

**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NUMERO 2 DE OVIEDO**

S E N T E N C I A n°

En Oviedo a treinta de junio de dos mil once.

La Ilma. Sra. D^a. Pilar Martínez Ceyanes, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Oviedo ha visto los presentes autos tramitados como **procedimiento ordinario n° 162/10** en el que son partes:

RECURRENTE: ASAMBLEA DE CIUDADANOS POR LA IZQUIERDA representada por la Procuradora D^a. FLORENTINA GONZALEZ RUBIN y asistida por el Letrado D. GERARDO DE LA IGLESIA GUERRA.

DEMANDADA: EL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO representado por el Procurador D. LUIS DE MIGUEL BUERES FERNANDEZ y asistido por el Letrado D. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO.

CODEMANDADA: COMAMSA S.A representada por la Procuradora D^a. ISABEL ALDECOA ALVAREZ y asistida por el Letrado D. JUAN FERREIRO GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 4 de junio de 2010, se presentó en el Juzgado Decano de Oviedo, recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 27 de abril de 2010, por el que se aprueba definitivamente el denominado “Convenio” sobre justiprecio de la expropiación de la finca “Villa Magdalena” y cuantas acciones fueren necesarias para el buen fin del mismo, facultándose al Alcalde ausente o Concejal delegado para la firma del mismo, a la vez que se ordena la incoación de los expedientes de desafectación, enajenación e inscripción registral de los bienes a que se refiere el repetido Convenio.

Segundo.- Reclamado el expediente administrativo se formalizó la demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, el recurrente terminó suplicando se dictara sentencia por la que estimando el recurso, se declare la nulidad de pleno derecho o anule la resolución recurrida, por ser contraria al Ordenamiento Jurídico, imponiendo a la parte demandada las costas del recurso.

Tercero.- Tanto la representación de la Administración demandada como la de la codemandada contestaron a la demanda en tiempo y forma y en ella expusieron los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación y terminaron suplicando se dictara sentencia por la que se desestimara la demanda con imposición de costas a la recurrente.

Cuarto.- Se fijó la cuantía de la presente litis como Indeterminada y practicada la prueba practicada y declarada pertinente y formuladas conclusiones por ambas partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Quinto.- En la tramitación del procedimiento se han cumplido las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El objeto del presente recurso contencioso- administrativo es la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 27 de abril de 2010, por el que se aprueba definitivamente el convenio sobre justiprecio de la expropiación de la finca “Villa Magdalena” así como cuantas acciones fueren necesarias para el buen fin del mismo, a la vez que se ordena la incoación de los expedientes de desafectación, enajenación e inscripción registral de los bienes a que se refiere el repetido Convenio.

Segundo.- Son antecedentes fácticos necesarios para la resolución de las cuestiones que se plantean en la litis, los siguientes:

1º/ Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Oviedo de 1 de octubre de 1996 se decidió la expropiación, por el procedimiento de urgente ocupación, de la parcela que el Plan General definía como Actuación Aislada Avenida de Galicia (AA3) referida a la finca conocida como “Villa Magdalena”. En esta inicial fase el Ayuntamiento valoró la finca en 517.723.096 ptas y la expropiada (“Asturiana de comunidades S.A. Asturcosa) en 2.132.292.098 ptas (folio 282).

2º/ Por Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación de 10 de septiembre de 1998 se fijó el justiprecio de la finca en 1.868.162.068 de ptas, más el 5% del premio de afección e intereses devengados desde la iniciación del expediente expropiatorio (folio 350). Recurrido dicho acuerdo en vía contencioso-administrativa, se desestimó el recurso por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (TSJA) de 25-6-2004 (folio 799 ss) y posteriormente por la dictada por el Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2007 (folio 816 ss).

3º/ Con fecha 7-3-2007 se presentó solicitud de retasación de la finca expropiada por la entidad mercantil COMAMSA como sucesora de los derechos de la inicial propietaria valorando los bienes expropiados en 62.899.486 €, incluido 5% afección. En la referida fecha no se había procedido a la consignación del justiprecio (folio 777) y examinada la solicitud para la retasación, fue desestimada por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 11-3-2008 (folio 851) en base a la falta de legitimación de la referida mercantil. No obstante se produjo el abono parcial del justiprecio a la referida mercantil en el mes de abril de 2008, que fue aceptado por ésta haciendo reserva expresa del derecho a la retasación (folio 890).

4º/ El Acuerdo denegando la legitimación fue recurrido en vía contencioso-administrativa recayendo sentencia en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Oviedo en fecha 31 de julio de 2009

que anuló la resolución administrativa reconociendo a COMAMSA el derecho de retasación (folios 932 ss).

5º/ Interpuesto recurso de apelación contra el citado pronunciamiento y elevados los autos a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA, ambas partes interesaron la suspensión del procedimiento, que se acordó por Auto de 11-2-2010 (folio 947).

