

## **ACTA DE LA SESION EXTRAORDINARIA Y URGENTE CELEBRADA POR EL AYUNTAMIENTO PLENO EL DIA 4 DE SEPTIEMBRE DE 2.014, EN PRIMERA CONVOCATORIA.**

En la Villa de Benalmádena, Málaga, siendo las nueve horas y dos minutos del día cuatro de septiembre de dos mil catorce, en el Salón de Sesiones de la Casa Consistorial se reúne el Ayuntamiento Pleno, para celebrar sesión extraordinaria y urgente, en primera convocatoria, presidida por la Sra. Alcaldesa-Presidenta D<sup>a</sup> Paloma García Gálvez con la asistencia de los Concejales D. Enrique A. Moya Barrionuevo, D. Rafael Obrero Atienza, D<sup>a</sup> Inmaculada Concepción Cifrián Guerrero, D<sup>a</sup> Inmaculada Hernández Rodríguez, D. José Antonio Serrano Carvajal, D<sup>a</sup> Ana María Macías Guerrero, D<sup>a</sup> Yolanda Peña Vera, D. Juan Adolfo Fernández Romero, D. José Miguel Muriel Martín, D. Francisco José Salido Porras, D. Juan Olea Zurita, D<sup>a</sup> Concepción Tejada Arcas, D. Joaquín José Villazón Aramendi, D<sup>a</sup> Encarnación González Pérez, D<sup>a</sup> María Inmaculada Vasco Vaca, D<sup>a</sup> María del Carmen Florido Flores, D. Victoriano Navas Pérez, D<sup>a</sup> Dolores Balbuena Gómez, D. Salvador J. Rodríguez Fernández y D<sup>a</sup> Encarnación Cortés Gallardo; asistidos del Secretario General D. F. P. P. y del Interventor Municipal D. J. G. P.

No asisten los Sres. Concejales D. Juan Antonio Lara Martín, justificado por viaje particular, D<sup>a</sup> Elena Galán Jurado, justifica su Portavoz por motivos personales, D. Manuel Arroyo García y D. Juan Jesús Fortes Ruiz.

Por la Presidencia se declara abierta la sesión, pasándose seguidamente a tratar los asuntos que figuran en el orden del día de la convocatoria, quedando formalmente constituido, con quórum superior a 1/3 de sus componentes, conforme al artículo 90 del Real Decreto 2568/86.

### **1º.- Declaración de urgencia de la sesión.-**

**El Pleno por 13 votos a favor (10 y 3, de los Grupos Partido Popular y UCB) y 8 abstenciones (6, 1 y 1, de los Grupos PSOE e IULV-CA y Sra. Cortés Gallardo), de los 25 de derecho, acuerda declarar la urgencia de la sesión, conforme al art. 79, del R.D. 2568/86.**

### **2º.- Extinción contrato alquiler Restaurante del Bil Bil.-**

Dada cuenta por el Secretario del dictamen que se transcribe de la Comisión Informativa Municipal Económico-Administrativa, de fecha 1 de Septiembre de 2.014:

#### **“EXTINCIÓN CONTRATO ALQUILER RESTAURANTE DEL BIL BIL.**

Por el Secretario se pasa a dar lectura a los informes que constan en el expediente, así como a realizar una pormenorizada explicación de la problemática jurídica y fáctica:

Informe de extinción del derecho de ocupación y trámite de audiencia al interesado de fecha 29/07/2014:

**“Asunto:** APLICACIÓN DIRECTA DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA DE LA LEY 29/1994 de 24 de Noviembre de Arrendamientos Urbanos, sobre extinción de contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985.

**Antecedentes históricos:** Resulta preciso extenderse en esta exposición, pues sin la misma se pierde perspectiva de la complejidad del contrato que próximamente se extingue:

