ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 2
CIUDAD REAL

SENTENCIA: 00161/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Modelo: N11600
C/ERAS DEL CERRILLO, S/N 13071 CIUDAD REAL

Equipo/usuario: E01

N.I.G: 13034 45 3 2017 0000371
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000174 /2017 /
Sobre: ADMINISTRACION LOCAL
De D/Dª: ORETANIA XXI SL
Abogado:
Procurador D./Dª: ANA MARIA OSSORIO GONZALEZ
Contra D./Dª AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO
Abogado: LETRADO AYUNTAMIENTO
Procurador D./Dª

SENTENCIA Nº 161/2018.

En Ciudad Real, a 3 de septiembre de 2018.

La dicta D. BENJAMÍN SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Magistrado- Juez del juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de esta ciudad, habiendo conocido los autos de la clase y número indicado, seguidos entre:

I) La mercantil ORETANIA XXI S.L., debidamente representada por DÑA. ANA Mª OSSORIO y asistida por D. ALFONSO PARREÑO YOLDI como parte demandante.

II) EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO, representado y asistido por DÑA. CARMEN SANTOS ALTOZANO como parte demandada.

Ello se hace en consideración a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en fecha de 16 de Junio de 2017 se interpuso recurso contencioso administrativo por el representante de la parte demandante frente a la parte demandada, acompañando cuantos documentos exige el art. 45 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

SEGUNDO.- Es objeto del procedimiento contencioso administrativo *el Acuerdo del Excmo. Ayuntamiento de Puertollano de fecha 3 de Abril de 2.017, en el que se acuerda declarar la desestimación del recurso de reposición presentado contra el*

Firmado por: BENJAMIN SANCHEZ FERNANDEZ
10/08/2018 10:40
Minerva

Firmado por: GREGORIO PEREZ FERNANDEZ-MAYORALAS
10/08/2018 13:53
Minerva

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de fecha 30 de Noviembre de 2.016, por el que se rescindía la condición de Agente Urbanizador a Oretania XXI, S.L. en el PAU S-I.

TERCERO.- Que mediante decreto de fecha de 4 de Julio de 2017 y tras los oportunos requerimientos se admitió a trámite el recurso contencioso administrativo por el Letrado de la Administración de Justicia, acordando requerir el expediente administrativo a la administración demandada y ordenando que la misma practicara los emplazamientos a que hubiera lugar de conformidad a lo dispuesto en el art. 49 LJCA.

CUARTO.- Que en fecha de 13 de Septiembre de 2017 se recibió expediente administrativo, siendo presentada la demanda rectora del procedimiento en fecha de 28 de Noviembre de 2017. Admitida por decreto de fecha de 20 de Noviembre de 2017, siendo contestada por escrito de fecha de 16 de Enero de 2018.

En el suplico de la demanda se solicitaba que *tras los trámites legales oportunos, se dicte Sentencia favorable a esta parte, declarando: 1.- Rescindir la condición de agente urbanizador a ORETANIA XXI, S.L sin determinación incumplimiento culpable del Agente Urbanizador, habiendo ejecutado todas las obras incluidas en el PAU estando las mismas totalmente recepcionadas. 2.- Proceda a no incautar la garantía prestada por ORETANIA XXI, S.L, del PAU S-1 por importe de 29.738 €, procediendo a devolver la misma, al no haber efectuado el Agente Urbanizador incumplimiento alguno. 3.- Proceder la administración demandada a finalizar la obra urbanizadora conforme al proyecto de urbanización modificado aprobado, girando las correspondientes cuotas de urbanización de su coste a los propietarios del Sector S-1 conforme a sus coeficientes de participación. 4.- Subsidiariamente, para el supuesto que no sea estimada la anterior petición, que se proceda a suscribir documento entre la Administración demandada y la mercantil ORETANIA XXI, S.L, para que esta proceda a finalizar la obra de urbanización del margen izquierdo, autorizándole a repercutir su coste a los propietarios en liquidación de cuotas de urbanización, y posteriormente comprobado la terminación correcta de estas obras se proceda a devolver la garantía prestada por importe de 29.738 €. 5.-Se condene expresamente en costas a la Administración demanda, por imperativo de la Ley.*

QUINTO.- Que las partes sólo propusieron la prueba documental obrante en los autos, aportada por ellas y obrante en el expediente administrativo, con lo que se dio traslado para la continuación del procedimiento mediante providencia.

SEXTO.- Que practicada la prueba acordada se dio traslado a las partes para que formularan las conclusiones en la forma prevista en el art. 64 LJCA, siendo presentados los escritos en tiempo y forma de manera sucesiva por demandante y demandado, quedaron conclusas las presentes actuaciones a la espera del dictado de la presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las alegaciones de las partes.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

1.1º.- La demanda. Afirma que la administración adopta una serie de acuerdos que identifica como "*1. Rescindir la condición de agente urbanizador a ORETANIA XXI, S.L del Sector S-I; Declarar la extinción del programa; Incautar la garantía urbanística prestada por ORETANIA XXI, S.L, por importe de 29.738 (Registro Especial de Avales del Banco de Castilla- La Mancha con el núm. 54.555, aval número 0215.098.020095.4/026 de fecha 23/03/2.013, cuyo importe deberá destinarse a la finalidad para la que fue depositada; Dar traslado a la unidad administrativa de urbanismo para el inicio del expediente para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados, con audiencia al interesado; Considerar como suelo no consolidado las parcelas T1-A, T1-B, T2 y T3; Remitir para su inscripción una copia del acuerdo a la sección 1º del Registro de Programas de Actuación y urbanizador y agrupaciones de interés urbanísticos",* lo que considera que no se ajusta a los hechos acaecidos en el proceso. Dice que el hoy demandante no ha incumplido ningún tipo de obligación, y menos aún con naturaleza culpable.