6º/ Es en este estado de cosas cuando se firma el denominado “convenio entre Ayuntamiento de Oviedo y COMANSA sobre justiprecio de la expropiación de la finca Villa María Magdalena” adoptado por acuerdo del Pleno de 27 de abril de 2010 (folio 1183).

7º/ En cumplimiento de lo acordado en la estipulación primera de dicho convenio, el Ayuntamiento presentó ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA donde pendía el recurso de apelación, escrito de desistimiento que fue acordado por Auto de 18 de mayo de 2010 declarando la terminación y archivo del procedimiento (folio 1225)

Tercero.- Sobre la posibilidad de desistir del recurso de apelación presentado contra la sentencia que reconocía a COMANSA el derecho a la retasación.

Siguiendo un orden lógico en el examen de los motivos de impugnación invocados, entendemos que el referido a la desviación de poder ha de ser relegado a un segundo plano temporal, debiendo comenzarse, en primer lugar, por el que alude a la nulidad de esa primera estipulación de convenio que determinó el desistimiento del Ayuntamiento de Oviedo en el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 por la que se reconoció a la codemandada el derecho a la retasación. Alega el recurrente que tal postura procesal no cabe una vez dictada resolución señalando fecha para votación y fallo, así como que la misma carece de resolución administrativa que le de cobertura. Ambas alegaciones han de ser rechazadas ya que, por vía de principio, el órgano jurisdiccional competente para valorar la corrección y temporaneidad del desistimiento es la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Asturias donde tal pretensión se planteó; y la misma resultó aprobada por el Auto dictado en fecha 18-5-2010 lo que eximiría de cualquier otra consideración al respecto. Pero por otro lado y a mayor abundamiento porque tal postura procesal puede plantearse en cualquier momento “anterior a la sentencia” (art. 74.1 LRJCA), siendo a este concreto trámite y no al que determina el señalamiento para votación o fallo (art. 64.3) al que ha de estarse para verificar la presentación en plazo de la petición del desistimiento. Hay que recordar, por lo demás, que el desistimiento en

los recursos de apelación o de casación se produce de plano en razón a que, como dice el Auto del TS de 10 de mayo de 2007 (sec 2ª) “la tutela del interés público ya ha quedado plenamente garantizada por el fallo recaído en la instancia jurisdiccional previa” y por ello el art. 74.8 de la LRJCA obliga a declarar terminado el procedimiento una vez presentado el escrito de desistimiento. No obstante, en el Auto dictado el 18-5-2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA se hizo constar expresamente la concurrencia de los requisitos establecidos en los apartados 2 y 3 del tan referido artículo 74 de la Ley Jurisdiccional por lo que habrá de presumirse que el Ayuntamiento acreditó ante dicho órgano judicial la autorización para el desistimiento que se solicitaba. En todo caso, el mismo no puede tacharse de carente de cobertura cuando consta que vino precedido por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18-2-2010 en la que se aprobaba la negociación de “una posible solución pactada” que pusiera fin al referido proceso (folio 950) y, en definitiva, la fructificación de esa negociación mediante la propuesta de convenio aprobada por el Pleno municipal el 27 de abril de 2010 (folio 1173) y cuyo contenido (folios 1195 ss) reflejaba el compromiso por parte del Ayuntamiento a desistir del recurso de apelación y por ende la autorización para hacerlo.

Cuarto.- Sobre el contenido del convenio denominado “sobre justiprecio de la expropiación de la finca Villa María Magdalena”.

Entrando ahora en el examen de dicho convenio, consta de una parte expositiva destinada a condensar los antecedentes de la expropiación de dicha finca, el pago del justiprecio de la misma en abril de 2008, la solicitud a la retasación de la misma por parte de COMANSA y el reconocimiento de dicho derecho por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 pendiente, en ese momento, del recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA. Es en el apartado 4ª cuando se refleja la finalidad del convenio como mutuo acuerdo expropiatorio con pago del justiprecio en especie invocando, desde el punto de vista normativo, los arts. 24 de la Ley de Expropiación Forzosa y 27 de su Reglamento, así como el art. 30.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008. En dicho apartado se señala que “La obtención de un acuerdo responde a un evidente interés público, tomando en consideración la onerosa carga que representaría el abono en metálico del justiprecio” y aunque se prevé que “en caso de imposibilidad de la entrega de algún bien concreto de los que constituyen el pago en especie se podrá negociar la sustitución del mismo” o transformación en crédito líquido a favor de COMAMSA, se prevé expresamente que “las partes entienden sus contraprestaciones recíprocas como indisolubles” por lo que “en caso de anulación parcial

de las Estipulaciones del presente convenio se dejaría sin efecto íntegramente su contenido, con devolución mutua de las posibles prestaciones que se hayan ejecutado en virtud del mismo y, en este caso, el expediente expropiatorio se reconduciría a la tramitación normal de la fase de justiprecio prevista en la Ley de Expropiación Forzosa y demás leyes de aplicación, a fin de tasar la finca con efectos a la fecha de retasación de 7 de marzo de 2007” con la única excepción de ineficacia de la estipulación novena. El último expositivo se dedica a relejar que “el Ayuntamiento de Oviedo considera, igualmente, de interés público la creación de un gran aparcamiento en el centro de la ciudad...” declarando “claramente insuficiente la actual oferta de plazas en el aparcamiento de la Plaza de la Escandalera, cuya modernización y ampliación, prevista hace casi tres décadas, ya se trató de impulsar en el pasado”.