- 1) El Ayuntamiento de Benalmádena compró el Castillo del Bil Bil el 13/05/1981 mediante escritura 1583/81 del Notario T. A., teniendo que subrogarse en un contrato de arrendamiento de un restaurante en la parte delantera del mismo, en vigor desde 01/01/1975 a nombre de D. F. J. S.
- 2) Como el edificio fue afectado al dominio público-servicio público, desde un principio se estudió el desahucio de dicho local, existiendo un dictamen del Dr. T. de Julio de 1981 que estudiaba varias posibilidades incluida la expropiación del arrendamiento.
- 3) Sin embargo, no es hasta Enero de 1992 que el asesor externo Sr. J. presenta la primera demanda de desahucio contra el Sr. S. Esta demanda sería archivada poco más tarde a la vista de la novación modificativa que se realiza en 1994 y que a continuación se expone.
- 4) En dicho año, con motivo de unas importantes obras de remodelación del edificio y su entorno, el equipo de gobierno, en evitación de retrasos, consideró conveniente firmar con el Sr. S. el 07/04/1994 la siguiente novación modificativa:
  - a) Se incrementa la renta anual desde 150.000 ptas. a 500.000 ptas.
  - b) Se reduce significativamente el número de metros de la ocupación.
  - c) Se le impone un plazo al contrato de 10 años desde la efectiva ocupación, una vez que terminen las obras, renunciando el arrendatario al régimen de prórrogas obligatorias del anterior contrato.
  - d) Se le permite la cesión a sus empleados, bastando para ello la mera notificación, renunciando el arrendador a cualquier derecho de tanteo o retracto.
- 5) Un mes después de dicha novación el 05/05/1994, se aporta contrato de trabajo entre D. F. S. y D. J. D. D. A. M., firmado en esa fecha y con una duración de 3 años en concepto de encargado. Y con esa misma fecha 05/05/1994 solicita cambio de titularidad del arrendamiento a su recién contratado empleado D. J. D. D. A. M. En el Ayuntamiento Pleno de Julio de 1994 se estudió dicho cambio de titularidad, dejándose el asunto en mesa. En dicho pleno se puso de manifiesto que era un traspaso incontestado, puesto que los indicios apuntaban en dicha dirección.

1º) Porque el Sr. A. tenía otros establecimientos abiertos al público en Málaga (la Cueva del Camborio).

2º) Porque la cesión en la novación modificativa se había pactado a los empleados, no siendo verosímil que el Sr. A. fuera el único empleado.

Efectivamente en la Comisión de Cultura celebrada el mes de Diciembre de 1994 compareció el Sr. A. y afirmó que había indemnizado al Sr. S. y que habían firmado un contrato que aportó de fecha 03/05/1994 por el que el Sr. S. cobraría 150.000 ptas./mes hasta su muerte, las deudas a la Seguridad Social y las deudas del Ayuntamiento.

Sin embargo, incomprensiblemente, el Ayuntamiento en esa fecha no ejerció demanda de desahucio por traspaso incontestado.

- 6) F. J. S. falleció el 25/10/1997.

- 7) Posteriormente, a los 4 años, en 1998 con un equipo de gobierno diferente, se ejercita demanda civil en el procedimiento 196/98 que se pierde tanto en la 1ª instancia como en la apelación a la Audiencia Provincial, que es de 2001. El motivo básico de dichas resoluciones judiciales es que los juzgadores no entran en el fraude en la cesión o el traspaso inconsentido, sino que recalcan el tácito consentimiento del Ayuntamiento, manifestado en:
- Dejó el asunto en mesa en el Pleno de Julio de 1994.
  - Permitió y tramitó la licencia de apertura a nombre del Sr. A.
  - Colaboró a través de la diseñadora RONDON en la decoración del nuevo local.
  - Realizó convites y actos culturales en el restaurante.
- Concluye la Audiencia que ha existido subrogación en el Sr. A. por tácita reconducción.
- 8) Como la novación modificativa tenía un plazo de 10 años y se firmó en Enero de 1994, el Ayuntamiento con fecha 08/01/2004 decretó la terminación del contrato, notificándoselo al Sr. A. el 02/03/2004.  
El Sr. A. presentó reclamación previa a la vía civil con fecha 24/03/2004. Indica que el plazo de los 10 años tiene que contarse desde la licencia de apertura, que no se le concedió hasta 1999.
- 9) Con fecha 06/04/2004 y ante la previsible terminación de contrato, según la novación aludida, el Ayuntamiento afectó el restaurante al Dominio Público-Servicio Público para defensa de sus elementos teleológicos y dotación de un régimen jurídico singular. Así consta en el Inventario.
- 10) El procedimiento de desahucio nº 650/04 también se pierde en 1ª instancia, y también la apelación a la Audiencia Provincial (26/01/2006).  
Los órganos jurisdiccionales hacen suyas las tesis del Sr. A. y sostienen que en la novación modificativa el plazo de los 10 años se contaría desde la fecha en que el arrendatario toma posesión del nuevo local. Y dicho momento no se ha acreditado en el proceso, correspondiendo la carga de la prueba al actor (Ayuntamiento). Dice el Juez que hay un dato, la licencia de apertura. *“No quiere, sin embargo, este juzgador sentar que dicha fecha inicie el plazo y que luego la parte saque conclusiones y afirmaciones que se no expresan, pero sí poner de relieve que el inicio del plazo, según la propia novación, será cuando se tome posesión del nuevo local, pudiendo probarse a través de cualquier medio si este dato se produjo o no antes de la licencia de apertura, pero que desde luego no ha sido acreditado a lo largo de este plenario”.*
- 11) Existe certificado del Sr. Interventor acreditativo de un pago de 1.414,78 € por un cóctel celebrado en dicho local con motivo de la presentación del libro “Una historia de Benalmádena”. Departamento de Cultura. La factura es la nº 36 y la fecha 30/04/1.999. Así, podría haberse probado, según la consideración judicial, que el local estaba abierto al menos desde esa fecha y el plazo de los 10 años habría culminado el 30/04/2009.

