



Audiencia de Cuentas de Canarias

DICTAMEN ELABORADO EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA POR EL AYUNTAMIENTO DE BUENAVISTA DEL NORTE SOBRE MODELO DE CONVENIO URBANÍSTICO PRESENTADO POR GESTUR S.A. PARA LA SUSTITUCIÓN DEL APROVENCHAMIENTO LUCRATIVO DE CESIÓN OBLIGATORIA POR SU EQUIVALENTE EN METÁLICO.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Primera: Sobre el instituto jurídico del aprovechamiento medio urbanístico. Su régimen general en el contexto de la normativa canaria:- La propiedad inmobiliaria es un bien escaso susceptible de uso alternativo; los Poderes Públicos no pueden incrementar la superficie territorial de España, y deben planificar y gestionar la utilización racional del suelo y de sus recursos naturales. Es ese marco resulta evidente que resulta inconcebible la configuración de la propiedad inmobiliaria como un derecho subjetivo absoluto o ilimitado en los términos dispuestos en el artículo 350 del Código Civil de 1889. La propiedad inmobiliaria está constitucionalmente llamada a cumplir una función social, tal y como reza el artículo 33 de la Constitución Española. En esa misma línea de principio, el artículo 128.1 de la Constitución dispone que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general, coincidiendo con lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley Fundamental de Bonn: *“La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común”*.

Así en el marco de la Constitución los derechos subjetivos de los ciudadanos no crean espacios de ilimitada soberanía en los que su titular pueda actuar con absoluta libertad y de forma arbitraria o caprichosa

En el derecho urbanístico se produce una separación entre la realidad material y tangible de una cosa inmueble como es el suelo, y el aprovechamiento urbanístico como derecho incorporal. El propietario del suelo que el planeamiento clasifica como urbanizable tiene la “legítima expectativa” de llegar a patrimonializar el aprovechamiento urbanístico; pero para llegar a adquirir ese derecho subjetivo al aprovechamiento tiene que seguir los pasos procesales que establece el ordenamiento jurídico y levantar las cargas que le impone la Ley, transformando los “deberes genéricos” de cesión en “obligaciones concretas” que permiten materializar los correlativos derechos subjetivos de la Administración actuante.

En la LS /1990 y el TRLS/1992 se establecía una doble disociación entre la propiedad del suelo y el aprovechamiento urbanístico, y entre la propiedad de la parcela y el derecho a edificar. Efectivamente, en esas normas legales el derecho a edificar no deriva de la titularidad del suelo sino del planeamiento urbanístico. La propiedad del suelo confiere un interés legítimo para promover la urbanización de los terrenos, pero no contiene el derecho a la edificación de construcciones con valor económico en el mercado inmobiliario. Es el plan el que crea y atribuye el derecho a la edificación de construcciones con valor económico en el mercado inmobiliario, y por lo tanto es aquél el que crea y atribuye el derecho a construir una cuota determinada de metros cuadrados de techo edificable. En este sentido, el



Audiencia de Cuentas de Canarias

aprovechamiento urbanístico es la cantidad de metros cuadrados de techo edificable para el uso predominante del sector que corresponden al propietario de unos terrenos. En la actualidad se ha abandonado esa rígida bifurcación entre la titularidad del suelo y la titularidad del aprovechamiento que regulaba el TRLS/1992 y la normativa estatal LRSV/1998 volvió a vincular el aprovechamiento urbanístico con la titularidad del suelo. Lo mismo sucede en la vigente legislación estatal: *“En el suelo urbanizado a los efectos de esta Ley que tenga atribuida edificabilidad, el deber de uso supone el de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable”* (artículo 9.1 Ley del Suelo 8/2007, de 28 de mayo).