En la primera estipulación las partes dan por concluido el procedimiento expropiatorio de la finca, dejando sin efecto las actuaciones anteriores del expediente así como las eventuales consecuencias del recurso contencioso administrativo pendiente. Su conformidad a derecho ya ha sido ya examinada en anterior fundamento de derecho

En la estipulación segunda, sobre la que se centran la mayor parte de los motivos de anulación planteados en el recurso, se fija el precio del convenio y la modalidad de pago. El precio se desglosa en diversas partidas, a saber, el valor de retasación de la finca (29.533.462,41 € incluido el premio de afección) del que se deduce la cantidad ya abonada (11.782.963,54 €) y se incrementa con los intereses devengados a fecha 7 de abril de 2010 (3.142.470,01€), todo lo cual arroja el total de 20.892.968,88 €. Dicha cifra se incrementa por la denominada “prima de convenio” (1.633.796,62 €) que responde al 5% del valor del bien y que dice compensar la renuncia de COMANSA a la valoración de su hoja de aprecio retasacional y, finalmente, por los intereses (calculados al tipo legal medio del último quinquenio) de los cinco años siguientes a la firma del convenio como compensación a la falta de rendimiento económico de los bienes en especie comprendidos en el pago. El precio se fija así en la suma de 27.635.835,92 € y su precio se pacta de la forma que a continuación se expone:

1º/ Mediante entrega, previa desafectación, de la propiedad de los siguientes bienes ubicados bajo el viario que rodea al Campo San Francisco de Oviedo:

A/ El subsuelo situado bajo la Plaza de la Escandalera y parte de la calle Marqués de Santa Cruz, que COMANSA destinará a un aparcamiento

de tres plantas de sótano con una superficie total de aproximadamente 19.000 metros cuadrados (aparcamiento Escandalera) que se construirá en el modo descrito en el convenio. A este aparcamiento se le asigna un valor de 8.704.402,88 euros, comprometiéndose COMANSA –como “condición esencial de la enajenación” – a invertir 9 millones de euros para ajustar el mismo a la nueva ordenación del tráfico que apuntan las Estipulaciones del Convenio (segunda y novena, que prevén el soterramiento del tráfico rodado en un vial público bajo la calle Argüelles desde el que se dará acceso a este aparcamiento y al de Uría-Los Álamos). La ubicación de este aparcamiento compromete la del que en la actualidad explota en régimen de concesión “Aparcamientos de Asturias SA” en la propia Plaza de la Escandalera.

B/ El subsuelo del Paseo de los Álamos y de una parte de la calle Uría y la Plaza de la Escandalera para la construcción de un segundo aparcamiento de tres plantas de sótano y de unos de 18.000 metros cuadrados (aparcamiento Uría-Los Álamos) con las características que se describen en el Convenio, que posibilitan su conexión con el aparcamiento de La Escandalera. A este aparcamiento, al que –como se ha señalado- también se accederá mediante el vial soterrado antes referido, se le asigna un valor a efectos del Convenio de 6.241.455,51 euros.

C/ El subsuelo de la calle Conde de Toreno y parte de la Plaza del General Ordóñez que se destinará a la construcción de un tercer aparcamiento de dos plantas de sótano, vial público soterrado y unos 10.300 metros cuadrados (aparcamiento Toreno), al que se le dará acceso rodado a través de una rotonda que ordenará el tráfico sobre la Plaza de General Ordóñez y que se valora en 3.607.277,58 euros.

En estos tres supuestos se prevé que, junto a las cesiones de suelo y accesos a edificios sedes de instituciones públicas y privadas, el Ayuntamiento otorgará cuantas licencias se requieran para la construcción y puesta en marcha de toda la infraestructura.

2º/ Por la cantidad que resta hasta alcanzar el valor total del convenio (9.082.699,95 €), se prevé entregar a COMANSA una parcela de titularidad municipal situada en la zona de Los Prados y delimitadas por las calles Francisco Grande Covián, General Sabino Fernández Campo y Fernández Ladreda de Oviedo, que actualmente se destina a aparcamiento de superficie para dar servicio a un Centro Comercial, siempre que se le dote de una edificabilidad de 22.975 metros cuadrados de uso residencial libre y compatibles con el mismo, exceptuando el comercial, a cuyo efecto COMANSA se compromete, si

fuere necesario, a suscribir el correspondiente convenio urbanístico con el Ayuntamiento. Subsidiariamente, si en el plazo de dos años desde la firme del convenio, no es posible la obtención de ese terreno con la edificabilidad convenida o de otros bienes distintos en pago de la cantidad pendiente o de partes de la misma, se adjudicará a COMANSA la referida edificabilidad y tipología edificatoria en una zona equivalente de la ciudad o en metálico.