La demandante afirma que fecha 27 de Julio de 2.006 se subrogó como Agente Urbanizador en la posición que asumía RESIDENCIAL AZUCENA, S.L en el Sector S-I de Puertollano, estando aprobadas las obras a efectuar en el PAU Sector S-I mediante Acuerdo de Pleno de fecha 2 de Diciembre de 2.016 (Documentos foliados Nº 1-6 y 7-8 del Expediente Administrativo presentado).

Afirma que el problema deriva de la obligación que se le impuso al hoy demandante para la construcción de una rotonda, derivado de la reordenación de accesos y que la misma fue objeto de acuerdo de fecha de 20 de Enero de 2012.

Entiende que esa rotonda no forma parte del PAU y que, por tanto, la no construcción de la misma no puede constituir un incumplimiento del propio PAU, más cuando el propio ayuntamiento tenía también obligaciones en relación a dicha construcción, como es una vía de servicio y la tramitación de los correspondientes permisos, concretamente los permisos que se requerían para actuar fuera del ámbito geográfico del PAU en cuestión, más si el ayuntamiento no cumple con la parte de obra que el mismo asumió como de su responsabilidad y que resulta trascendente a los vecinos, pues de ella depende el acceso a los locales y negocios que rodean la zona.

Por todo ello considera que se debe declarar la rescisión de la condición de agente urbanizador de Oretania, sin llegar a declarar la responsabilidad de la misma o su naturaleza culpable, pues existen elementos que justifican el actuar de la misma, pues considera que los sistemas generales deben ser urbanizados o construidos por la administración y a su costa, no por el agente urbanizador, pues al repercutir sobre toda la ciudadanía, es a la misma a la que corresponde costearlos y no a los propietarios que sólo deben ceder los terrenos para ello.

Derivado de ello considera que debe accederse al resto de sus pretensiones al no existir incumplimiento, ni tampoco carácter culpable del mismo, considerando que es igualmente improcedente la indemnización decretada por la reparación del colector en cuestión.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

1.2º.- La contestación de la administración. Afirma que la recepción de las obras de urbanización se hizo a reservas de la rotonda y acerado de la margen izquierda de la carretera N- 420, a cuyo efecto se llegó a un nuevo acuerdo para su realización, siendo que la hoy demandante ha incumplido el mismo, según se detalla en los informes que obran en los autos. Así considera que la paralización de las obras debe considerarse como un incumplimiento de una obligación esencial de la relación jurídica y da lugar a la resolución acordada por el propio ayuntamiento, tal y como han afirmado tanto la Comisión Regional de urbanismo como el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha.

Considera clara la naturaleza culpable del incumplimiento y por ello correcta la incautación de la garantía que se determina en los presentes autos.

SEGUNDO.- Del expediente administrativo.

Procede en primer lugar el análisis sucinto del procedimiento administrativo para poder dar una adecuada respuesta a las pretensiones de las partes. Para mayor claridad se utiliza la numeración fijada por el propio ayuntamiento en cada uno de los folios.

2.1º.- El PAU objeto de los presentes autos se aprobó, tal y como consta en la documentación en fecha de 2 de Diciembre de 2004 (f. 4). No consta impugnación en la documentación remitida en relación al mismo o a alguna de sus partes. La inicial adjudicación de la condición de agente urbanizador recayó en la mercantil Residencial Azucena (f. 8), que habría de ejecutar la urbanización en la forma que corresponde al proyecto aprobado y en las condiciones del mismo y sus anexos.

2.2º.- El hoy demandante se subrogó en la posición del inicial agente urbanizador en fecha de 2 de Agosto de 2006 (f. 11), fecha del acuerdo que aprueba la subrogación por parte del ayuntamiento hoy demandado.

2.3º.- La recepción de las obras de urbanización se produjo de manera parcial y fue aprobada en fecha de 2 de Diciembre de 2010 (f. 12), constando igualmente aprobado el proyecto de reparcelación del sector (f. 26 y 27).

2.4º.- Consta igualmente el convenio formulado, que fue propuesto por la propia mercantil adjudicataria donde se compromete a realizar las obras determinadas en el proyecto de reparcelación y la ejecución del viario situado en el sistema general (f. 47). Igualmente se propone el régimen de resolución del contrato (ff. 50 a 52).

2.5º.- Consta en el folio 53 y siguientes la memoria y encargo del proyecto, constando igualmente un proyecto para la modificación del programa por los requerimientos del ministerio de fomento de cara a la construcción de una rotonda y para que la misma se pueda llevar a efecto, siendo elaborado de mutuo acuerdo o conjuntamente por el ayuntamiento y la mercantil hoy demandante. Consta el presupuesto en el folio 54.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Se puede ver al folio 57 como se refiere la autorización del Ministerio de fomento a la construcción relativa a un proyecto visado en Febrero de 2008, siendo que se produce el acta de replanteo en fecha de 29 de Febrero de 2012.

