, que aclaren si se ha hecho efectiva la cesión al municipio de la zona verde y del viario de titularidad privada (630 m2), si se ha solicitado la licencia de obras por la mercantil subrogada para construir el edificio de viviendas y bajos comerciales con parking, etc., todo ello en atención al tiempo transcurrido desde la firma (...).

3º) Debe incorporarse al procedimiento un informe del técnico municipal que detalle, entre otros extremos, si el uso del aparcamiento del subsuelo y la reordenación de la zona se encuentra prevista en algún instrumento de planeamiento urbanístico, si para la cesión de la zona verde y el viario se requiere de un instrumento de gestión ulterior (el artículo 167 de la Ley del Suelo de la Región de Murcia está previsto para la regularización del viario) y, en suma, si en opinión del facultativo se requieren actuaciones urbanísticas posteriores para la ejecución del

citado convenio urbanístico.

4º) Por último, convendría tener en cuenta que el artículo 102.5 LPAC establece que el transcurso de los tres meses desde la iniciación producirá la caducidad del procedimiento, en el caso de que se haya iniciado de oficio, recomendando al Ayuntamiento consultante, para evitar la caducidad del procedimiento, que adopte, dentro del plazo de los tres meses desde la iniciación, la suspensión del mismo por el tiempo que medie entre la petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados".

SEXTO.- El 11 de octubre de 2010, el Secretario General de la Corporación remite un oficio al Consejo Jurídico en el que expone:

1. Que se ha procedido a suspender el procedimiento mediante Resolución de la Alcaldía de 27 de septiembre de 2010, por el tiempo que medie entre la solicitud de Dictamen y su recepción (no se acompaña la Resolución suspendiendo el procedimiento, ni su notificación a los interesados).
2. En cuanto a la propuesta de resolución, señala que ya existe la inicialmente formulada por la Alcaldía al Pleno municipal, y que posteriormente se otorgó un trámite de audiencia a los interesados, que no formularon alegaciones.
3. Respecto al resto de actuaciones se remite un informe del Arquitecto del Ayuntamiento de 5 de octubre de 2010.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de los acuerdos Plenarios de 28 de marzo y de 22 de diciembre de 2005, relativos a la aprobación de un convenio urbanístico y a la subrogación de la mercantil --, S.L. en los derechos y obligaciones del mismo, respectivamente, que afecta a unos terrenos sitos en el municipio de Puerto Lumbreras, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con los artículos 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), y 102.1 LPAC.

Respecto al oficio remitido por el Secretario General de la Corporación sobre las actuaciones complementarias solicitadas por este Consejo Jurídico, cabe recordar que sólo está facultado para formular la consulta el Alcalde u órgano municipal en quien delegue, sin que se acredite tal condición en el funcionario citado.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento seguido y la documentación remitida.

Se realizan las siguientes observaciones:

1. No se ha remitido a este Órgano Consultivo la Resolución de la Alcaldía de 27 de septiembre de 2010, citada en el oficio del Secretario General de la Corporación de 11 de octubre siguiente, en la que se acuerda la suspensión del procedimiento, sin que tampoco exista constancia de su notificación a los interesados para que este Órgano Consultivo pueda dar por acreditada la interrupción del plazo máximo para resolver dicho procedimiento (artículo

42.5,c LPAC). Por lo tanto, dado el tiempo transcurrido desde el acuerdo Plenario de iniciación (el 21 de julio de 2010), en función del cumplimiento de los requisitos formales anteriormente señalados, procedería o no declarar la caducidad del procedimiento por parte del Ayuntamiento.

2. Pese a que en nuestro Acuerdo 9/2010 se indicó la necesidad de completar las actuaciones con una propuesta de resolución del órgano que instruye, se ha considerado por parte municipal como tal la propuesta de la Alcaldía para la iniciación del procedimiento de revisión, puesto que posteriormente los interesados no han formulado alegaciones.