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

- ✓ La Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/94 de 24 de Noviembre de Arrendamientos Urbanos establece que los contratos de locales de negocios celebrados antes del 9 de mayo de 1985 se extinguirán o bien por jubilación o fallecimiento de la persona titular (D. J. D. D. A. M. cumplió su edad de jubilación forzosa el 19/01/2013) o en el peor de los casos, a los 20 años a contar desde la entrada en vigor de la Ley (la Disposición Final Segunda establece que la entrada en vigor de aquélla es el 01/01/1995), y en consecuencia el **1 de Enero de 2015**.
- ✓ En el presente caso no caben ningún tipo de subrogaciones puesto que en la novación modificativa del año 94 el firmante, en cuya posición se situó posteriormente el Sr. A., renunció a la aplicabilidad de las subrogaciones o prórrogas forzosas y las canjeó por el plazo de 10 años desde la toma de posesión, y así se recogió en el fundamento jurídico segundo de

la sentencia recogida en el antecedente nº 10 de la anterior enumeración: “... la nulidad de pleno derecho de la cláusula temporal de 10 años, no es compartida por este juzgador pues en este contrato no rige la aplicabilidad de la prórroga forzosa (...), con lo que la consecuencia final sería la misma que ya hemos expuesto, la validez del precepto y legislación mencionada recoge que los contratos de local de negocio celebrados tras la entrada en vigor del Decreto 2/1985 tendrán la duración que pacten las partes sin que les sea aplicable la prórroga forzosa que legalmente preveía el art. 57 de la Ley de 1964”.

- ✓ Es por tanto manifiesto que a fecha 01/01/2015 se extingue el referido contrato de local de negocio y por tanto el derecho de ocupación, por los siguientes argumentos:
  - El plazo de los 10 años con la prueba certificada por el Sr. Interventor y los diversos pronunciamientos y consideraciones judiciales culminó el 30/04/2009.
  - El Sr. A. se jubiló forzosamente al cumplir la edad reglamentaria el 19/01/2013.
  - No consta en este Ayuntamiento ninguna subrogación (ni a cónyuge o hijo) que además sería imposible según el considerando anterior.
  - La posición más beneficiosa para el arrendatario y por ende la máxima prórroga posible es la establecida en la referida Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/94 de 24 de Noviembre, y culmina el 01/01/2015.

Por tanto, se trata en todos los casos, de una EXTINCIÓN MANIFIESTA, puesto que es patente, notoria, evidente y clara en todas sus posibilidades. Indubitada: que no ofrece dudas. Palmaria: que no exige mayor labor de razonamiento, siendo siempre la conclusión clara, precisa, indudable y por ello indiscutible.

- ✓ Al ser el bien de Dominio Público, desde el acto de afectación realizado el 06/04/2004 (antecedente 9º) y ser manifiesta la terminación y extinción del contrato civil, que aunque en abierta contradicción con el principio de inalienabilidad de los bienes demaniales, regía hasta la presente, es perfectamente aplicable desde el 01/01/2015 la prerrogativa administrativa del desahucio administrativo y, en consecuencia, todo el bloque normativo establecido en el art. 58 de la Ley de Patrimonio del Estado, el 68 de la Ley de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía y el 150 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía. Y en su virtud, habrá que declarar la extinción para el 01/01/2015 por el Pleno de la Entidad previa audiencia de su titular por plazo de 15 días. El art. 151.3 establece que “cuando la extinción del derecho se haya de producir por el cumplimiento de un término o plazo, la audiencia y trámites siguientes hasta la propuesta de resolución podrán realizarse con anterioridad al día previsto para la extinción del derecho”. Posteriormente se actuará de acuerdo a lo dispuesto en el art. 156 y siguientes en cuanto al desalojo y entrega del bien.

## CONCLUSIONES

A pesar de las desgraciadas resoluciones judiciales en contra de este Ayuntamiento, de una cesión ilegal de un contrato en fraude de ley, con traspaso in consentido demostrado y deficiente defensa jurídica del erario público, puede afirmarse que está próxima esta Administración a la justa recuperación de un local adscrito al Servicio Público Cultural.