La cesión del aprovechamiento medio tiene como objetivos, de manera general: a) facilitar la gestión urbanística y la consiguiente preparación de suelo, ofreciendo a los órganos gestores la posibilidad de disponer gratuitamente de todo el suelo correspondiente a las infraestructuras y al equipo urbano, por el mecanismo de la compensación en suelo edificable a los propietarios afectados; b) rescatar una parte de las plusvalías urbanísticas en forma de suelo edificable, que constituya además la base de los patrimonios municipales del suelo y facilite a su vez la financiación de las obras de infraestructura primaria y equipo urbano.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, los artículos 71.3.c) y 72.2.c), del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (TRLOTENC), establecen, respectivamente, en el régimen del suelo urbanizable programado y urbano no consolidado, el siguiente deber para los propietarios: *“Ceder obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento, en parcelas urbanizadas y en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías, la superficie del suelo precisa para la materialización del 10 por ciento del aprovechamiento del sector. Esta cesión podrá sustituirse por el abono en dinero al Ayuntamiento de una cantidad que, en ningún caso, será inferior al valor del mercado”*, *“Ceder obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento, en parcelas urbanizadas, y en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías, la superficie del suelo precisa para la materialización del 10 por ciento del aprovechamiento urbanístico del ámbito correspondiente (a partir del concepto especificado en el artículo 60 del TRLOTENC). En los supuestos previstos en este Texto Refundido, esta cesión podrá sustituirse por el abono en dinero al Ayuntamiento de una cantidad que, en ningún caso, será inferior al valor del mercado”*.

Segunda: Sobre los convenios urbanísticos. Convenios urbanísticos para la sustitución del aprovechamiento lucrativo de cesión obligatoria, su régimen jurídico en la normativa general de la Comunidad Autónoma de Canarias

A.-Concepto. Naturaleza jurídica: Los convenios urbanísticos han adquirido una gran importancia en los últimos tiempos, convirtiéndose en práctica habitual y fórmula para la gestión de funciones públicas. El urbanismo, tal y como señala Tolivar Alas (DERECHO URBANÍSTICO ESTATAL Y AUTONÓMICO) *“...ha proporcionado un marco ideal para impulsar la actividad convencional de la Administración con los particulares. En primer lugar, por la propia naturaleza de las actuaciones que implica, en segundo lugar, por las insuficiencias de la normativa, sobre todo en materia de ordenación y gestión, que llevan a espacios carentes de regulación en los que los acuerdos constituyen una vía válida para colmar las lagunas...”*. En el mismo sentido, Fuensanta Gómez Manresa (EL PARTICULAR



Audiencia de Cuentas de Canarias

EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA): “...*La tarea de gestión urbanística se lleva a cabo, pues, en el marco del correspondiente convenio, medio de colaboración entre la Administración y los particulares que llega a asentarse plenamente en la práctica convirtiéndose en un modo normal de hacer urbanismo, con el objetivo principal...de adaptar situaciones urbanísticas incorrectas a los nuevos postulados legales...Puede entonces, afirmarse que el convenio urbanístico se configura como un tercer género junto a las categorías tradicionales de contrato administrativo y privado de la Administración, introduciendo en el campo negocial el ejercicio de potestades administrativas y de competencias atribuidas ex lege...*”.

En última instancia, un amplio sector doctrinal, considerando los términos en los que se pronuncia la normativa autonómica y estatal, así como la jurisprudencia, ha acuñado dos conceptos genéricos de convenio: uno amplio y otro estricto. En un sentido amplio, se define como un acuerdo de voluntades entre Administraciones Públicas o entre éstas y sujetos públicos o privados que tiene por objeto la ejecución urbanística. En sentido restrictivo, y en su acepción más frecuente en la legislación y la doctrina, es un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular, a efectos de la asunción por éste –tenga o no la condición de propietario- de la gestión urbanística, de modo exclusivo o conjuntamente con aquélla.

De igual forma el convenio urbanístico ha sido definido por nuestra jurisprudencia como un “instrumento de acción concertada” entre la Administración y el particular, en la medida que asegura a los entes públicos una actuación urbanística eficaz, para la consecución de objetivos concretos en beneficio del interés general, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas por el planeamiento, eliminando puntos de fricción y los obstáculos que pueda ocasionar una determinada actuación urbanística. La mencionada participación del particular es posible dado que existen aspectos concretos susceptibles de acuerdo entre la Administración y aquél, sin perjuicio de la irrenunciabilidad de las competencias jurídico públicas que se ejercen por órganos que las tienen atribuidas como propias , y que han de actuarse siempre en aras del interés general y los principios de buena administración.