2.6º.- En el folio 62 consta la aprobación, de fecha de 23 de Diciembre del año 2010, del proyecto de urbanización modificado del sector S-I, siendo que el mismo se aprueba sin alegaciones en contra.

2.7º.- El acta de recepción parcial de las obras de urbanización, en el que se excluyen el acerado de la margen izquierda y la rotonda de la N- 420 (f. 65).

2.8º.- Consta igualmente un informe del ayuntamiento de cara a determinar los posibles incumplimientos en relación con la rotonda y el acerado antes mencionado (f. 66). Consta, y ello es especialmente importante, en el folio 68 y 69 un acuerdo de fecha de 20 de Enero de 2012 firmado por los representantes de la empresa, por el cual la hoy demandante asumía la ejecución de las obras en cuestión, siendo de su cargo la tramitación y relación con las empresas que se especifican en el mismo, además de la ejecución de las obras y el depósito de un aval por las cuantías en cuestión.

La consecuencia de dicho acuerdo es la devolución del aval de las obras de urbanización (f. 70).

2.9º.- En sus alegaciones de fecha de entrada en el ayuntamiento de 29 de Junio de 2012 la mercantil denuncia lo injusto que es que se le haya impuesto la obligación de construcción de esa rotonda posteriormente al proyecto de reparcelación, manifestando que la crisis y otras cuestiones hacen que aquellas obligaciones (que se deduce que conocía y asumió sin impugnar) le resultan excesivas, manifestando que se le ha dado un trato desigual que a la mercantil urbanizadora de otros sectores, habla de que el ayuntamiento no ha cumplido con su obligación de ejecutar la obra correspondiente al carril de acceso, el malestar vecinal y la situación económica de la hoy demandante que le impide ejecutar la obra.

La respuesta es negativa en base al acuerdo de 20 de Enero de 2012 que fue asumido por la hoy demandante y se le informa de la paralización de las obras en cuestión. Igualmente y en un informe más amplio se le señala que las obras están dentro del sector en cuestión y que dan servicio a solares de uso terciario que se identifican en la misma, informando que (f. 78) de no ejecutarse se estaría quedando sin servicios exigibles a parcelas relacionadas con el sector cuya urbanización asumió y dando cuenta de una reunión en el curso de la cual hubo más que desavenencias entre los representantes y responsables de la hoy demandante y el ayuntamiento, dejando en situación de abandono la obra en cuestión, tal y como se constata posteriormente en fecha de 22 de Febrero de 2013, proponiéndose la rescisión de la condición de agente urbanizador.

2.10º.- Esta base es la clave para entender el requerimiento de fecha de 11 de Marzo de 2013 para que se reanuden las obras (ff. 84 y 85) con los apercibimientos en aquel sentido, siendo igualmente propuesta la incautación en cuestión y el inicio

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

del procedimiento para ello, formulando alegaciones en un sentido muy similar al ya analizado anteriormente.

Las afirmaciones que en el mismo se recogen, que describen actuaciones que suponen delitos (coacciones, prevaricación, malversación…), sobre los cuales este juzgado poco o nada puede decir por falta de elementos, de tener algún tipo de interés y ser ciertas, lo que deberían dar lugar es a la correspondiente acción penal ante los órganos correspondiente, pues en la forma en que se afirman poco o nada aportan a las presentes. Es importante señalar, a efectos de la presente, que el hoy demandante acepta que el ayuntamiento ya tiene los permisos en el momento de la formulación de esas alegaciones (f. 101), removiendo los obstáculos que habrían existido, pero que la crisis ahora le impide ejecutar las obras. Tras ello repasa el devenir del proyecto y afirma la falta de sentido que tiene el proyecto a ejecutar, insistiendo en que se trata de un proyecto global para la ejecución del sistema y que se debe reordenar la margen derecha antes de realizar las obras de la margen izquierda. En el folio 105 igualmente se afirman una serie de cuestiones de cara a señalar la imposibilidad de ejecución del mencionado proyecto, pues se determina que las obras en cuestión necesarias no se encontraban en el mencionado proyecto.

2.11º.- En el informe que realiza el servicio municipal, en contestación a las alegaciones del demandante y que reproducen posteriormente, se puede ver que se rechaza el trato de favor a ningún agente, manifestando que no se justifica el abandono de las obras y que se produce un incumplimiento respecto de los servicios necesarios a tener en las parcelas afectadas.

2.12º.- Se produce un acuerdo de caducidad del expediente relativo, procediendo a abrir un nuevo, constando un recurso de reposición frente a la apertura de aquel por considerar que es ilegal, al no existir tal obligación en el contratista hoy demandante y reproduciendo el contenido de las alegaciones que ya constan en los autos y que además guardan identidad sustancial con la demanda.

2.13º.- Consta informe sobre dicho escrito (f. 197) que las obras en cuestión de la rotonda forman parte del proyecto final de urbanización del sector I, aprobado en fecha de 23 de Diciembre de 2010. Refuta por otra parte el que las obras sean de imposible ejecución, considerando este argumento una mera excusa para el abandono de la misma.

Igualmente consta el informe de la Comisión Regional de Urbanismo, que se da por reproducido por economía procesal en el que se analizan las alegaciones de la demandante en relación al presente, pero que se sintetiza (ff. 214 y 215) en que las obras son necesarias, son objeto de aceptación expresa por la mercantil hoy demandante y que no existe la recepción de las obras, así como que la obra se había paralizado con anterioridad a la conclusión del plazo de ejecución de las obras.