Por tanto, se estima procede y así se propone, cabría dar trámite de audiencia por plazo de 15 días a D. J. D. D. A. M. como trámite previo a la adopción de acuerdo plenario declarando la extinción del contrato referido en los antecedentes históricos y consideraciones jurídicas y, en consecuencia, la extinción del derecho de ocupación del Bien de Dominio Público incluido en el complejo Castillo del Bil Bil (Bien 011 0000000018).”

Con fecha 26/08/2014 el Sr. A. presenta pliego de alegaciones en el que resumidamente manifiesta que la anulación de la cláusula de la prórroga forzosa era nula por ser un derecho irrenunciable para el arrendatario, y que en ese sentido se pronunció el informe de Asesoría Jurídica de 17/12/1993 que consta en el acta de Pleno de 31/01/1994. Otro motivo de alegación es que aunque ha cumplido la edad reglamentaria, todavía no se ha jubilado, puesto que el régimen de la jubilación forzosa no es aplicable a su régimen laboral. También alega que el plazo que el Ayuntamiento estima culmina el 01/01/2015, por aplicación de la Disposición Transitoria Tercera de la LAU de 1994, debe incrementarse en 5 años más, puesto que en su caso hubo un traspaso incontestado tal como ha venido alegando el Ayuntamiento, aunque no ha sido declarado por ningún órgano judicial. Por último alega que no ha tenido conocimiento de que el local que ocupa haya sido afectado al Dominio Público-Servicio Público, y que en su caso, ello habría de llevar aparejado un expediente de expropiación forzosa del arrendamiento, lo cual pone de manifiesto las irregularidades que comete el Ayuntamiento de Benalmádena.

Contra esas alegaciones, se ha producido el informe de desestimación de las mismas de fecha 27/08/2014 y que a continuación se transcribe:

**“Asunto: Desestimación alegaciones de restaurante El Castillito en el trámite de extinción del derecho de ocupación de bien de dominio público y extinción del contrato de arrendamiento.**

Vistas las alegaciones realizadas por D. J. D. D. A. M. contra el acto trámite de extinción del derecho de ocupación de bien de dominio público y extinción del contrato de arrendamiento del bien municipal denominado El Castillito, el funcionario que suscribe ESTIMA Y ASÍ LO PROPONE, caben rechazarse, en su mayor parte, y por tanto continuarse con la oportuna tramitación de extinción, y todo ello basándonos en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

1. **Alega primeramente** la nulidad de la cláusula de la novación modificativa del año 1994 por la que se renunciaba por mutuo acuerdo al régimen de la prórroga forzosa de la antigua ley de arrendamientos del año 64.

Este argumento ya fue invocado por el interesado en el procedimiento de desahucio 650/2004, y como ya se expresaba en la consideración jurídica segunda del acto trámite origen de esta alegación, el juez de la Audiencia se pronunció expresamente en aquel procedimiento sobre dicho extremo (se transcribe a continuación íntegramente el fundamento jurídico segundo del Juez Civil): *“Segundo: Antes de entrar a debatir la cuestión de falta de procedibilidad para iniciar la acción, debemos decir que el segundo motivo de fondo alegado, nulidad de pleno derecho de la cláusula temporal de 10 años, no es compartido por este juzgador, pues en el presente contrato no rige la aplicabilidad de la prórroga forzosa, y así debemos partir de un contrato celebrado en el año 1974, novado en fecha 31/01/1994. Si tomamos como fecha del contrato la inicial, pues en definitiva, la novación no sería sino la modificación de las condiciones del primer y único contrato, la ley aplicable sería la ley de 1964 con la disposición transitoria tercera de la LAU 29/94, con la modificación que dicha disposición hace en el sentido de declarar extinguidos los contratos que se encuentren en situación de prórroga forzosa que subsistan a la fecha de la entrada en vigor de la LAU de 1994, como es el caso del que nos ocupa, sometido por la legislación aplicable del momento a la prórroga forzosa y vigente a la entrada en vigor de la nueva ley de 1994 que se produjo el 01/01/1995. Aplicando pues la disposición transitoria y considerando que ya no está sometido a la prórroga forzosa, el plazo que fijen las partes será el único válido para la existencia temporal del contrato, que en este caso se fijó en diez años. No obstante, si entendiésemos que la novación del contrato deja sin efecto al originario apareciendo el novado como único contrato, tomando por ello como fecha del contrato, no la de 1974, sino la de la novación, 31/01/1994, resultaría aplicable el art. 9 del RD 2/1985 de 30 de abril, con lo que la consecuencia final sería la misma que ya hemos expuesto, la validez del plazo temporal que fija la novación de diez años, pues el precepto y la legislación mencionada recoge que los contratos de local*

*de negocio celebrados tras la entrada en vigor de este decreto, tendrán la duración que pacten las partes, sin que les sea aplicable la prórroga forzosa que legalmente preveía el art. 57 de la Ley de 1964”.*