Esta naturaleza convencional de los convenios, entendida como proceso de negociación de soluciones, se encuentra referida en la STSJ del País Vasco, de 26 de mayo de 1999, que los define como “*acuerdos suscritos entre la Administración y los particulares afectados por la actuación urbanística que complementan las determinaciones legales y al poner de acuerdo a todas las partes afectadas, contribuyen a facilitar la gestión, eliminando “ab initio” los puntos de fricción y allanando los obstáculos que habitualmente suelen encontrarse*”. En el mismo sentido se manifiesta la STSJ de Castilla y León, de 3 de octubre de 2000.

No obstante, pueden encontrarse resoluciones judiciales en las que se ha declarado, además de su naturaleza jurídico-administrativa (de forma que las cuestiones relativas a su cumplimiento, interpretación, efectos y extinción serán competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo), el carácter contractual de los convenios urbanísticos, señalando que la finalidad de los mismos “*no puede ser distinta de la legalmente predeterminada para la actividad de planeamiento urbanístico*”, pues en caso contrario, “*si los objetivos perseguidos por los intervinientes van más allá de los objetivos que la Administración tiene encomendados, la causa se torna ilícita y, con ello, el convenio queda viciado*”. En la STS, de fecha 7 de noviembre de 1990, se alude a la aplicación supletoria, a aquéllos, de la



Audiencia de Cuentas de Canarias

legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, siempre que su contenido lo permita. En efecto, a través del instrumento convencional puede facilitarse la gestión urbanística pero, en ningún caso, puede articularse un nuevo sistema de gestión al margen de los legales ni implicar, en beneficio de la Administración o de particulares, una derogación de las normas de carácter imperativo, ni condicionar el ejercicio de una potestad pública de carácter indisponible. En este sentido, puede afirmarse que la jurisprudencia ha mantenido la actividad urbanística como una competencia propia de la Administración.

La distinción entre contrato y convención se encuentra, de manera especialmente clarificadora, en la STS de 24 de junio de 2000 al establecer que *“la distinción doctrinal entre contrato y convención resulta ilustrativa al respecto, participando el convenio urbanístico de la naturaleza de la segunda figura, en cuanto no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos (...) dirigidos a un fin coincidente y común (...). Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura que puede tener relieve para terceros, lo que favorece la tesis de la impugnabilidad del convenio”*. De otro lado, la STS de 28 de septiembre de 1998 reitera la doctrina de la Sala que admite tanto convenios de gestión urbanística, para la ejecución del planeamiento ya aprobado, como convenios de planeamiento, que *“constituyen una manifestación de una actuación convencional frecuente en las administraciones Públicas y tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor”*. Más aún, en la citada Resolución se reconoce expresamente que el ejercicio de la competencia jurídico pública del urbanismo *“no excluye la participación y colaboración de los administrados dado que existen aspectos concretos susceptibles de compromiso o acuerdo entre la Administración y los particulares”*.

Existen por otra parte Sentencias que distinguen a la hora de valorar la naturaleza jurídica entre los convenios de gestión urbanística y los de planeamiento, así en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 19 de septiembre de 2003, todo convenio incorporado a un determinado plan pasa a adquirir la naturaleza normativa de aquél. Por consiguiente, los convenios de planeamiento no tienen naturaleza contractual, en la medida en que dependerán de un procedimiento administrativo de aprobación. Resulta interesante la consideración de que el convenio o acto convencional, en tanto que dirigido a preparar una alteración del planeamiento, constituye una realidad o acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del mismo, no pudiendo de este modo ser considerado como acto de trámite a efectos de su posible impugnación. En efecto, la categoría de los actos de trámite es interpretada con carácter restrictivo, en aras a favorecer la tutela judicial efectiva, para posibilitar el enjuiciamiento de toda cuestión de fondo que suscite la actuación administrativa. En consecuencia, -según el planteamiento de esta Sentencia- el convenio de planeamiento concluido no constituiría ni un contrato, a diferencia del de gestión, ni un acto de trámite, sino simplemente el acto de terminación de un procedimiento preparatorio de la modificación de un plan, enjuiciable en el orden contencioso-administrativo; sin perjuicio de que, como se dispone en la STS de marzo de 1997 *“en el futuro sea asimismo enjuiciable la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que sea oponible en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior”*. Y ello es así, porque en el instrumento convencional se establecen compromisos que tratan de fijar el régimen de una situación futura que puede tener efectos respecto de terceros no intervinientes en el mismo.