Posteriormente se puede ver también el informe del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha que aprecia deficiencias de tramitación en relación con la documentación y las deficiencias.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

2.14º.- Tras ello existe un informe del ayuntamiento considerando el resto de medidas y justificándolas (ff. 219 a 222), y requiriendo nuevos informes como el relativo a las infraestructuras de saneamiento que no se realizaron (f. 224 a 226).

2.15º.- Se procede a caducar nuevamente el procedimiento en fecha de 13 de Mayo de 2016, volviendo a solicitar los informes en cuestión y conservando los actos necesarios, formulándose nuevas alegaciones en relación a esto y tramitándose, no sin incidentes estas cuestiones en los órganos correspondientes.

Consta igualmente el informe del Consejo Consultivo considera que el incumplimiento está acreditado y que el mismo reúne los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la resolución de los contratos, considerando además que el carácter de culpable se puede colegir de su resistencia al cumplimiento de las obras.

2.16º.- Tras ello consta la resolución, que se fundamenta en el contenido ya estudiado de los informes (propios del ayuntamiento y de la Comisión Regional de Urbanismo y Consejo Consultivo). Así mismo consta el recurso, con fundamento muy similar a lo ya estudiado y la resolución del mismo, que nada nuevo aportan o que no haya sido tratado en el análisis de la demanda.

2.17º.- En la ampliación de expediente consta el proyecto presentado para la ejecución de la rotonda y sus vicisitudes hasta la aprobación del ministerio.

TERCERO.- Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del PAU y la situación del agente urbanizador que se subroga respecto del mismo: Los actos consentidos no pueden ser eludidos en sus efectos ni atacados indirectamente.

3.1º.- Cabe en primer lugar determinar que la naturaleza de un PAU es la de un acto administrativo e instrumento de ejecución, no siendo por tanto una disposición general lo que a la postre será clave para determinar el resultado del procedimiento, pues esa naturaleza hace decaer muchas de las consideraciones y pretensiones del demandante como se analizará posteriormente. El acto hoy litigioso, el proyecto modificado de urbanización (que como se verá después se integra en el contenido del PAU), sea considerado parte del PAU o sea considerado acto independiente también es un acto administrativo.

Lo anterior se puede deducir de la regulación de los mismos, en el art. 110 y 111 TRLOTAU actual que mantiene la normativa que se deriva desde el año 1998 y de la interpretación de la propia jurisprudencia de este concepto, en la que se puede citar la STSJ de Castilla La Mancha, secc. 1ª, de 13 de Febrero de 2017 que dice que "*Jurídicamente los Programas determinan y organizan la actividad de ejecución en los Municipios que cuenten con Plan de Ordenación Municipal, fijando la forma de gestión de aquélla y estableciendo de manera definitiva los ámbitos de ejecución concretos y las condiciones de desarrollo necesarias para la completa ejecución de la actuación urbanizadora. El artículo 109 de la Ley determina claramente que el*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

desarrollo de la actividad de ejecución, requerirá la aprobación o autorización, con carácter previo y respecto de la totalidad de los terrenos integrantes de la unidad o las unidades de actuación a ejecutar, de: a) el planeamiento territorial y urbanístico idóneo conforme a esta Ley para establecer la ordenación detallada en la clase de suelo de que se trate, b) el Programa de Actuación Urbanizadora, en el caso de las unidades a ejecutar mediante actuaciones urbanizadoras; y c) el proyecto de urbanización, en todos los supuestos, incluidas las actuaciones edificatorias con previa o simultánea urbanización. Enumerando el artículo 110 de la Ley los fines de los Programas, los requisitos, su contenido y los sujetos legitimados. El examen del régimen jurídico de los Programas de Actuación Urbanizadora permite encuadrarlos en la categoría jurídica de los actos administrativos de gestión o ejecución del planeamiento descartando su contenido y naturaleza normativa y por tanto hace inviable la impugnación indirecta de los mismos mediante la impugnación de los actos de aplicación."

3.2º.- Aceptado lo anterior, cabe añadir que un interesado que se subroga en la posición del contratista (en este caso, un agente urbanizador), asume la misma posición jurídica que tenía el anterior, tal y como se desprende de la legislación administrativa estatutaria de contratos (posterior a la que resulta aplicable por razón temporal) y de la legislación común derivada del código civil.

La subrogación pactada más que una clásica novación del contrato (arts. 1203 y ss del código civil) supone una verdadera cesión del mismo en el sentido civil del término (y posteriormente recogido en la legislación administrativa, por ejemplo, en el art. 206 RDLeg 3/2011 o en el actual art. 214 de la Ley 19/2017).