Pero incluso obviando esta claridad expositiva del Juez, habría que añadir que existe numerosa jurisprudencia que confirma que cuando la novación modificativa atañe, no sólo al precio, sino al número de metros, ubicación física, régimen de prórrogas, etc, la novación es extintiva, produciéndose un nuevo contrato en el que siendo las partes las mismas, se produce una importantísima innovación incompatible con el primitivo contrato y la legislación aplicable al mismo (en el presente caso cambiaron precio, objeto, régimen de prórrogas con renuncia del arrendatario a los derechos de prórroga forzosa y del arrendador a los derechos de tanteo y retracto).

Por último, alega en apoyo de su tesis de la nulidad un informe jurídico municipal del año 1993 que advertía que dicha cláusula podría ser declarada nula por los Tribunales. Entendemos que dicha invocación tiene poca consistencia, puesto que dicho informe ni fue tenido en cuenta por el Pleno, ni puede ser aportado como fuente de derecho. Se trataba de una mera opinión jurídica interna que no debe extrapolarse del momento en que se emitió (año 1993) y que pretendía, como órgano de control interno del ejecutivo, que la novación se realizara de la forma más ventajosa para el Ayuntamiento.

2. **Como segundo motivo de alegación**, indica el Sr. A. que, aunque ha cumplido la edad para poder hacerlo, aún no se ha jubilado. El Sr. A. cumplió 65 años el 19/01/2013. Desconocemos el régimen de la Seguridad Social del Sr. A., si cotiza como autónomo o está dado de alta en régimen de asalariado, por ejemplo de la sociedad Alcaide S.L., CIF B-29659133.

Sin entrar en polémica, dado que el argumento de la jubilación forzosa es sólo uno entre cuatro motivos de extinción, en el ámbito laboral la regla de la jubilación forzosa y no voluntaria es la gran innovación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores del año 1980. Hasta entonces, la jubilación era un derecho de ejercicio facultativo del trabajador, quien, una vez contratado, tenía derecho a la estabilidad en el empleo, cuyo contrato no se extinguía al cumplir una determinada edad. Es decir, en la legislación laboral anterior a 1980, la edad, o cierta edad, no era causa de extinción del contrato de trabajo. La Disposición Adicional Quinta del Estatuto de los trabajadores permitió que en la negociación colectiva se pactasen libremente edades de jubilación. Desde ese momento, numerosos convenios colectivos incorporaron cláusulas, no sólo estableciendo incentivos a la jubilación, sino también instituyendo la jubilación forzosa. La Sentencia del Tribunal Constitucional 95/1985 de 29 de Julio subrayó que la jubilación forzosa en determinadas condiciones resulta posible en el marco laboral, sin que tampoco la existencia de criterios diferentes en virtud de la negociación sectorial diera pie a una desigualdad constitucionalmente discriminatoria (Fundamento Jurídico Cuarto).

En cualquier caso, dado que se desconoce el régimen laboral y/o asistencial del Sr. A., y no siendo imprescindible para la tramitación, cabría estimarse dicha alegación.

3. **En la tercera alegación**, el Sr. A. incide nuevamente en la nulidad de la cláusula de renuncia a la prórroga forzosa que ya ha sido fundamentada ampliamente su desestimación en el nº1 de este escrito.
4. **En su cuarto motivo de alegación**, indica el interesado que cuando en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la ley se hubiera producido el traspaso del local de negocios, los plazos contemplados se incrementarían en 5 años.

Ha omitido intencionadamente el alegante el complemento “en este apartado”. Se incrementarían en 5 años “los plazos contemplados en este apartado”. Se trata del apartado 3º

de la Disposición Transitoria Tercera de la LAU del año 1994, y se refiere a un supuesto totalmente diferente al caso que nos ocupa: si se hubiera realizado un traspaso legal (en los términos del art. 32 del TRLAU del año 1964) diez años antes de la entrada en vigor de la ley (tomando como fecha del traspaso la escritura a que se refiere el art. 32 mencionado), dicho traspaso permitiría la continuación del arrendamiento por diez años (apartado general) y cinco más (ampliación por el apartado específico invocado).

El Ayuntamiento mantiene que hubo traspaso incontestado y en fraude de ley, pero sobre eso no se ha pronunciado ningún Tribunal, como efectivamente alega el Sr. A. Lo que ha existido jurídicamente es una cesión de contrato a sus trabajadores propiciada por una específica cláusula de la novación modificativa o extintiva que el Ayuntamiento no recurrió, a pesar de los indicios y sospechas de fraude que le ocasionaba.