La tercera estipulación, última en la que nos vamos a detener por el momento, recoge el compromiso del Ayuntamiento de iniciar en el plazo de tres meses desde la firma del convenio los expedientes administrativos, urbanísticos y registrales necesarios para la efectiva desafectación, enajenación e inscripción como fincas independientes, a nombre de COMANSA, de los terrenos necesarios para ejecutar las obras de los tres aparcamientos.

Quinto.- Sobre la motivación del convenio y la desviación de poder.

Lo que caracteriza este vicio, causante de anulabilidad del acto según el artículo 63 de la LRJ y PAC, es el ejercicio de potestades administrativas “para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico” (artículo 70.2 LRJ y PAC). Es decir, no puede fundarse la existencia de esta causa de anulación exclusivamente en los defectos del procedimiento seguido, sino en el fin buscado, razón por la que el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 14 de marzo de 1.992 y 25 de septiembre de 1.995, viene exigiendo para su prosperabilidad:

- a) Un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto del interés público querido por el legislador.
- b) Acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta a la pretendida por la norma, teniendo en cuenta la presunción de que la Administración ejerce sus facultades conforme a derecho.

Como señala la STS 16-9-1997 “La necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas sentencias de esta Sala (entre otras las de 6 de marzo de 1.992, 25 de febrero de 1.993, 2 de abril y 27 de abril de 1.993) que insisten en que el vicio de desviación de poder consagrado a nivel constitucional en el

artículo 106.1 en relación con el artículo 103 de la Constitución y definido en el citado artículo 83 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine”.

No es posible apreciar la concurrencia del referido vicio en el caso que nos ocupa. La celebración de un convenio expropiatorio es algo perfectamente admisible, también en la fase de retasación en que se encuentra el procedimiento expropiatorio de “Villa Magdalena”, tal y como tendremos ocasión de exponer con posterioridad y tal y como, además, admite la propia parte recurrente en su escrito de conclusiones. Ni puede calificarse de causa ilícita el hecho de que se celebre por la falta de presupuesto municipal para afrontar el pago en metálico de la indemnización, ni tampoco cabe considerar que con su suscripción se pretenda ocultar la responsabilidad que el recurrente anuda a la falta de consignación del justiprecio que, en definitiva, motivó la retasación. De hecho, autores como Montañés Castillo (“Todo sobre expropiaciones urbanísticas con pago en especie” Ed. Aranzadi, pág 71) consideran que “la solución a las dificultades económicas que atraviesa la institución expropiatoria se encuentra probablemente en la permuta, en el cambio de terrenos por terrenos, en síntesis, en el pago en especie”. Por lo tanto, el reconocimiento en el propio convenio de “la onerosa carga que representaría el abono en metálico del justiprecio” no es un dato del que pueda colegirse que la finalidad del convenio fuera otra que la que se expone como perseguida, ni mucho menos que pretendiera la ocultación de responsabilidades de ningún orden; en definitiva, que se ejerciera con su celebración un acto de desviación de poder, máxime teniendo en cuenta que la responsabilidad a la que la recurrente alude en la demanda, es decir, la que achaca a la falta de consignación que derivó en la procedencia de la retasación no resulta modificada por la celebración del convenio pues, de tener que surgir, lo haría igualmente al afrontar el pago en metálico del justiprecio.

Sexto.- Sobre la naturaleza jurídica del convenio denominado “sobre justiprecio de la expropiación de la finca Villa María Magdalena”.

Habiendo sido reflejado, en lo esencial, el contenido del convenio, difieren las partes respecto a su naturaleza jurídica. Así, la parte recurrente alega que “bajo el disfraz del muto acuerdo en la retasación” se esconde un convenio que califica de “complejísimo negocio jurídico que tiene muy diversas derivaciones y que ha soslayado... normativa...

en materia de bienes, en materia urbanística, en materia de contratación pública, etc”. Considera que se trata en puridad de un convenio urbanístico que hace imprescindible la modificación puntual del planeamiento para permitir las construcciones pretendidas y que – siempre según la tesis de la actora- habría infringido los requisitos exigidos en los art. 210 y ss del TROTU. El Ayuntamiento de Oviedo simplifica su naturaleza al calificarlo como de mutuo acuerdo expropiatorio que supone la terminación convencional del expediente de justiprecio (1), mediante la transferencia de la propiedad de ciertos bienes y la cesión de aprovechamientos (2) algunos de los cuales hay que desafectar previamente por su naturaleza demanial (3); y que, adquirida la condición de bien patrimonial se adjudican directamente a COMANSA en permuta de los bienes expropiados (4). En este mismo sentido se plantea el escrito de contestación de la mercantil codemandada para la que, en este concreto extremo que comenzamos a analizar, la naturaleza estrictamente expropiatoria del convenio se colige de su cláusula cuarta en la que se prevé que si no resultara posible el cumplimiento de la obligación de entrega de alguno de los bienes, se transformará en una deuda pecuniaria por el valor del bien en cuestión, lo que, según dicha parte, demuestra la falta de carácter urbanístico del convenio en cuestión.