Sin embargo, no puede entenderse cumplido el citado requisito, a tenor de la normativa que seguidamente se expone:

1ª) La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho se encuentra regulada en el artículo 102 LPAC, si bien, en ausencia de un procedimiento específico (por ejemplo, no se prevé el trámite de audiencia a los interesados), habrá de acudirse a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos regulados en el Título VI de la misma Ley, en cuyo Capítulo III se regula la fase instructora. Destacados preceptos de esta fase son los relativos a que los actos de instrucción han de realizarse de oficio por el órgano que tramite el procedimiento (artículo 78 LPAC), los medios de prueba y la petición de informes (artículos 80 y 82 LPAC), así como la participación de los interesados (artículo 84 LPAC).

Pues bien, después de la fase instructora la propuesta, que ha de elevarse al órgano competente para resolución de cualquier procedimiento, es singularmente destacada por el artículo 84.1 LPAC: "*instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (...)*".

A título de ejemplo, en desarrollo de lo establecido en la citada Ley, el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial establece que concluido el trámite de audiencia (con independencia de que haya habido o no alegaciones), el órgano instructor propondrá que se recabe el Dictamen de este Órgano Consultivo, remitiendo al órgano competente para solicitarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 del mismo Reglamento.

2ª) El artículo 46.2,c)1ª del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, establece, entre los requisitos documentales para formular la consulta, la remisión de una copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto.

3ª) La propuesta de resolución culmina la fase instructora, hayan sido o no formuladas alegaciones por los interesados, recogiendo todo lo actuado en el procedimiento, con la consideración de aquellos informes técnicos que se hayan evacuado sobre la causa de nulidad de pleno derecho alegada; así, en el presente caso, el informe evacuado por el arquitecto municipal el 5 de octubre de 2010, a instancia de este Órgano Consultivo, no ha sido objeto de valoración por el órgano que instruye.

Por último, persiste en el presente expediente la falta de información urbanística sobre determinados datos (fecha del otorgamiento de la licencia, gestión pública o privada del Sistema General de Espacios Libres, etc.), como se destacó en nuestro Acuerdo 9/2010, lo que nos obliga a extraer conclusiones de modo alternativo o condicional, conforme a la posibilidad prevista en el artículo 61.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, ya citado.

TERCERA.- Sobre la naturaleza y la normativa aplicable a los convenios urbanísticos.

Los convenios urbanísticos han sido definidos por la doctrina jurisprudencial como instrumentos de acción concertada entre la Administración y los particulares que aseguran a los entes públicos una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés público (por todas, STS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 1997).

Tienen su fundamento en el principio de participación de los particulares en el urbanismo y en la capacidad negocial de la Administración, siendo un instrumento facilitador de la gestión urbanística, si bien, como ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, no constituye un sistema de ejecución del planeamiento, ni sustituye al sistema escogido, limitándose a llegar a un acuerdo entre las partes para facilitar la gestión, allanando los problemas que se presenten, teniendo por objeto la satisfacción del interés público (SSTS, Sala 3ª, de 30 de mayo y de 30 de octubre de 1997), sin que en ningún caso pueda versar sobre materias no susceptibles de transacción, de manera que las potestades públicas en materia urbanística son irrenunciables, sin que sea admisible su disposición por vía contractual.

Por su finalidad se distinguen convenios de planeamiento y de gestión (STS, Sala 3ª, de 9 de marzo de 2001). Los convenios en materia de planeamiento contienen las bases a las que ha de ajustarse el planeamiento futuro o sus modificaciones. Los convenios de gestión tienen como objeto las condiciones de ejecución del planeamiento, característica aplicable al convenio objeto del presente procedimiento, que tiene por finalidad la cesión al Ayuntamiento de Puerto Lumbreras de unos terrenos (630 m2) calificados en gran parte (412 m2) como Sistema General de Espacios Libres y el resto como Sistema General de Comunicaciones, según el instrumento de planeamiento vigente en aquel momento. A cambio, por el exceso de cesión de la mercantil titular de los terrenos, el Ayuntamiento se obliga a reconocer la propiedad privada de parte del subsuelo de la zona verde y de los viales adquiridos (218 m2) para su destino a un aparcamiento subterráneo.