Audiencia de Cuentas de Canarias

En la normativa autonómica canaria el artículo 236.1 del TRLOTENC, establece: *“La Administración de la Comunidad Autónoma, los Cabildos Insulares y los Municipios, así como sus organizaciones adscritas y dependientes y las demás organizaciones por ellos creadas conforme a este Texto Refundido, podrán suscribir, conjunta o separadamente, y siempre en el ámbito de sus respectivas esferas de competencias, convenios con personas públicas o privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos, construcciones o edificaciones correspondientes, para la preparación de toda clase de actos y resoluciones en procedimientos instruidos en el ámbito de aplicación de este Texto Refundido, incluso antes de la iniciación formal de éstos, así como también para la sustitución de aquéllas resoluciones...”*. Por último el legislador canario de forma expresa se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del convenio, al precisar en el artículo 239 del mencionado Texto Refundido: *“Los convenios regulados en este capítulo (de gestión urbanística y planeamiento) tendrán a todos los efectos carácter jurídico administrativo”*.

B. -Límites: La técnica convencional en materia de urbanismo, aunque positiva en cuanto que permite la participación de los particulares en la toma de decisiones y evita, en buena medida, la discrecionalidad que las normas entregan en esta materia a la Administración, reviste igualmente una serie de peligros que han sido advertidos por la doctrina y jurisprudencia. Por ello, no se puede entender que en el ámbito urbanístico cualquier contenido sea negociable entre la Administración y los particulares, cualquier solución es válida por el hecho de estar consensuada, porque ello podría llevar a ignorar el interés general que debe de estar presente en toda actuación urbanística como función pública. Ni la Ley de 1975, ni posteriormente la Ley de 1990 acertaron a definir unos márgenes, fuera de los cuales la negociación no podría tener lugar. Por otro lado, aunque los límites eran escasos muchas veces, tal y como señala la doctrina no fueron respetados, unas en beneficio de la Administración, que hacía valer en la negociación su poder unilateral, otras a favor de los intereses de los particulares, que utilizaban la negociación como clara vía especulativa, ignorando que los convenios urbanísticos no puede celebrarse de espaldas a la legalidad vigente, ni a las potestades administrativas, ni a los derechos fundamentales de los ciudadanos (como puede ser el derecho a la tutela judicial efectiva, conculcado en ocasiones, al pretender la renuncia de los particulares al ejercicio de acciones judiciales como contraprestación hacia la Administración).

Son varias las cuestiones que se pueden plantear respecto a los convenios. En primer lugar, hay que señalar que durante bastante tiempo los convenios urbanísticos se han producido sin que exista una norma habilitante para ello, cuestión que ha sido resuelta por las normas autonómicas que sí han reconocido de forma expresa la posibilidad de estos convenios, así como su régimen jurídico y sus límites, y, además, desde la promulgación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el artículo 88 habilita la existencia de los mismos, aunque se remita en cada caso a la disposición que los regule, en cuanto al régimen jurídico (pero no en cuanto a su existencia), recogiendo igualmente unos límites generales que deben ser respetados.

Los convenios urbanísticos no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, ni pueden versar sobre materias no susceptibles de transacción, lo que implica que no pueden incidir



Audiencia de Cuentas de Canarias

sobre potestades públicas indisponibles e irrenunciables por vía contractual, entre las que habría que incluir la potestad de planeamiento (STS 13 de febrero de 1992, 15 de abril de 1992, 15 de febrero de 1994, 28 de septiembre de 1998). En este sentido, las regulaciones autonómicas han sido contundentes en sus redacciones, así en el contexto autonómico canario el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, en el artículo 236, punto 5 establece: “...Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente en cualquier forma normas imperativas o reglamentarias, incluidas las del planeamiento de ordenación, en especial las reguladoras del régimen urbanístico objetivo del suelo y del subjetivo de los propietarios de éste....”. Además, en relación a los convenios de planeamiento se establece una importante limitación en el artículo 236.5, segundo párrafo, del Texto Refundido al indicar: “Las estipulaciones previstas en la letra b) del número 3 sólo tienen el efecto de vincular a las partes del convenio para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación o revisión del planeamiento o instrumento del que se trate sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación ambiental, territorial o urbanística. En ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración Pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento o de aprobación del pertinente instrumento”.