Delimitadas de esta forma las posiciones de las partes, hay que comenzar reconociendo el carácter complejo del convenio cuya legalidad se somete a revisión jurisdiccional, complejidad de la que la primera nota a extraer es precisamente la imposibilidad de otorgarle una naturaleza única, expropiatoria o urbanística, excluyente una de la otra. En efecto, en atención a las circunstancias en que se encuentran el Ayuntamiento de Oviedo y la mercantil COMANSA en el largo procedimiento expropiatorio de la finca “Villa Magdalena”, no cabe duda de que el convenio firmado tiene la naturaleza de mutuo acuerdo expropiatorio alcanzado en la fase de retasación y que supone la terminación convencional del expediente de justiprecio. En este punto no cabe sino reconocer la razón que asiste a las demandadas cuando defienden la posibilidad de alcanzar este tipo de acuerdo bilateral con el objeto de fijar la cuantía del justiprecio y facilitar la tramitación del procedimiento. La Ley de Expropiación Forzosa prevé esta facultad en su art. 24: “La Administración y el particular a quien se refiera la expropiación podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. En caso de que en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo, se seguirá el procedimiento que

se establece en los artículos siguientes, sin perjuicio de que en cualquier estado posterior de su tramitación puedan ambas partes llegar a dicho mutuo acuerdo.” En base al último párrafo de este artículo de la Ley y al art. 27.2 de su Reglamento, ha de reconocerse a las partes la posibilidad de alcanzar el mutuo acuerdo de fijación del justiprecio, en este caso por retasación puesto que la misma implica una nueva valoración de los bienes y derechos expropiados, producida por la concurrencia de los motivos expresados en el art. 58 LEF, que determina la pérdida de vigencia del justiprecio fijado originariamente y la vuelta al proceso de valoración establecido en el capítulo III del Título II de la LEF cuyo primer artículo es precisamente el que recoge la posibilidad del mutuo acuerdo. El acuerdo de voluntades para la fijación del justiprecio se contemplaba en el art. 37 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones: “En todas las expropiaciones, la Administración actuante podrá satisfacer el justiprecio, por acuerdo con el expropiado, mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente”; y la constitucionalidad de este precepto, cuestionada ante el TC por considerar que esta forma de pago en especie suponía la atribución de competencias típicamente urbanísticas (antec. 31), fue confirmada por dicho Tribunal en la sentencia 164/2001 de 11 de julio (Fto jco 37) señalando: “Para la correcta comprensión de esta norma hay que partir de la regulación expropiatoria general y de la específica regulación urbanística estatal anterior: El art. 48 LEF tan sólo contempla el pago del justo precio expropiatorio en dinero. Ahora bien, la doctrina jurídica admite, de forma pacífica, que también es posible el pago en especie cuando medie acuerdo expreso entre expropiante (o, en su caso, beneficiario) y el expropiado. En suma, el pago en dinero actúa como específica garantía del expropiado, y por tanto con su consentimiento es posible otra forma de pago. La misma idea expresaba el art. 113 de la Ley del Suelo de 1976 al permitir el pago del justiprecio mediante la permuta de parcelas siempre que medie acuerdo del expropiado. Fue precisamente esta exigencia de consentimiento la que vino a eliminar, al menos parcialmente, el art. 217 TRLS: cuando el pago del justiprecio se hiciera con terrenos de la misma área de reparto no era necesario el acuerdo del expropiado. Este precepto ha quedado derogado por el art. 37 LRSV, que vuelve al régimen general de pago en dinero, salvo consentimiento del expropiado.(...) El art. 37 LRSV reitera la misma garantía del expropiado que, con carácter general, establece el art. 48 LEF. Es por ello que, de acuerdo con el criterio sentado en la STC 61/1997, FJ 31, la regulación del art. 37 LRSV encuentra cobertura competencial en el art. 149.1.18 CE, sin que simultáneamente se estén vaciando las competencias urbanísticas autonómicas, como argumentan los Diputados recurrentes. Es claro que, entendido el art. 37 LRSV como

garantía del expropiado, la modalidad de pago en terrenos es sólo una de las posibles. En forma alguna opta el art. 37 LRSV por una forma de pago en especie típicamente urbanística (terrenos de valor equivalente) impidiendo otras (así, mediante aprovechamientos urbanísticos o derechos de superficie). Con consentimiento del expropiado el pago en especie podrá satisfacerse con cualquier objeto; sin consentimiento del expropiado sólo es posible el pago en dinero”. No obstante lo anterior, es indudable que para obviar todo conflicto con las competencias legislativas autonómicas, el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto legislativo 2/2008 de 20 de junio) se refiere a esta modalidad de pago del justiprecio por mutuo acuerdo con el genérico “pago en especie” suprimiendo la anterior referencia a la adjudicación de terrenos “de valor equivalente”.