La cesión del contrato o subrogación de una de las partes ha sido interpretada por la jurisprudencia civil, por ser la aplicable a este supuesto por razón temporal, de manera reiterada y desde antiguo. La STS, Sala 1ª, de 7 de Octubre de 2002 dice que "*Refiriéndose a la cesión de contrato, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1999 la describe como "figura jurídica no contemplada especialmente en el Código Civil pero que la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado que procede, al amparo del art. 1255 del Código Civil CC art. 1255, exigiendo para que resulte negocio válido y vinculante que concurra el consentimiento del contratante cedido, es decir, la mercantil actora, ya que por la cesión operada "R., S.A." pasaría a ocupar el lugar de parte compradora, conservando "V., S.A." su posición originaria y quedando fuera de la relación el recurrente, que actúa como efectivo cedente, al quedar liberado de sus obligaciones por traspaso al cesionario, si bien se mantienen las que le ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato trasladado (sentencias de 4 de febrero de 1993, 5 de marzo de 1994, 9 de diciembre de 1997 y 19 de septiembre de 1998)"; en otro pasaje de esta sentencia se dice que "la cesión del contrato practicada excluye la novación y representa la transmisión del conjunto de una determinada relación contractual a tercero, operando la cesión con carácter unitario que se mantiene, es decir con todo lo comprendido en el contrato que se mantiene, no operando, por tanto, como propia sustitución de un contrato por otro, que sería novación, la que ha de ser entendida como subrogación de derechos y obligaciones, al sustituirse el primitivo deudor, y supone, por lo general, la existencia de otro contrato que reemplaza al precedente,*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

exigiéndose en todo caso para que resulte eficaz no solo el conocimiento del acreedor, sino que, como decreta de forma terminante e imperativa, su consentimiento debe resultar suficientemente expresado, es decir, debe constar de modo cierto y positivo y prestarse con el decidido propósito de liberar de sus obligaciones al primitivo deudor (sentencias de 27 de mayo de 1931, 29 de diciembre de 1956, 29 de septiembre de 1983, 4 de febrero de 1993 y 19 de septiembre de 1998)". Y según la sentencia de 19 de septiembre de 1998, la cesión de contrato "puede definirse como aquel acuerdo de todas las voluntades contractuales, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación. En palabras más simples, hay que tener en cuenta lo que afirma la sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 1993, cuando dice que la voluntad negocial en la cesión de contrato queda claramente proyectada en cuanto produce atribución de los efectos de un contrato a persona distinta de la que lo concluyó, pasando la relación bilateral a trilateral y produciendo como efecto característico que le cedente queda desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar".

La cesión de contrato requiere inexcusablemente para su eficacia, como dice la sentencia de 21 de diciembre de 2000, "además del consentimiento del cedente y del cesionario, la del contratante cedido", según reiterada jurisprudencia, consentimiento que puede ser expreso o tácito (sentencias de 4 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 1994).

Por tanto la posición del hoy demandante es exacta y rigurosamente la misma que tuviera la mercantil en cuya posición se subrogó, en este caso Residencial Azucena S.L.

3.3º.- De lo anterior se deduce que, si la mercantil residencial Azucena asumió un acto administrativo consistente en el PAU que iba más allá de lo que debía, tal obligación ha sido asumida a través de la subrogación por la hoy demandante, sin que pueda ahora más de una década después desligarse de las consecuencias de un acto administrativo consentido y firme en el que voluntariamente se subrogó asumiendo toda la posición que tenía la anterior firmante.

Esta cuestión es igualmente aplicable al caso de que tal obligación entienda que no derive del propio PAU o del convenio para su ejecución, pues resulta igualmente que el acto consentido y firme que lo impone; o no ha sido impugnado o no nos consta que se haya impugnado en lo relativo a la modificación del proyecto de urbanización que se aprueba el día 23 de Diciembre de 2010.

Pero es que, es más; hay un acto propio de la empresa por el cual, en fecha de 20 de Enero de 2012 asumió tal ejecución, siendo o no procedente, existe por tanto una asunción expresa. Por tanto no sólo es el contenido pasivo de permitir el acto que ahora se dice ilegal, sino que existe una conducta activa de asunción de obligaciones derivadas del mismo con independencia del régimen legal de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

distribución de cargas de urbanización y si el mismo ha sido respetado, como dice la administración o no lo ha sido como dice el demandante.

3.4º.- Por tanto, tratándose de actos administrativos cabe decir que los mismos producen efecto (art. 57 LRJ- PAC; art. 39 L. 39/2015) en tanto no se suspendan o anulen y que además no pueden ser objeto de impugnación indirecta, siéndolo sólo las disposiciones generales (arts. 26 y 27 LJCA).

3.5º.- En conclusión las alegaciones sobre la ilegalidad del convenio para la ejecución del PAU o del propio PAU, de las modificaciones del mismo, o incluso del acuerdo entre la hoy demandante y el propio ayuntamiento, que señalan que excede de lo que corresponde a un contratista respecto de la ejecución de los sistemas generales no pueden ser asumidas en tanto que esa obligación deriva de un acto administrativo consentido y firme, además de haber asumido por el hoy demandante directamente. .

Si considera que fue víctima de coacciones, presiones o algún tipo de delito (como describe en sus alegaciones administrativas, sin llegar a decirlo, o dice que se le impuso la subrogación y la modificación, tal y como señala en su demanda) la solución se encuentra en el procedimiento penal que de lugar a la correspondiente revisión de oficio o a la revisión de aquel acto a través del procedimiento correspondiente, pero no a su impugnación indirecta a través de la impugnación del acuerdo que declara el incumplimiento de las obligaciones dimanantes de aquellos actos hoy firmes.

CUARTO.- De la construcción de la rotonda y el acerado.

4.1º.- Conviene señalar que de la prueba propuesta y admitida se puede afirmar que:

- Las construcciones en relación al acerado son propiamente actuaciones urbanísticas.