En segundo lugar, los convenios deben tener como objeto satisfacer el interés público que tiene encomendado la Administración, en este caso, en materia de urbanismo. Por ello, los convenios no pueden contener o alcanzar una solución que sea contraria al interés público, aunque ello suponga el fin de un conflicto, e igualmente los convenios tiene como límite la desviación del poder, no podrá firmar convenios que no busquen la satisfacción del interés público e igualmente no puede perseguir con los convenios urbanísticos fines distintos a los fijados por el ordenamiento urbanístico. Esta exigencia, como se expusiera en el párrafo precedente se recoge en el artículo 88 de la LRJPAC y también en la legislación de contratos que señala que los contratos, pactos y condiciones que concierte la Administración, no pueden ser contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, debiendo de ser cumplidos a tenor de los mismos (art 4 LCAP).

En tercer lugar, los convenios urbanísticos se deben ajustar a los principios de publicidad y transparencia, que se materializa normalmente por la existencia de un Registro o Archivo de Convenios, que podrá ser consultado por cualquier ciudadano, pudiendo obtener copias de los mismos; así el artículo 236.2 del TRLOTENC indica que “La negociación, la celebración y el cumplimiento de los convenios a que se refiere el número anterior se registrarán por los principios de transparencia y publicidad...”, y el artículo 238 del mismo Texto Refundido expresa: “En las Consejerías competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, medio ambiente y conservación de la naturaleza y en todos los Cabildos Insulares y los Ayuntamientos existirá un registro y un archivo administrativo de convenios administrativos urbanísticos, en los que se anotarán éstos y se custodiará un ejemplar completo de su texto definitivo y, en su caso, de la documentación anexa al mismo. El ejemplar custodiado en los archivos a que se refiere el número anterior dará fe, a todos los efectos legales, del contenido de los convenios. Cualquier ciudadano tiene derecho a consultar los registros y los archivos a que se refiere este artículo, así como a obtener, ...certificaciones y copias de las anotaciones practicadas y de los documentos custodiados en los mismos”.



Audiencia de Cuentas de Canarias

En cuanto a las exigencias y límites procedimentales, los convenios urbanísticos una vez negociados y suscritos deben someterse a información pública, mediante anuncio publicado en el Boletín de la Comunidad Autónoma y en, al menos, uno de los diarios de mayor difusión. Cuando se trate de convenios de planeamiento, la información pública del convenio será coincidente con la existente en el procedimiento de aprobación del Plan que se trate de modificar. Por otro lado, el texto definitivo debe ser aprobado y ratificado por el Pleno del Ayuntamiento o por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma (en estos casos muchas veces previo informe de las Comisiones de Urbanismo); una vez aprobado el texto definitivo se notifica a los particulares interesados para que procedan a la firma del mismo y una vez firmado, se debe proceder al registro del mismo. En el ámbito concreto de la Comunidad Autónoma de Canarias, el artículo 237.1 y 3. del TRLOTENC preceptúa: “...*Una vez negociados y suscritos los convenios sustitutorios de resoluciones, deberán someterse, cuando el procedimiento en el que se inscriban no prevea el trámite de información pública, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad o en el de la Provincia, según proceda, y en al menos uno de los periódicos de mayor difusión en ésta, a información pública por un periodo mínimo de veinte días. En otro caso deberán de figurar entre la documentación sometida, en el procedimiento, a la información pública propia de éste... Tras la información pública, el órgano que hubiera negociado el convenio deberá, a la vista de las alegaciones, elaborar una propuesta de texto definitivo del convenio, de la que se dará vista a las personas que hubieran negociado y suscrito el texto inicial para su aceptación, reparos o, en su caso, renuncia. El texto definitivo de los convenios, salvo el de los previstos en la letra b) del número 3 del artículo anterior (convenios de planeamiento) y todos aquéllos para los que este Texto Refundido contenga una habilitación específica, deberán de ratificarse: a) Por el Consejo de Gobierno, previo informe en todo caso de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias, cuando hayan sido suscritos inicialmente por cualquiera de los órganos de la Comunidad, con excepción de la Agencia de Protección del medio Urbano y Natural. b) Por el Consejo Rector de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural, cuando hayan sido suscritos inicialmente por el director ejecutivo de ésta. c) Por el Pleno del Cabildo Insular y del Ayuntamiento, cuando se hayan suscrito inicialmente en nombre o representación del Cabildo y del Municipio respectivamente. d) Por el máximo órgano colegiado de la organización pública de que se trate, cuando hayan sido suscritos inicialmente en nombre de la misma. El convenio deberá firmarse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la aprobación del texto definitivo a la persona o personas interesadas, privadas o públicas. Transcurrido dicho plazo sin que tal firma haya tenido lugar, se entenderá que renuncian a aquél...*”. Sobre la perfección de los convenios, el artículo 237.4 del Texto Refundido establece: “*Los convenios se perfeccionan y obligan desde su firma, en su caso tras la aprobación de su texto definitivo en la forma dispuesta en el número anterior.*”.