Con carácter general, la figura jurídica del convenio urbanístico se sustenta en el artículo 88 LPAC (*"Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado"*) y para las Administraciones Locales en el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, que señala: *"Las entidades locales podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de dichas Entidades"*. En igual sentido el artículo 4 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, normativa entonces en vigor cuando se aprobó el presente convenio urbanístico.

Sin embargo, es en la legislación urbanística donde se regulan específicamente los convenios, concretamente en el artículo 158 TRLSRM en el que se dispone lo siguiente:

"1. Las Administraciones Públicas y las Entidades de Derecho Público de ellas dependientes, así como los consorcios y sociedades urbanísticas, podrán suscribir convenios entre sí o con particulares, con la finalidad de establecer condiciones detalladas para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la formulación o modificación de éste.

2. Los convenios urbanísticos no podrán limitar el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, ni dispensar del cumplimiento de los deberes urbanísticos exigidos en esta Ley. Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan lo establecido en esta Ley o en el planeamiento, sin perjuicio de que puedan incluir, entre sus objetivos, la revisión o modificación de éste.

3. La negociación, tramitación y celebración de los convenios urbanísticos se atenderán a los principios de transparencia y publicidad, conforme a las siguientes normas:

a) El Ayuntamiento publicará los convenios en el Boletín Oficial de la Región, en el plazo de un mes desde su celebración y los mantendrá en régimen de consulta pública.

b) Los convenios en los que establezcan condiciones para la formulación o modificación de los instrumentos de planeamiento se incorporarán a los correspondientes expedientes desde el mismo inicio del procedimiento.

c) Los convenios en los que se establezcan condiciones para el cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento correspondiente al Ayuntamiento, o de la participación de éste en los gastos de urbanización en el planeamiento de iniciativa particular, se atenderán a lo dispuesto en esta Ley en cuanto al destino y transmisión de los patrimonios públicos de suelo, e incluirán la valoración pertinente.

4. Los convenios urbanísticos tendrán, a todos los efectos, naturaleza y carácter jurídico-administrativo".

Por tanto, el TRLSRM sanciona con la nulidad de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan lo establecido en la legislación del suelo o en el planeamiento.

También se infiere del anterior precepto su naturaleza jurídico administrativa, a lo que cabría añadir el carácter contractual predicable de muchos de ellos (no cabría incluir entre ellos a los que contengan una mera declaración de intenciones), aunque los denominados "de planeamiento" han sido caracterizados por la jurisprudencia, entre ellas, la STS, Sala 3ª, de 3 de febrero de 2003, como un contrato-convención, en tanto no sólo contiene un juego de obligaciones recíprocas y entrecruzadas, sino también compromisos paralelos de la Administración y de la entidad mercantil que los concierta dirigidos a un fin coincidente y común.

Sobre la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos, la Sentencia de la Sala 3ª, de 21 de febrero de 2006, recogiendo otra anterior del mismo Tribunal y Sala, de 30 de octubre de 1997, ya citada, transcribe el siguiente párrafo: *"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 1.257 del Código Civil"*. También destaca dicho vínculo contractual la del mismo Tribunal y Sala de 29 de abril de 1989.

Atendiendo, por tanto, a dicha naturaleza contractual de la actividad convencional (engendran obligaciones bilaterales o recíprocas entre las partes y prestaciones de valor económico), su incumplimiento posibilita a las partes el ejercicio de la acción de resolución de contrato prevista en el artículo 1.124 del Código Civil. Así lo recogen las SSTs, Sala 3ª, de 29 de abril de 1989 y de 13 de marzo de 1991, que señala:

"La nítida naturaleza normativa de los planes de urbanismo no se aviene, o vincula o condiciona con pactos o acuerdos suscritos entre partes más o menos afectadas por el mismo y su órgano creador, de manera que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la Administración al formular un Plan con un pacto anterior con cualquier administrado no deja abierto a éste otro camino que el de la reclamación con base en el artículo 1.124 del Código Civil sobre las acciones resolutorias".

CUARTA.- Sobre la adecuación de las estipulaciones del convenio al ordenamiento urbanístico y el grado de cumplimiento por las partes.