Por lo tanto y en principio, ninguna tacha cabe oponer a la configuración del convenio como mutuo acuerdo expropiatorio cuya legalidad encontraría cobertura en las normas ya señaladas y en el principio de libertad de pactos que rige en el ámbito de la gestión patrimonial pública (art. 111 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas LPAP), eso sí, con las limitaciones a que dicho artículo se refiere, es decir, siempre que dichos pactos no sean contrarios al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración que son, ante todo, principios recogidos en el art. 103.1 de la Constitución.

Séptimo.- El hecho de que la causa del convenio sea la expropiación y su finalidad la determinación de la indemnización expropiatoria no impide que, por razón de su contenido y en particular por el objeto sobre el que recae el pago del justiprecio en relación con las condiciones pactadas para su adjudicación, el convenio en cuestión tenga, además, naturaleza urbanística. Esta naturaleza, reiteradamente rechazada por las demandadas, se aprecia con nitidez para esta juzgadora tanto en relación con la entrega de los bienes identificados en los apartados A/, B y C/, es decir, la entrega en propiedad (mediante desafectación) del subsuelo ubicado bajo la Plaza de la Escandalera, parte del Marqués de Santa Cruz (desde calle Marqués de la Vega de Anzo, según planos), Paseo de los Álamos, parte de la calle Uría, calle Conde de Toreno y parte de la Plaza del General Ordóñez para el específico fin previsto en los mismos, como también por la entrega de la parcela de propiedad municipal identificada en el apartado 2º de la estipulación segunda, parcela actualmente destinada a aparcamiento y a la que se le dotaría de una edificabilidad (“siempre que”, dice el convenio) de 22.975 metros cuadrados para uso residencial libre.

En este sentido hay que recordar que la difícil clasificación y esquematización de los convenios urbanísticos o, como dice la jurisprudencia (TSJ Asturias 29-12-2008) del “urbanismo concertado”, no ha impedido que por parte de la doctrina se haya establecido una bipartición entre los convenios de planeamiento y convenios de ejecución. Esta distinción ha sido recogida en la referida sentencia del TSJ de Asturias (S 29-12-2008 Fto 3º) y en otra anterior de 24-1-2007 confirmada en casación por el Tribunal Supremo (STS 28-2-2011, rec 1000/2007) destacándose en ésta:

“La doctrina de esta Sala sostiene, en efecto, que los convenios urbanísticos constituyen la manifestación de una actuación convencional frecuente en las Administraciones Públicas; que la misma puede tener por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor y que, aunque el convenio o acto convencional en cuestión se dirija a preparar y poner en marcha una alteración del planeamiento, constituye una realidad o un acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del Plan (Sentencias de 6 de febrero de 2007, 3 de febrero de 2003, 7 de octubre de 2002, 31 de enero de 2002, 9 de marzo de 2001, 24 de junio de 2000 ó 15 de marzo de 1997).”

Pues bien, a este tipo de convenio de planeamiento responde la previsión de recalificación de la parcela de titularidad municipal actualmente destinada a aparcamiento, que se prevé como pago de parte de la suma fijada en concepto de justiprecio, ya que tal entrega se condiciona a que “se le dote con una edificabilidad de 22.975 metros cuadrados para uso residencial libre y compatibles con el mismo, exceptuando el comercial”. El hecho de que la entrega de este concreto bien se someta a que la Administración ejerza en un sentido determinado su potestad de planeamiento convierte este apartado del convenio en convenio urbanístico de planeamiento, sin que –como pretenden las demandadas—sea dable eludir esta calificación por el dato de que en el propio acuerdo se prevea la eventualidad de la suscripción de un futuro convenio urbanístico “si fuera necesario”, como si éste que examinamos careciera de esta naturaleza. Que el Ayuntamiento no se obligue en el convenio a efectuar una determinada modificación del planeamiento y que en tal sentido se remita a un eventual convenio urbanístico futuro es una mera consecuencia de la indisponibilidad de la potestad de planeamiento (art. 211.1 y 4 del TROTUAS), es decir, de que ningún convenio “puede derogar, ni en beneficio de la Administración ni a favor de los particulares, las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede comprometer tampoco el ejercicio de las potestades regladas de las que la

Administración dispone” (SSTS 8-7-1989, 15-2-1994). Es por ello que su objetivo natural sea precisamente la que aquí se aprecia, esto es y como señala la STSJ Asturias 29-12-2008, la “preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor”. Incluso si la Administración no asumiese ninguna obligación de aprobar o modificar un plan urbanístico como consecuencia del convenio, dicha aprobación será la causa de las obligaciones asumidas por el particular o una condición a la que estaría supeditado su cumplimiento y por lo tanto no sería en ninguna caso irrelevante para la ejecución del convenio (Alejandro Huergo Lora “Los convenios urbanísticos” Civitas, pág 88).