No puede ser que el Sr. A. cuando le interesa apele a los argumentos invocados de contrario por el Ayuntamiento, declarativos de toda clase de indicios de corruptelas procesales, y cuando no le interesa, se atribuye el papel de víctima de los desmanes administrativos y abanderado de la más estricta moralidad de sus actuaciones. Su actitud es torticera y espúrea, puesto que si ahora acepta que hubo traspaso incontestado, ha estado cometiendo fraude moral y jurídico desde el año 1994.

Lo cierto a efectos jurisdiccionales, es que el Sr. A. era el único trabajador del Sr. S., y que éste le cedió el contrato a través de la novación contractual firmada en el año 1994, bastando la mera notificación, recibida por el Ayuntamiento en dicho año, que había renunciado expresamente en la novación modificativa a cualquier acción de tanteo o retracto.

5. **En cuanto a la alegación última**, indica el Sr. A. que no tiene conocimiento de que el referido local se haya afectado al Dominio Público - Servicio Público, lo cual es incierto, puesto que consta en el expediente que en el momento de dicha afectación e inscripción inventarial, se notificó al interesado con fecha 01/04/2004, consignando además de su firma, su DNI, su nombre y apellidos completos e incluso la hora de la recepción (12:50 horas). Y dicho acto administrativo ha devenido en firme y consentido, no habiendo presentado el interesado ninguna reclamación.

Efectivamente, podría el Ayuntamiento a partir de entonces haber incoado expediente de expropiación del derecho de arrendamiento. Pero dicho derecho estaba tremendamente "debilitado" por el escaso margen temporal del que disponía (en el año 2004 ya habían transcurrido diez años desde la novación contractual y cesión a trabajadores) y pese a los diversos reveses jurisdiccionales, lo cierto es que la extinción del contrato era cada vez más inminente. Ahora nos encontramos ante una extinción "ex lege" manifiesta, indubitada y palmaria, que junto al régimen jurídico singular de los bienes de dominio público, posibilitan el desahucio administrativo. El precio de la expropiación del arrendamiento desde esa perspectiva, caso de tramitarse, es similar a cero.

**CONCLUSIÓN:** Deben desestimarse todas las alegaciones esgrimidas a excepción de la de la edad de jubilación -por desconocer esta parte su régimen asistencial- y continuar con el expediente de la extinción del derecho de ocupación del referido bien municipal."

Los señores vocales reunidos tras recibir explicaciones adicionales sobre la tramitación del expediente, dictaminan con los votos a favor del equipo de gobierno (PP y UCB) y de IULVCA y la abstención de PSOE, proponer al Ayuntamiento Pleno la desestimación de las alegaciones presentadas por el Sr. A. a excepción de la de la edad de jubilación, y en consecuencia, aprobar la extinción del derecho de ocupación sobre el referido bien de dominio público municipal como consecuencia de la extinción del contrato de arrendamiento a fecha 01/01/2015."

La Portavoz del Grupo Municipal PSOE, Sra. González Pérez, propone que se recoja la condición que las futuras concesiones no se otorguen hasta que recaiga sentencia judicial, a la vista del éxito del interesado en esta instancia y para evitar al erario abonarle daños y perjuicios.

La Sra. Presidenta expone que constará en acta y se verá en el pliego de condiciones.

**El Pleno por 14 votos a favor (10, 3 y 1, de los Grupos Partido Popular, UCB e IULV-CA) y 7 abstenciones (6 y 1, del Grupo y Sra. Cortés Gallardo), de los 25 de derecho, aprueba elevar a acuerdo el dictamen transcrito.**

### **3º.- Declaración de lesividad, gastos de reparación de taludes en Avda. del Sol.-**

Dada cuenta por el Secretario del dictamen que se transcribe de la Comisión Informativa Municipal Económico-Administrativa, de fecha 1 de Septiembre de 2.014:

#### **“DESESTIMACIÓN DE ALEGACIONES DE “LA RESERVA DE MARBELLA S.L.” Y DECLARACIÓN DE LESIVIDAD, GASTOS DE REPARACIÓN DE TALUDES EN AVDA. DEL SOL.**

Por el Secretario se pasa a dar lectura a los informes que constan en el expediente, así como a realizar una pormenorizada explicación de la problemática jurídica y fáctica:

Se da lectura primeramente al informe conjunto de la Sección de Contratación y del Asesor Jurídico Municipal de fecha 09/07/2014:

“Asunto: revisión de oficio de las Resoluciones de la Alcaldía de 9/09/2010 y de 18/03/2011 que adjudicaron obras de emergencia en talud de Avda. del Sol, con cargo al presupuesto municipal.