De acuerdo con los límites derivados del precitado artículo 158 TRLSRM, los convenios urbanísticos no pueden contradecir la normativa urbanística, por tanto, no pueden conculcar los estándares en materia de planeamiento, ni dispensar del régimen de cesiones obligatorias, ni pueden excluir o limitar el ejercicio de competencias atribuidas a la Administración, ni alterar las reglas de tramitación de los instrumentos de planeamiento, ni otorgar reservas de dispensación de la ordenación urbanística, entre otros aspectos a tener en cuenta.

I. Sobre la adecuación de las estipulaciones al ordenamiento urbanístico.

Con carácter previo a determinar si concurren los vicios de nulidad de pleno derecho alegados en el convenio urbanístico de que se trata, este Órgano Consultivo va entrar a considerar la adecuación de sus estipulaciones al ordenamiento urbanístico, comenzando por su transcripción:

"PRIMERA.- La propietaria cede gratuitamente al Ayuntamiento la propiedad en pleno dominio de 630 m2 de la finca descrita, con destino a viales y zona verde, con la exclusión de 218 m2 bajo rasante, todo ello de conformidad con el plano de información que se adjunta".

SEGUNDA.- El Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m2 del subsuelo de la zona verde y viales adquiridos, según plano informativo, y a aprobar la licencia de obras que inste la propietaria con inclusión de la ocupación de dicho subsuelo, previo cumplimiento de las condiciones legales aplicables a la licencia a conceder."

En la estipulación Primera se contiene la cesión al municipio por parte de la mercantil propietaria de una finca de 630 m2 destinada a zonas verdes y viales públicos (Sistemas Generales de Espacios Libres y de Comunicaciones), con exclusión de 218 m2 bajo rasante, con la finalidad de posibilitar la obtención de licencia de obras para la construcción de un edificio de viviendas y bajos comerciales con aparcamiento subterráneo en el resto de la finca propiedad de la mercantil.

Según los datos contenidos en la parte expositiva del convenio, la finca en cuestión está clasificada en el planeamiento vigente como suelo urbano consolidado de uso residencial-comercial.

2. En cuando a los deberes de los propietarios.

Al tratarse de un suelo urbano consolidado, los propietarios no están obligados a la cesión de dotaciones públicas, ni de aprovechamiento urbanístico, estableciendo únicamente el artículo 68.1 TRLSRM que *"los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado deberán completar a su costa la urbanización necesaria para alcanzar la condición de solar y edificarlos de conformidad con las determinaciones y, en su caso, plazos establecidos en el planeamiento."*

Si bien, para alcanzar la condición de solar en este caso, a tenor del informe técnico de 10 de marzo de 2005, era preciso regularizar el viario, previendo el artículo 167.1 TRLSRM la cesión directa y gratuita de viales, además el compromiso de urbanizar como requisito previo a la obtención de la licencia para edificar.

Por lo tanto, la previsión de la cesión directa de los terrenos destinados a viales se encuentra recogida en el artículo 167.1 TRLSRM y desde esta vertiente el convenio se acomoda al citado Texto Refundido.

Sin embargo, en virtud del convenio, la mercantil propietaria no sólo queda obligada a la cesión directa del viario, sino también a la parte de sus terrenos afectados por el Sistema General de Espacios Libres (412 m2). En este punto se suscita una cuestión que no puede ser abordada plenamente por este Consejo Jurídico al carecer de información urbanística en el expediente. En concreto, no se especifica en los informes técnicos si en el planeamiento vigente en aquel momento (Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Puerto Lumbreras) se preveía la gestión pública para su obtención (en concreto, el sistema expropiatorio) o, por el contrario, se preveía su vinculación a los desarrollos de los suelos aptos para urbanizar (hoy urbanizables en la terminología del TRLSRM), en los que los propietarios afectados materializarían sus aprovechamientos. En definitiva, si el Sistema General de Espacios Libres se habría de obtener por el sistema expropiatorio, conforme al planeamiento entonces vigente, no existía ningún obstáculo para la cesión anticipada convenida. El informe de la arquitecta municipal de 10 de marzo de 2005 parece sugerir un sistema de gestión pública para la obtención del Sistema General de Espacios Libres, cuando expresa *"que el Ayuntamiento está interesado en adquirir la parcela destinada a Sistema General de Espacios Libres (...)".* De no ser así, no tendría sentido convenir la cesión de estos terrenos al municipio, a cambio de la compensación de los metros cuadrados del subsuelo, si posteriormente se podrían haber obtenido tales terrenos a través de un sistema de gestión privada.