La conclusión alcanzada respecto a la naturaleza de este apartado del convenio no se ve modificada por la posibilidad, prevista únicamente en relación a esta parcela en la estipulación segunda 2º, párrafo tercero, de que el pago del justiprecio pueda “alcanzarse sobre el inmueble descrito o sobre otro u otros bienes distintos en pago de la cantidad total o de partes de la misma” o (a elección de COMANSA) “mediante la entrega por parte del Ayuntamiento de aprovechamientos para alcanzar la cantidad total de 22.975 metros cuadrados de edificabilidad en zona equivalente de la ciudad o en metálico”, toda vez que la opción por el pago en metálico no es alternativa u optativa para ambas partes sino únicamente para el expropiado que, por lo tanto, puede lícitamente invocar como principal opción la entrega de los aprovechamientos fijados en el convenio. Ciertamente es que la estipulación cuarta regula el supuesto de ineffectividad de entrega de los terrenos “en las condiciones pactadas”, previendo en este caso la transformación de la obligación de entrega del bien en cuestión en deuda pecuniaria por el valor que se le asigna en el presente convenio. Pero se trata de una estipulación pactada para caso de que los bienes o alguno de ellos adolecieran de vicios ocultos (por expresa referencia al art. 1484 C.c) que hagan imposible el cumplimiento de la obligación. No modifican la previsión específica de la estipulación segunda 2º ni suponen en modo alguno la libre conversión para las partes del pago en especie por su equivalente económico, pues el objeto del convenio es claramente el primero, del que el Ayuntamiento de Oviedo no se puede apartar salvo (en el caso del solar ubicado en Los Prados) si el expropiado opta por otro equivalente o (en el caso de los restantes), salvo imposibilidad de llevarse a efecto la entrega. En tales condiciones no cabe argüir que se haya pactado únicamente la fijación de un justiprecio y los términos de su abono, sino que las condiciones en que se fija el pago en especie determinan el ejercicio de potestades urbanísticas por parte de la Administración municipal que lo suscribe

Octavo.- Si ello es así en relación a la parcela ubicada en Los Prados, lo mismo se cabe concluir en cuanto al suelo que se prevé desafectar para la construcción de los tres aparcamientos previstos en la cláusula segunda apartado 1º A/, B/ y C/. Para desarrollar esta conclusión hemos de comenzar por reconocer que el PGOU establece la compatibilidad de las zonas verdes y espacios libres, tanto de uso público como privado con el uso destinado a “garaje aparcamiento subterráneo” (art. 6.7.8 f/ del Plan General de Ordenación de Oviedo, BOPA 6-3-2000) y la jurisprudencia (STS 6-10-2003, rec 1221/1998) ha admitido la utilización del subsuelo para la construcción de aparcamientos subterráneos, sin necesidad de aprobar un plan especial cuando le autorizan las normas del Plan General, ni de modificar el Plan General cuando resulta compatible con la calificación urbanística de la superficie del suelo como jardín urbano. Estos argumentos son los utilizados por las demandadas para sostener la innecesidad de afrontar una modificación del Plan para la realización de esos tres aparcamientos, como también que esta misma compatibilidad aparece en el art. 165.b 2ª del Decreto 278/2007, de 4 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias (ROTU) en los siguientes términos:

“En suelo urbano consolidado, el Plan General de Ordenación establecerá la calificación urbanística de las parcelas, entendida como asignación pormenorizada y regulación detallada de usos, intensidad de usos o edificabilidad, y tipología edificatoria de manera que:

(...) b) En la definición de las características de la urbanización y edificación y, en su caso, rehabilitación se atiende a las siguientes reglas.

(...) 2ª Se prohíbe la compatibilidad en una misma parcela entre los usos de zona verde pública y espacio libre público con cualquier otro, a excepción del uso deportivo público al aire libre, de los usos no constructivos vinculados al ocio **y del aparcamiento bajo rasante en condiciones que, en las zonas verdes, permitan el uso que les es propio.**”