#### **Antecedentes**

Según consta en los datos obrantes en esta Sección:

1. Con fecha 3/03/2010 el Arquitecto Municipal (Sr. M.) emitió informe al respecto del desprendimiento de taludes y riesgo de colapso de estructura en voladizo sobre playa Tajo de la Soga en el que se proponía que se ejecutarán unas actuaciones preventivas por esta Administración y se requiriese al propietario de los elementos constructivos en situación de riesgo estructural y colapso, dictándose la oportuna orden de ejecución, para que acometiese de forma inmediata las medidas necesarias.
2. El 15/03/2010, el también Arquitecto Municipal (Sr. C.) emite informe en el que se indica que el 30/05/2002 se aprobó por el Ayuntamiento Pleno un convenio urbanístico con “La Reserva de Marbella S.A.”, estando la misma obligada a la urbanización, mantenimiento y conservación de la zona verde y equipamiento social del Plan parcial SP-13.
3. Nuevo informe de 14/04/2010 del Arquitecto Municipal, Sr. M., reiterándose la urgencia en acometer las obras y reiterando su informe de 3/03/2010.
4. Informe del Arquitecto Municipal (Sr. C.) de 20/05/2010, donde consta la conformidad del Jefe de la Unidad Jurídico Administrativa de Urbanismo y orden manuscrita del Sr. Alcalde para la contratación de las obras.
5. Con fecha 25/05/2010, por la Sección de Contratación se emite informe.
6. La Vicesecretaria Municipal, con fecha 25/05/2010 emite igualmente informe.

7. Mediante Resolución de la Alcaldía de 26/05/2010, se declaran de emergencia las obras de saneamiento, acondicionamiento, estabilización y protección de dicho talud y se encomienda su ejecución a la entidad Francisco Ternero S.L., bajo la dirección técnica de CEMOSA. Dicha Resolución indica expresamente "los gastos relativos a la actuación en la zona verde pública UPA2 se repercutirán a la entidad La Reserva de Marbella S.A., la cual está obligada a conservar la zona en virtud de convenio urbanístico aprobado por el Ayuntamiento Pleno el 30/05/2002".
8. El 19/07/2010 la Reserva de Marbella S.A. presente Recurso de Reposición contra la anterior Resolución de la Alcaldía de 26/05/2010.
9. Informe del Arquitecto Municipal (Sr. M.) de 03/09/2010.
10. El 03/09/2010 emite también informe el Asesor Jurídico Municipal en relación al recurso de Reposición presentado por la Reserva de Marbella S.A., proponiendo la estimación parcial del mismo.
11. Mediante Resolución de la Alcaldía de 9/09/2010 se estimó parcialmente el Recurso de Reposición, declarando que no procede repercutir cantidad alguna a la entidad la Reserva de Marbella S.A.
12. Consta igualmente en el expediente obrante en esta Sección diversas vicisitudes en relación a la ejecución de las obras relativas a la tramitación de autorizaciones del Ministerio de Medio Ambiente y Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía.
13. Resolución de la Alcaldía de 18/03/2011 en la que se declaran de emergencia las obras de saneamiento, estabilización y protección de dicho talud, en la forma indicada por la Demarcación de Costas, encomendándose su ejecución a Francisco Ternero S.L. bajo la dirección técnica de CEMOSA. Dicha Resolución ordena el libramiento de fondos del Presupuesto Municipal para hacer frente a los gastos que las actuaciones comprenden.
14. Resolución de la Alcaldía de 29/11/11 aprobando el Plan de Seguridad y Salud previo al inicio de las obras.
15. Informe del Arquitecto Municipal (Sr. M.) de 9/09/2013.
16. Informe del Arquitecto municipal (Sr. M.) de 19/03/2014 proponiendo revisión de oficio.
17. Informe de 3/06/2014 del Asesor Jurídico estimando existe justificación para incoar procedimiento de revisión de oficio.

#### Normativa de aplicación.

1. Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local:
  - Art. 21.1.l: El Alcalde es competente para proponer al Pleno la declaración de lesividad.
  - Art. 22.2.k: El Pleno es competente para la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento.
  - Art. 53: Remite a la legislación del Estado reguladora del Procedimiento Administrativo Común para la revisión de actos y acuerdos.
  - Art. 110.2: la Administración Local, para anular sus propios actos declarativos de derechos, han de declarar previamente lesividad para el interés público impugnar en vía contencioso-administrativo, con arreglo a la ley de dicha jurisdicción.
2. Real Decreto 2568/1986, de 28 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.:

Art. 28 remite, en lo atinente a la revisión de oficio de los actos y acuerdos de las entidades locales, a la legislación del Estado reguladora del Procedimiento Administrativo Común.
3. Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

- Art. 63: Son anulables los actos de las Administraciones que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico.
- Art. 103: **1.** Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
  - 2.** La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley.
  - 3.** Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.
  - 4.** Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.
  - 5.** Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

4. Ley 29/1998 de 13 de Julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Art. 19.2 Están legitimadas para impugnar sus actos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración autora de los mismos, previa declaración de lesividad.