En todo caso, si respecto al Sistema General referido se hubiera planteado su obtención mediante su adscripción a sectores urbanizables, generando aprovechamiento, como parece sugerir el informe del arquitecto de 5 de octubre de 2010, los titulares en aquel momento (sean los particulares o la Administración que recibe tales terrenos) tienen derecho ulteriormente a ser compensados en otros sectores.

En suma, de lo expuesto se desprende que la gestión para la obtención del Sistema General de Espacios Libres de que se trata conforme al planeamiento entonces en vigor (Normas Subsidiarias) no queda aclarada en el expediente, ni, por tanto, si la cesión anticipada del espacio libre se acomoda al ordenamiento urbanístico, en función de la gestión pública o privada expuesta. Lo anterior se complica aún más si se tiene en cuenta la observación contenida en el informe técnico de 10 de marzo de 2005, relativa a que la zona verde se encontraba ya urbanizada, ignorándose cómo pudo ocuparse tales terrenos con anterioridad y el sistema de ejecución utilizado al respecto.

Comoquiera que los terrenos a ceder suponían en conjunto el 57% de la finca, con un exceso de cesión del 37,80%, según la parte expositiva del convenio, se conviene como compensación a la mercantil propietaria la ocupación de 218 m² bajo rasante, que es la parte del subsuelo que no se cede por aquélla, según la estipulación Primera, y que el informe técnico de 10 de marzo de 2005 considera una compensación adecuada. Este es un aspecto que conviene destacar, si en definitiva se produjo un equilibrio entre las prestaciones de la mercantil y del Ayuntamiento, aspecto que nada cuestionan los informes técnicos municipales, ni tampoco el informe del Secretario General de la Corporación.

En tal sentido, el artículo 167.2 TRLSRM establece que cuando la cesión de viales suponga más de un 20% de la parcela, el propietario tendrá derecho a la delimitación de una unidad de actuación para la justa compensación de cargas o a su indemnización a cargo de la Administración actuante, si bien, en el presente caso, la cesión de viales no alcanzaría el 20% de la parcela, aunque sí se sobrepasa tal porcentaje en exceso si se suman el conjunto de terrenos que se destinan a viario y a espacios libres cedidos por la mercantil titular.

En suma, no se advierte una infracción de la normativa urbanística en cuanto a los deberes urbanísticos de cesión previstos para los propietarios de suelo urbano consolidado, habiéndose acreditado que la mercantil titular cedió al municipio la parte del viario de titularidad privada que permitía regularizar la parcela (218 m²); a lo anterior se añadió la cesión por parte de la mercantil de los terrenos de su propiedad afectados por el Sistema General de Espacios Libres (412m²), haciéndose efectiva con la aceptación de los terrenos por parte del Ayuntamiento y con la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, según refiere el técnico municipal. Respecto a la adecuación al ordenamiento urbanístico de esta última cesión, no exigida ni prevista en el artículo 167 TRLSRM, que sumada a la del viario justificó la compensación de parte del subsuelo por parte del Ayuntamiento, existe una carencia de información urbanística en cuanto al sistema de gestión del Sistema General de Espacios Libres, conforme a lo expresado con anterioridad, no pudiéndose determinar por este Órgano Consultivo si la cesión anticipada del espacio libre se acomodó a los sistemas de gestión urbanística previstos en el ordenamiento urbanístico. En todo caso, a este último aspecto no hacen referencia las causas de nulidad de pleno derecho alegadas por el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras.