C.-Tipología.- Aunque la tipología de los convenios es muy amplia, tradicionalmente se suele distinguir, entre típicos y atípicos si se atiende a su regulación, realizados entre distintas Administraciones o interadministrativos y entre aquéllas y los particulares si se toma en consideración el elemento subjetivo. Pero sin duda alguna la principal clasificación, tanto desde el punto de vista legislativo como jurisprudencial y doctrinal, es la que toma como referencia su objeto, y distingue entre a.-convenios de gestión urbanística, para la ejecución y gestión del planeamiento ya aprobado, b.- los convenios de planeamiento, que tienen por



Audiencia de Cuentas de Canarias

objeto la preparación de un planeamiento ya en vigor y c.- los convenios expropiatorios y en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

Los convenios de gestión urbanística han sido admitidos como instrumentos para resolver las cuestiones que surjan entre la Administración y los particulares a la hora de acometer la ejecución de un plan. Entre los aspectos de esa ejecución que pueden dar lugar a convenios podemos mencionar la realización del justo reparto de beneficios y cargas urbanísticas, el establecimiento de estipulaciones para concretar los deberes y plazos de ejecución, la previsión de la construcción de viviendas para realojar a residentes en el área de actuación, la posibilidad de transmisión a los propietarios de los excesos de aprovechamiento, la concreción del pago de las indemnizaciones y expropiaciones de terrenos... Estos convenios no suponen modificación o alteración del planeamiento, pudiendo detallar en el convenio el estatuto de ejecución, que podrá incluso apartarse de los sistemas de actuación regulados en la Ley. Cuando existan este tipo de convenios los terceros adquirentes de parcelas o inmuebles deberán subrogarse en los compromisos asumidos, dentro de estos convenios suelen incluirse aquéllos en los que se acuerde el cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento urbanístico no susceptible de apropiación mediante el pago de cantidad sustitutoria en metálico.

Los convenios urbanísticos de planeamiento, a diferencia de los anteriores, si implican posibles modificaciones del planeamiento en vigor, bien directamente, o bien por resultar necesarias para dar cumplimiento a los convenios de gestión, aunque algunas legislaciones admiten también convenios previos a la aprobación del planeamiento. Este tipo de convenios sólo producen el efecto de vincular a las partes para la iniciación y tramitación de los pertinentes procedimientos de modificación del planeamiento, sobre la base del acuerdo alcanzado y siempre que se considere oportuna y conveniente la nueva solución de ordenación alcanzada, sin que en ningún caso vinculen o condicionen el ejercicio por la Administración Pública de la potestad de planeamiento (ya se examinó en apartados precedentes cómo el legislador canario establece tal limitación a dichos convenios en el artículo 236.5, párrafo segundo del TRLOTENC). La jurisprudencia ha reiterado que *“cualquier intento de vincular el planeamiento a los convenios urbanísticos celebrados está destinado a fracasar, ya que los convenios se interpretan conforme al planeamiento, desde el punto de vista urbanístico es el planeamiento aprobado el que constituye la base, fundamento y cobertura de los pactos insertos en el convenio urbanístico”* (STS, de 10 de mayo de 1999). Los convenios de planeamiento son, por ello, convenios preparatorios de una modificación futura del planeamiento que, en cuanto tales, tienen una sustantividad propia incluso a efectos de su impugnación en vía contenciosa. Cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a los que un Ayuntamiento llegue con los administrados, la potestad de planeamiento que se ejerza con carácter posterior ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración, para lograr la mejor ordenación urbanística posible, sin perjuicio, de las consecuencias indemnizatorias que pueda desencadenar, en su caso, el apartamiento por parte de la Administración o de los administrados de los convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento (STS, de 28 de septiembre de 1998). Otra afirmación presente en los pronunciamientos jurisdiccionales es que los convenios urbanísticos en sí mismos carecen de fuerza obligatoria, pero en cuanto que se incorporan a un Plan y son aprobados adquieren la fuerza y eficacia de aquél (STS, de 15 de diciembre de 1993). Asimismo la jurisprudencia mayoritaria reconoce el derecho de los particulares (o en



Audiencia de Cuentas de Canarias

su caso de la Administración) en caso de incumplimiento de los convenios, a ser indemnizados, si no reciben las contraprestaciones estipuladas a través de convenio (STS de 5 de abril de 1991).