- La imposibilidad de las mismas no ha sido objeto de prueba. Nada hay que respalde esas afirmaciones, más allá de sus propias declaraciones en ese sentido, pues aporta una mayor carga económica en la ejecución de diversas obras accesorias, pero no acredita la imposibilidad física ni jurídica de las mismas.

- No se puede determinar la identidad de situaciones que se requiere para apreciar discriminación con respecto a la actuación administrativa en relación a un tercero.

- La propia demandante reconoce en sus alegaciones que existen los terrenos donde se deben ejecutar las obras, sin que se haya aportado prueba que indique que son ajenos al sector de cuya urbanización estaba encargada y era responsable.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

4.2º.- Una de las cuestiones básicas y sobre las que el ayuntamiento a penas se ha detenido es que se está alegando que en el PAU no existía la obligación de hacer una rotonda, en tanto que la obligación se deriva de un acuerdo posterior, lo que requiere de varias apreciaciones, pues la demandante viene a señalar que el PAU se ejecutó y que la obra (que además intenta alegar que no es correcta) no tiene nada que ver con el mismo.

4.3º.- Así si se lee el folio 62 lo que consta es la aprobación de un "*proyecto de urbanización modificado del sector S- I"*. Las condiciones de ejecución es lo que es objeto del acuerdo de 20 de Enero de 2012.

4.4º.- Por tanto y desde esta perspectiva hay que señalar si ese "*proyecto de urbanización modificado"* forma o no forma parte del PAU, pues si bien el mismo como antes se ha dicho no puede ser atacado, y resulta obvio que no se ha cumplido, se ha de determinar si lo que hay es una relación jurídica de urbanización diferente al PAU o integrada en el mismo. Es clave esta cuestión, pues si es independiente la resolución de la condición de agente del PAU es incorrecta, pues lo correcto sería la resolución únicamente en relación con ese proyecto en cuestión en caso de que se hubiera incumplido, lo que dicho sea de paso poco o nada aportaría, pues la relación actualmente hablando se limita a esa parte al haberse devuelto los avales del conjunto de la obra y haberse recepcionado sin problemas el resto de la misma.

4.5º.- Los programas de actuación urbanística son diferentes de los proyectos de urbanización. Su regulación es diferente (art. 110 y 111 TRLOTAU), pero la realidad es que uno se puede integrar en el otro a pesar de ser actos administrativos diferenciados. No es un proyecto de ejecución independiente de un programa de actuación urbanizadora, pues el proyecto de ejecución debe tener en cuenta los datos y contenido de ese programa que respecto de la ejecución, como mínimo, puede ser completado (art. 110.3.a TRLOTAU) por el proyecto, e integrarse en el ámbito por aquel definido.

Por tanto la cuestión principal es decidir si, dentro de las obligaciones asumidas para la ejecución del PAU por el agente urbanizador se encuentra la de ejecutar el proyecto de urbanización que, sea o no conforme a derecho, se consintió y que modificaba el sector en el que se había comprometido a ejecutar la urbanización, siendo que el mismo se subrogó en el convenio administrativo que establecía la obligación de ejecutar la urbanización conforme a (entre otros) *"los proyectos de urbanización"* (f. 47) y sujetándose a lo dispuesto en el art. 125.1 TRLOTAU, que señala también como criterio de ejecución *"…los actos adoptados para su cumplimiento*".

La modificación de esos proyectos de urbanización podrá ser reprochable o no, pero es un acto autónomo que nova el contenido objetivo de la obligación de aquel convenio firmado por las partes y consentido e incluso activamente asumido por la hoy demandante, con todas las tachas que, a posteriori señala.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

Es decir, lo que viene a defender el hoy demandante es que la obligación del proyecto modificado es autónoma y diferente del PAU, y que por tanto el PAU se ha cumplido, incluso (entendemos), aunque no se haya cumplido el proyecto de urbanización modificado. Ello no puede ser atendido en base a lo anterior.

4.6º.- Si se repara en la documentación hay que decir que, cuando se firma el acta de recepción parcial, en fecha de 22 de Noviembre de 2010 y se aprueba la misma por el pleno el día 2 de Diciembre de 2010, ya se había aprobado el proyecto modificado de urbanización en fecha de 12 de Noviembre de 2010 (f. 62), pues lo que se hace en fecha de 23 de Diciembre de 2010 es dar cuenta al pleno de la decisión de alcaldía.

Tal actuación es consecuencia de peticiones que se inician en fecha de 5 de Julio de 2007 (f. 53), siendo por tanto que la actuación urbanística era necesaria y estaba contemplada, pero requería de la concreción que finalmente se lleva a cabo con aquel acto que resulta aceptado por el hoy demandante y que se demora debido a las necesidades expuestas por la Administración General del Estado.

En consecuencia el proyecto modificado por razón del convenio y por razón del propio programa resulta obligatorio para el hoy demandante (art. 125.1 TRLOTAU) y se integra en las obligaciones que, a través de la subrogación asumió (cláusula segunda, punto 1), siendo esto reforzado por su propia actuación que consiente tal acto (sea o no conforme a derecho, pues ahora no puede impugnarlo, al menos por esta vía) e igualmente asume de manera expresa tal contenido en un acuerdo expreso para ejecutar la obra, sin que ahora se pueda plantear si era otro contrato o un acto independiente, pues si así fuera como pretende el hoy demandante, se habrían omitido todas las fases anteriores de selección de contratista, adjudicación y demás cuestiones necesarias para estos casos, siendo que además conforme a la legislación urbanística aplicable es posible determinar la forma de ejecución a través de actos singulares y no puede ahora impugnar indirectamente algo que consintió y asumió en su momento.