Ahora bien, sin entrar en el condicionante exigido por este precepto para permitir la compatibilidad entre zona verde y aparcamiento ni en las claras diferencias entre jardín (supuesto examinado en la STS 6-10-2003) y parque en cuanto a las especies botánicas susceptibles de desarrollarse en uno y otro, sí hemos de tener en cuenta que es finalidad del Ayuntamiento expresamente reconocida en el convenio (expositivo 6º) la de considerar: “de interés público la creación de un

gran aparcamiento en el centro de la ciudad, mejorando las condiciones de accesibilidad de los ciudadanos a las principales dotaciones comerciales, institucionales y culturales de una ciudad de servicios”, calificando expresamente de “insuficiente la actual oferta de plazas en el aparcamiento de la Plaza de La Escandalera”. Dicho espacio aparece calificado en el PGOU (vid plano obrante al folio 522 de los autos) como EL-SG (espacio libre de titularidad y uso público-Sistema General). Aún cuando tal calificación corresponda a la superficie y no al aparcamiento en sí, considera esta juzgadora, en línea con lo expresado por la parte recurrente en su escrito de conclusiones, que la finalidad y envergadura de la obra, calificada por el propio convenio de “gran aparcamiento”, con accesos a los edificios sedes de instituciones situadas en su entorno e incluso con previsión de un vial para canalizar el tráfico en su interior, en relación con el espacio al que afecta, justificaría la necesidad de la revisión del PGOU por concurrir el supuesto previsto en el artículo 1.1.7: “Si se demuestran insuficientes para las necesidades de la población los suelos adscritos a Sistema General de Equipamientos y Espacios Libres”.

Pero es que, en todo caso, es decir aunque no se estimara imprescindible proceder a una revisión del planeamiento para la materialización del convenio, ello sólo determina que el acuerdo alcanzado para la adjudicación de estos terrenos tuviera la naturaleza de convenio de ejecución y no de planeamiento, pero no le priva de su naturaleza urbanística. En efecto, en la medida en que el acuerdo no se limita a la adjudicación de un terreno sino que también desarrolla sobre el mismo potestades urbanísticas, anticipando y predeterminado el contenido de los sucesivos actos administrativos de esta naturaleza, el convenio tiene naturaleza urbanística. Esta naturaleza se reconoce cuando el Ayuntamiento se obliga a otorgar “cuantas licencias se requieran para la construcción y puesta en funcionamiento de la citada infraestructura” porque se trata de asumir contractualmente un obligación cuyo contenido es el típico de una potestad administrativa urbanística. También se aprecia esta misma naturaleza en la cláusula 3ª cuando “El Ayuntamiento expresamente se obliga a iniciar en el plazo de tres meses a contar desde la firma del presente los expedientes administrativos, urbanísticos y registrales necesarios” para la ejecución de lo pactado”.

En definitiva, la admisibilidad del pago en especie mediante la suscripción de un convenio expropiatorio no empece el que, verificada la modalidad del pago pactado, deba atribuirse al convenio en cuestión la naturaleza de convenio urbanístico cuando, tal y como aquí acaece, su

puntual cumplimiento requerirá bien la modificación del planeamiento o bien el desarrollo de facultades propias de la ejecución del mismo.

Noveno.- Lo anteriormente expuesto determina la necesaria vinculación del convenio suscrito a las prescripciones que para los convenios urbanísticos establecen los arts. 210 a 214 del TROTUAS y 529 a 534 de su Reglamento. En particular la obligación de someterse al trámite de información pública por el plazo de un mes antes de su suscripción (art. 213.1). El requisito de autorización previa por el Pleno que también exige el referido artículo podría estimarse cumplido por el acuerdo adoptado al efecto el 27 de abril de 2010 (folio 1183). Sin embargo, la omisión del trámite de información pública es un defecto que ha de dar lugar a la nulidad del convenio dada la trascendencia de la omisión y la imposibilidad de su subsanación una vez que el convenio ha sido suscrito sin previamente someterlo a la participación de los ciudadanos. Su importancia ha sido resaltada reiteradamente por la jurisprudencia (por todas SSTs 9-12-2008 y 11-5-2009), como derivada no solamente de la normativa urbanística autonómica aplicable sino también en otras normas de Derecho estatal como son el artículo 105 .a) de la Constitución y los arts. 11.1 y 4 e/ del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo en los que se consagra, respectivamente, el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos en general y en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas en particular.

Décimo.- La estimación del motivo del recurso ha de determinar la anulación del convenio recurrido por la omisión de trámites esenciales (art. 62 e/ LRJPAC) sin que, ante tal situación, sea necesario ni pertinente entrar a examinar las restantes alegaciones planteadas para conseguir el mismo efecto. Todo ello sin que se aprecien motivos para hacer expresa imposición de costas, como establece el artículo 139 de la LRJCA.

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

FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo formulado por la representación de ASAMBLEA DE CIUDADANOS POR LA IZQUIERDA.

contra la resolución del Ayuntamiento de Oviedo de fecha 27 de abril de 2010 por el que se aprueba definitivamente el denominado “Convenio” sobre justiprecio de la expropiación de la finca “Villa Magdalena”, resolución que se anula por no ser conforme a derecho.

No se hace especial imposición de costas procesales.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos para ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en el plazo de quince días desde su notificación.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.