En tercer lugar podrá hacerse referencia a los convenios entre la Administración y los particulares en materia de expropiaciones urbanísticas y en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. La legislación urbanística prevé que las Administraciones puedan satisfacer el justiprecio, por acuerdo del expropiado, mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente.

En la normativa canaria, sin perjuicio de otros supuestos específicos de convenios, (por ejemplo tal es el previsto en el artículo 119 del Texto Refundido sobre ejecución empresarial), con carácter general y atendiendo a su objeto se distingue entre los convenios de gestión y planificación, en el artículo 239.3, que en concreto establece. *“Los convenios se diferenciarán, por su contenido o finalidad, según que su objeto: A) No afecte en absoluto a la ordenación ambiental, territorial y urbanística que esté en vigor, limitándose, cuando se refieran a la actividad de ejecución de la referida ordenación, a la determinación de los términos y las condiciones de la gestión y la ejecución del planeamiento y demás instrumentos existentes en el momento de su celebración. Del cumplimiento de estos convenios en ningún caso podrá derivarse o resultar modificación, alteración, excepción, o dispensa alguna de la ordenación de los recursos naturales, territorial o urbanística. B) Incluya o pueda tener como consecuencia o resultado posibles modificaciones del planeamiento de ordenación en vigor, bien directamente, bien por ser éstas precisas en todo caso para la viabilidad de lo estipulado. Estos convenios sólo podrán ser preparatorios de las resoluciones procedentes.”*

El legislador canario, en el artículo 236.4 del Texto Refundido, regula de forma particularizada los convenios del tipo examinado en el presente supuesto, aludiendo a su posible integración en las dos categorías mencionadas en el apartado precedente: *“Los convenios en los que se acuerden los términos del cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento urbanístico no susceptible de apropiación mediante el pago de cantidad sustitutoria en metálico, deberán incluir, como anexo, la valoración pertinente, practicada por los servicios administrativos que tengan atribuida tal función, con carácter general, en la correspondiente Administración. Aquellos que por su objeto, sean subsumibles en la letra b) del número anterior deberán, además, cuantificar todos los deberes legales de cesión y determinar la forma en que éstos serán cumplidos.”*

CONCLUSIONES

I.- Deberían explicitarse en el exponendo cuarto los preceptos generales que le resultarían de aplicación (artículos 236 al 239 del TRLOTENC), así como en la cláusula sexta el artículo 237. 1 y 3 del mismo Texto, de aplicación en cuanto a la tramitación, publicidad y transparencia de este tipo de Convenios.



Audiencia de Cuentas de Canarias

II.- En el mismo sentido de la conclusión anterior, en el modelo de convenio no existe una referencia expresa a la aplicación de los artículos 238 y 239 del TRLOTENC, a la vez que se observa una falta de remisión supletoria a la normativa administrativa, atendida su naturaleza, como se expuso detalladamente en la consideración segunda.

III.- En el texto del modelo, en particular en la cláusula segunda, debería concretarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236.4 del TRLOTENC, que la tasación o valoración pertinente será *“practicada por los servicios administrativos que tienen atribuida tal función, con carácter general”*, en ese Ayuntamiento.

IV.- No es posible la materialización de los aprovechamientos urbanísticos ni su conversión en metálico cuando su uso sea residencial, salvo el caso excepcional del previo acuerdo del Ayuntamiento Pleno declarando expresamente que están cubiertas las necesidades de vivienda protegida en su territorio competencial, y en consecuencia, el carácter innecesario de dicho destino (art. 76.2 del TRLOTENC, en su redacción dada por la Ley 1/2006, de 7 de febrero).”

Santa Cruz de Tenerife, a 15 de febrero de 2008.