El hecho de que se haya aprobado la urbanización del "*proyecto modificado de urbanización"* y se haya establecido al demandante como su ejecutor sin fase previa de selección y demás trámites, evidencia la conexión con el primero de los convenios como acto modificativo o de determinación de la ejecución de aquel, y sin que ello signifique que tal actuación se considere jurídicamente correcta, completa o equitativa, sino simplemente que ha devenido firme y hoy no es ni puede ser objeto de impugnación a través del presente proceso judicial.

4.7º.- En definitiva se han incumplido las obligaciones asumidas en su condición de agente urbanizador y las mismas son esenciales, pues suponen afectar a la conexión con sistemas generales y a los requisitos mínimos exigidos para los propietarios afectados por la urbanización del sector en los términos razonados por la Comisión Regional de Urbanismo y el Consejo Consultivo.

QUINTO.- Sobre la naturaleza culpable del incumplimiento y del resto de pretensiones.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

5.1º.- Analizada como correcta la determinación de incumplimiento, procede ahora analizar la naturaleza culpable de la misma. En este sentido el art. 113.4 RDLeg 2/2000 dice que "*Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada"*.

5.2º.- Así hay que diferenciar por un lado la imputabilidad de la causa de resolución (art. 1306 del código civil) y por otro la culpabilidad en la misma, pues el hecho de que la causa de resolución sea imputable al contratista no implica *per se* que el incumplimiento sea culpable, cuestión que exigirá alguna circunstancia más para determinar la culpabilidad, pues esencial para ello tal y como señala la STS de 9 de Abril de 2008 cuando die que "*La culpa es fundamental para fijar los efectos de una resolución de una u otra naturaleza. En tal sentido el art. 113.4 LCAP establece claramente que la incautación de la garantía parte de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista".*

Estas circunstancias se basarán en las circunstancias ordinarias del cumplimiento de obligaciones y la concurrencia de la negligencia en las relaciones contractuales, tales como el dominio del hecho determinante del incumplimiento y la no concurrencia de supuestos de fuerza mayor o caso fortuito del art. 11505 del código civil. Esto además conlleva unas consecuencias especialmente gravosas para el incumplidor culpable como la pérdida de la posibilidad para contratar con las administraciones (art. 71.2.d L. 9/2017 actualmente vigente sobre contratos).

En ese sentido la ya mencionada STS de 9 de Abril de 2008 dice *"La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar. Por ello, la administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad".*

5.3º.- Varias son las cuestiones que plantea el demandante a lo largo de sus alegaciones para justificar el carácter no culpable.

Así la primera es que ha cumplido el PAU, que se ha resuelto en esta sentencia en sentido contrario a sus intereses en los fundamentos anteriores.

La segunda sería que ha existido una actuación discriminatoria, siendo que ya se ha dicho que no se ha encontrado prueba de ello, pues no puede determinarse la identidad de razón entre ambos supuestos a los que se refiere, pues como dice la STS de 25 de Noviembre de 2015 "…*Para apreciar una discriminación contraria al ordenamiento jurídico es preciso que se señale un adecuado término de*

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

comparación para que se aprecie homogeneidad entre la situación de quien se considera discriminado y la de quien sirve de referencia, esto es, la de aquella con la que se aspira a obtener un tratamiento igual en la norma impugnada…" En el mismo sentido cabe citar la STC de 14 de Abril de 2011 "…*para poder apreciar la vulneración del principio de igualdad "es conditio sine qua non que los términos de comparación que se aportan para ilustrar la desigualdad denunciada sean homogéneos" (entre otras muchas STC 1/2001, de 15 de enero, FJ 3)".*

En relación a la crisis económica y la situación financiera de la misma que le impide cumplir, así como el retraso de la misma hay que decir que el proyecto y con ello el programa de urbanización estaba pendiente de obtener la autorización que finalmente se obtuvo de fomento, necesaria desde el principio, tal y como muestra el hecho del temprano inicio de las actuaciones para su obtención. El hecho de que no considere ajustada la determinación, o incluso que la considere errónea no puede ser impugnado hoy por lo que se ha venido diciendo una y otra vez, que se consintió aquella actuación en tiempo y forma.

En cuanto a la falta de recursos hay que señalar que uno de los requisitos para la contratación con la administración es la necesidad de solvencia (art. 15 RDLeg 2/2000), y que la situación derivada de la crisis económica y las dificultades económicas no ha sido aceptada como caso fortuito ni como excusa del cumplimiento de contratos, tal y como se ha definido en la STS, Sala 1ª, de 13 de Julio de 2017 que dice que "*De otra parte, para que la falta de acceso a la financiación pudiera valorarse como una alteración imprevisible de las circunstancias existentes en el momento de contratar y justificara una resolución liberatoria del deudor, sería preciso acreditar la imposibilidad imprevisible de financiación, sin que resulte suficiente alegar las dificultades subjetivas de financiación del comprador*". La propia STS, Sala 1ª, de 17 de Enero de 2013 viene a exigir una prueba cumplida de esta alegación para que se pueda tener por acreditada cuando dice que "*En suma, la posible aplicación de la regla rebus sic stantibus a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba*", pues señala que tales circuntancias pueden derivar del nivel de exposición y deuda anterior a la propia crisis, haciendo variar por tanto las consideraciones de imposibilidad y lo cierto es que aquí, más allá de la genérica alegación de la imposibilidad de financiación no se tiene acreditación de ningún elemento que nos pueda llevar a admitir tal alegación para exonerar de los compromisos expresamente asumidos por la hoy demandante.