3. Respecto a la titularidad privada de parte del subsuelo con destino a aparcamiento.

De la Primera estipulación del convenio urbanístico se desprende que la mercantil titular no cedió al municipio 218 m² bajo rasante, si bien se desconoce si tal reserva se materializó en la inscripción de las fincas resultantes en el Registro de la Propiedad, aspecto sobre el que nada se indica en el expediente; lo anterior se completaba con la Segunda estipulación, en el sentido que establecer que tal aprovechamiento privado del subsuelo debía ser reconocido por la Administración municipal.

Por lo tanto, no se dispone del dato de si en el Registro de la Propiedad se mantuvo la titularidad privada de los 218 m², segregando tal porción de la finca matriz, o, por el contrario, los terrenos cedidos aparecen inscritos, sin ningún tipo de reserva, a favor del Ayuntamiento.

Sobre la titularidad del subsuelo, ha de tenerse en cuenta:

a) Conforme al artículo 350 del Código Civil, el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, garantizándose al titular del suelo la facultad de goce de su dominio acorde con la naturaleza del bien.

b) No obstante, el artículo 8.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal (aprobado por RD. Leg. 2/2008, de 20 de junio, en lo sucesivo TRLS) establece que las facultades del derecho de propiedad alcanzan al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público. De ello se infiere

que todas las facultades que tiene el propietario del suelo se extienden al subsuelo, en los términos previstos en el planeamiento.

El citado Texto Refundido también posibilita la inscripción de una finca en el subsuelo en el Registro de la Propiedad. Así, el artículo 17.1,a) define el concepto de finca en el siguiente sentido: la unidad del suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o a varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, puede abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral, cuyo acceso al citado Registro -cuando de superficies superpuestas se trata destinadas a uso privado y al dominio público- se regula en el apartado 4 del mismo artículo.

c) Dentro de las facultades del derecho de propiedad que tiene el titular del suelo está la de crear un objeto de derecho independiente susceptible de enajenación, en este caso el subsuelo, posibilidad que ha sido reconocida jurisprudencialmente, salvo que los suelos sean edificables en su superficie, que no concurre en el caso concreto.

d) Los bienes de dominio público no pueden ser enajenados por las Administraciones (tienen tal condición las zonas verdes y los viales públicos), por lo que el subsuelo habrá de desafectarse si se pretende enajenar para que éste adquiera la condición de bien patrimonial, siempre y cuando sean terrenos inedificables en su superficie y la afección del subsuelo sea compatible con el uso del suelo. Dicha desafectación puede producirse por modificación del planeamiento o mediante el procedimiento previsto en el artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).

e) Por último, sobre la posibilidad de uso de aparcamiento en el subsuelo de las zonas verdes o del viario, la jurisprudencia ha admitido la compatibilidad de tales usos (incluso aun cuando no estén expresamente regulado en el planeamiento urbanístico), siempre y cuando no perjudiquen los usos de la superficie (por todas, STS, Sala 3ª, de 27 de febrero de 1997). Singularmente respecto a la construcción de aparcamientos en el subsuelo de las zonas verdes las SSTS, Sala 3ª, de 29 de marzo de 1990 y de 6 de octubre de 2003. Dicha doctrina ha sido también acogida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de enero de 2003, con cita a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1979, de 15 de julio de 1983 y de 18 de noviembre de 1998, a efectos de la no procedencia de la reversión de los terrenos destinados a un uso público, en el caso de un destino distinto del subsuelo.

No obstante, de acuerdo con la nueva normativa estatal del suelo (TRLRHL), se han de recoger en los planes urbanísticos los usos del subsuelo (profundidad máxima, número de plantas, accesos, tráfico, etc.) para destinarlo a usos diferentes de la superficie.

II Cumplimiento de las obligaciones derivadas del convenio urbanístico.

De los datos extraídos en el expediente, se desprende que tanto la mercantil suscribiente, como el Ayuntamiento de Puerto Lumbreras, cumplieron con sus obligaciones iniciales derivadas del convenio urbanístico en tanto:

1. Se hizo efectiva la cesión de 630 m2 al Ayuntamiento, según el arquitecto municipal (informe de 5 de octubre de 2010), inscribiéndose en el Registro de la Propiedad.
2. La mercantil --, S.L. solicitó licencia de obras para construir el edificio de viviendas y bajos comerciales con aparcamiento, licencia que fue concedida (no se especifica la fecha), y que posteriormente se declaró incurso en caducidad por haber transcurrido más de 6 meses sin haber iniciado las obras, según informa el arquitecto municipal.