Por otra parte es conveniente aclarar, conforme a lo antes dicho, que el proyecto modificado no es una modificación del proyecto o una alteración del mismo, sino la concreción del proyecto de urbanización en esa zona que se debía de urbanizar desde el principio que modifica las obligaciones del PAU asumido a través de concretarlas en ese lugar. Lo que hace es adaptar el proyecto a los requisitos impuestos por la administración del Estado para la conexión a un sistema general. No es lo mismo establecer una modificación en un contrato que concretar el contenido. En cualquier caso, una vez más se vuelve a decir, que el hoy demandante consintió y ni tan siquiera solicitó una revisión de precios o cualquier

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

otra cuestión, que lo alega con posterioridad en base al art. 122.8 TRLOTAU. **Tal alegación, que podrá ser atendible en el proceso que se considere oportuno, no es una alegación para oponerse a las consecuencias de su propio incumplimiento**. La misma podrá dar lugar a la reclamación por esas cantidades o a la declaración de unas deudas si fuera procedente y no estuvieran prescritas (cuestiones sobre las que no se entra por ser ajenas al presente litigio), pero no determina o cuanto menos no se justifica que sea la causa del incumplimiento (más atendiendo a sus propias alegaciones en vía administrativa y a la transcripción de las reuniones mantenidas).

Esa causa, igual que muchas de las que ha alegado hubieran sido válidas para desvirtuar o exigir que se completara el acto que determina la obligación incumplida, pero una vez asumida podrá dar lugar a la reclamación o a la deuda correspondiente, pero no justificar su incumplimiento sin prueba clara de que sea la causa del mismo, lo que nuevamente no consta.

5.4º.- En relación a los daños y perjuicios la resolución en cuestión lo que hace es abrir el procedimiento para liquidarlos. La existencia de informes que apuntan la existencia de los mismos y su cuantía en procedimientos anteriores y caducados no vincula a la decisión que se haya de adoptar, pues no se impone ni tan siquiera su existencia en la resolución hoy atacada, sin perjuicio de que pueda reproducir esas mismas alegaciones cuando exista un acto administrativo que liquide los mismos y los declare en la cuantía del colector que señala o en otra, pues realmente puede darse el caso que no exista tal declaración o que sean tomadas en cuenta sus alegaciones.

De lo anterior se deriva que, en tanto no haya una liquidación de esos daños y perjuicios los mismos no podrán ser detraídos de la garantía prestada, de la cual en primer lugar deben ser descontados (art. 113.4 RDLeg 2/2000) antes de ser exigidos de manera autónoma, siendo que en este sentido aún nada se decide en dicha resolución que es la que resulta impugnada aquí.

5.5º.- Al estimarse culpable el incumplimiento no procede el resto de pretensiones, siendo que el sistema de ejecución a través de agente urbanizador impide que se pueda obligar a la administración a ejecutar esas obras, sin perjuicio de que se obligue a concluir la urbanización en la forma correspondiente o a tramitar los expedientes a que haya lugar, siendo que la resolución del contrato impide la pretensión subsidiaria al no existir ya vínculo jurídico alguno que legitime tal petición.

SEXTO.- Pronunciamientos, costas y recursos.

6.1º.- Procede la desestimación del recurso contencioso administrativo (art. 70.1 LJCA).

6.2º. Procede la imposición de las costas a la demandante (art. 139.1 LJCA), si bien atendiendo a volumen, complejidad y cuantía las mismas se limitan a 800 € (art. 139.3 LJCA).

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

6.3º.- La presente es susceptible de recurso de apelación conforme al art. 81.1 LJCA.

Por todo ello, viendo los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y en uso de la potestad que me confiere la Constitución Española,

FALLO

Que DESESTIMO el recurso contencioso administrativo presentado por La mercantil ORETANIA XXI S.L., debidamente representada por DÑA. ANA Mª OSSORIO y asistida por D. ALFONSO PARREÑO YOLDI como parte demandante frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE PUERTOLLANO, representado y asistido por DÑA. CARMEN SANTOS ALTOZANO como parte demandada.

Se imponen las costas a la demandante de conformidad y con los límites del apartado 6.2.

La presente resolución **no es firme** y podrá ser recurrida en apelación que resolverá el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha conforme a lo dispuesto en el art. 81 y ss. por los trámites y en los plazos previstos en el art. 85 de la Ley de la Jurisdicción contenciosa, previa constitución de un depósito de 50 € conforme a la DA 15ª de la LOPJ en la cuenta de consignaciones 5138 0000 22 0174/17.

Procédase a dejar testimonio de esta sentencia en las actuaciones, y pase el original de la misma al Libro de Sentencias. Una vez declarada la firmeza de la sentencia, devuélvase el expediente a la Administración pública de origen del mismo.

Así por esta, mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo en lugar y fecha en el encabezamiento indicado.

PUBLICACION. - La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Sr. Magistrado-Juez que la dictó y firma, constituido en audiencia pública. Doy fe.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:XQVB-Szkr-ZFhY-oaSP-B Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es