A partir de este punto no existen más datos sobre lo acontecido (el convenio se aprobó hace más de 5 años), si bien, a petición de este Órgano Consultivo, el arquitecto municipal aclara que el uso de aparcamiento en el subsuelo no se ha recogido en el vigente Plan General Municipal de Ordenación, aprobado definitivamente con posterioridad al convenio urbanístico, desconociéndose las razones para ello, pues su aprobación hubiera implicado la modificación de la calificación jurídica del subsuelo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 RBEL.

QUINTA.- Sobre los vicios de nulidad de pleno derecho alegados.

El acuerdo Plenario de iniciación del procedimiento de revisión considera que el convenio urbanístico incurre en los motivos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62.1, e) y f) LPAC, especificando el informe del Secretario General de la Corporación que le sirve de fundamento, las siguientes razones para sustentar tales infracciones:

"En la medida en que se pretendía reconocer el legítimo derecho de la mercantil a la compensación, mediante el reconocimiento de la propiedad privada del subsuelo de la zona verde y de los viales adquiridos, debemos concluir que el mencionado acuerdo se debe subsumir en el supuesto previsto en el artículo 62.1,e) "los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido" de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico, por lo que procedería declarar la nulidad de dicho acuerdo basándonos en dicha causa, puesto que no se ha observado el concreto procedimiento previsto por la ley para estos supuestos, cual es la tramitación del correspondiente expediente de desafectación".

Por otro lado, también creemos, en lógica consecuencia del apartado anterior, que se podría invocar el supuesto previsto en el artículo 62.1,f) de la precitada norma "Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquiere facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición", ya que se reconoce a favor de la mercantil un derecho de propiedad privada de un bien demanial, no desafectado".

Antes de entrar a considerar los vicios alegados, conviene partir de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla general (artículo 103 LPAC) y la revisión de oficio un cauce de utilización excepcional, como ha recogido la doctrina de este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes.

Precisamente por la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de pleno derecho, este Órgano Consultivo considera que no procede la revisión de oficio del convenio de que se trata por los motivos invocados por el Acuerdo plenario de iniciación, en atención a las siguientes razones:

1ª) No cabe duda que para reconocer el Ayuntamiento la propiedad privada del subsuelo de los terrenos de dominio público (viario y zona verde) para su destino a aparcamientos se precisa la desafectación, conforme al procedimiento previsto en el artículo 8 RBEL, siempre y cuando no se hubiera segregado previamente e inscrito a nombre de la mercantil la porción (218 m2), cuya titularidad se reservaba en la Primera estipulación del convenio urbanístico.

2ª) Puesto que las cláusulas de los convenios han de interpretarse las unas por las otras (artículo 1.285 del Código Civil), atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (STS, Sala 3ª, de 21 de febrero de 2006), en la hipótesis de que finalmente no se reconociera la titularidad de la mercantil sobre la porción del subsuelo que se reservaba, la exigencia de la desafectación previa de los terrenos sería un requisito esencial para el otorgamiento de la licencia de obras (en la Segunda estipulación se hace referencia a la necesidad de cumplir previamente las condiciones legales aplicables a la licencia a conceder), respecto a la que sí podría ser aplicable los vicios de nulidad alegados, en el caso de que no se hubiera cumplido con dicha desafectación previa (parece ser que la licencia fue otorgada, aunque se declaró su caducidad por inactividad de la mercantil peticionaria), pero no respecto al convenio urbanístico, como pretende el Ayuntamiento, al que podría imputarse, a lo sumo, una infracción del ordenamiento jurídico merecedora de anulabilidad (artículo 103 LPAC), al no haber condicionado el otorgamiento de la licencia de obras a la previa desafectación de los terrenos, pero en cualquier caso se trataría de una actuación convalidable (artículo 67 LPAC) y, por lo tanto, no susceptible de ser declarada nula de pleno derecho.

De otra parte, tampoco cabría aplicar ahora el procedimiento para la declaración de lesividad de los actos anulables, al haber transcurrido más de 4 años desde que se formalizó el convenio urbanístico (artículo 103.2 LPAC).

3º) Si para ejecutar el convenio urbanístico era precisa la desafectación del subsuelo de los terrenos, no se acierta a comprender la razón por la que el Plan General Municipal de Ordenación de Puerto Lumbreras, cuya aprobación definitiva fue posterior a la celebración del convenio, no recogió entre sus determinaciones las previsiones para alterar dicha calificación de los bienes y viabilizar la posterior ejecución del convenio, según las actuaciones necesarias que expone el informe técnico de 5 de octubre de 2010, con la regulación de aparcamientos privados bajo el viario y zona verde, conforme a la nueva Ley del Suelo estatal (no aplicable al convenio urbanístico en el momento en que se suscribió).

4º) En todo caso, adviértase que tales actuaciones (desafectación y previsión en el planeamiento) podrían ser realizadas posteriormente al convenio urbanístico y antes del otorgamiento de la licencia de obras, en tanto derivadas de los compromisos suscritos y tendentes a su ejecución (no debe olvidarse que en la Segunda estipulación se recoge que el Ayuntamiento queda obligado a reconocer la propiedad privada de 218 m2 del subsuelo y a otorgar la licencia de obras). Pues bien, desde esta perspectiva (posibilidad de convalidar tales actuaciones conforme al artículo 67 LPAC para los supuestos de anulabilidad) tampoco cabe apreciar la nulidad de pleno derecho, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha admitido durante la legislación anterior el uso de aparcamiento aunque no estuviera previsto en el instrumento de planeamiento urbanístico, siempre y cuando no afectara al uso de la superficie. Otra conclusión se alcanzaría, como se ha indicado anteriormente, sobre la omisión de tal trámite de la desafectación si el objeto del presente expediente de revisión hubiera sido la licencia de obras otorgada (no se encuentra en vigor, pues fue declarada incurso en caducidad).

SEXTA.- Consideración final.

A la vista de las consideraciones realizadas, este Consejo Jurídico advierte que no concurren las causas alegadas por el Ayuntamiento para la declaración de nulidad de pleno derecho del convenio urbanístico, sin perjuicio de cualquier otra que pudiera afectarle y que no ha sido advertida ni considerada en el informe del Secretario General de la Corporación Municipal, ni en los informes técnicos evacuados en el expediente.

No obstante, transcurridos más de 5 años desde la aprobación del convenio urbanístico objeto del expediente de revisión, se suscitan otras consideraciones al órgano consultante:

1ª) Si persiste la pretensión de las partes de ejecutar el convenio urbanístico cabría realizar por el Ayuntamiento las actuaciones indicadas en el informe del técnico municipal de 5 de octubre de 2010, con carácter previo al otorgamiento de una nueva licencia de obras.

2ª) Si lo que se pretende, en realidad, es la resolución del convenio urbanístico, sea por mutuo acuerdo, por incumplimiento, por cambio en los criterios de ordenación del subsuelo o imposibilidad de su ejecución por circunstancias urbanísticas sobrevenidas, debería reconducirse como tal causa de resolución, teniendo en cuenta respecto a sus efectos lo prevenido en el artículo 1124 del Código Civil, con la matización de que carece de sentido la restitución del viario, puesto que su cesión es de carácter obligatorio, según el TRLSRM, para los propietarios de suelo urbano consolidado (artículo 167).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El procedimiento seguido adolece de ciertos defectos documentales en los términos expresados en la Consideración Segunda. En el supuesto de que no se hubiera notificado la suspensión acordada a los interesados, procedería la declaración de caducidad del procedimiento seguido, conforme a lo indicado en aquella Consideración.

SEGUNDA.- No obstante lo anterior, se dictamina desfavorablemente la revisión de oficio del convenio urbanístico por los motivos alegados, sin perjuicio de las observaciones realizadas en la Consideración final sobre la existencia de otras opciones.

No obstante, V.S. resolverá.