Art. 43. Cuando la propia Administración autora de algún acto pretende demandar su anulación ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa previamente, declararlo lesivo para el interés público.

Art. 46.5 El plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

5. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Art. 22 Los organismos del Sector Público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento de sus fines institucionales.

### CONCLUSIONES

A juicio del informante y según lo argumentado por el Arquitecto Municipal, en los distintos informes obrantes en el expediente, las obras en cuestión son responsabilidad de un particular, en virtud de un convenio urbanístico suscrito.

Así, entendemos que tanto el acuerdo de la Alcaldía de 9/09/2010 que estimó parcialmente el recurso de reposición interpuesto por la Reserva de Marbella S.A. (señalando que no cabía repercutir cantidad a la Reserva de Marbella) como la Resolución de la Alcaldía de 18/03/2011 que declara igualmente de emergencia las obras en cuestión en la forma indicada por la Demarcación de Costas, (sin que en dicha resolución se repercutan tales obras a la Reserva de Marbella, son actos favorables para el particular y lesivos para el interés público que infringen el ordenamiento jurídico por cuanto el art. 22 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Noviembre por el que se aprueba el TRLCSP, no permite a las entidades del Sector Público celebrar otros contratos que aquellos necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales lo que es claro reflejo de los principios de eficiencia del gasto público y de

aplicación de la actuación de la Administración recogida en los artículos 31.2 y 103 de la Constitución.

En consecuencia se estima procede que la Alcaldía incoe expediente para la declaración de lesividad de las mencionadas Resoluciones en lo atinente a que los gastos de las actuaciones se abonen con cargo al Presupuesto Municipal.

Con carácter previo a la Resolución que en su caso se adopte, de conformidad con el art. 84 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, procede otorgar al interesado "La Reserva de Marbella S.A.", trámite de audiencia para que alegue y presente los documentos que estimen pertinentes a su derecho.

Posteriormente, en su caso, el Pleno de la Corporación, previo dictamen de la Comisión Informativa Municipal correspondiente y con quórum de mayoría simple, acordarán declarar lesivos los actos en cuestión en lo que se refiere al abono de los costes con cargo al Ayuntamiento y su posterior incorporación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa."

Con fecha 31/07/2014 presenta escrito de alegaciones D. E. E. G. e/r La Reserva de Marbella S.L. por las que además de realizar las oportunas invocaciones de contrario a los argumentos municipales, interesa la ampliación del plazo para completar sus argumentaciones, una vez que se incorporen los informes de Cemosa a que hace referencia el Sr. M. F. en su informe de 26/10/2011.

A continuación se da lectura por el Sr. Secretario al informe conjunto realizado por la Sección de Contratación y la Asesoría Jurídica Municipal, junto con la adhesión del Sr. Interventor, de fecha 26/08/2014, que se transcribe:

**"Asunto:** Desestimación alegaciones presentadas el 01/08/2014 por D. E. E. G. e/r La Reserva de Marbella S.L.

**Informe:** Vistas las referidas alegaciones, que constan en el expediente, y visto el informe del Sr. Arquitecto Municipal que se transcribe íntegro a continuación:

**"EXPEDIENTE:** EXPEDIENTE DE LESIVIDAD, INCOADO EN VIRTUD DE UNA RESOLUCIÓN DE LA SRA. ALCALDESA, DE 24 DE JULIO DE 2014, RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES DE ALCALDÍA DICTADAS LOS DÍAS 09 DE SEPTIEMBRE DE 2010 Y 18 DE MARZO DE 2011.

OBRAS DE EMERGENCIA DE ESTABILIZACIÓN DEL TALUD DEL ACANTILADO DE LA SOGA, EN SECTOR SP-13.

**EXPTE.: 32/10**

<b>SITUACIÓN:</b>	AVDA. DEL SOL, (ANTIGUA CN-340. PK 215,600) DEL TM BENALMÁDENA.
-------------------	---

<b>ASUNTO:</b>	INFORME ESCRITO DE ALEGACIONES, PRESENTADO POR LA "RESERVA DE MARBELLA, S. L., REPRESENTADA POR D. E. E. G., ABOGADO, DEL ILUSTRE COLEGIO DE MÁLAGA.
----------------	--

---

DIRECCIÓN FACULTATIVA:	D. S. E. M.. INGENIERO DE CAMINO, CANALES Y PUERTOS. CEMOSA. INGENIERÍA Y CONTROL.
------------------------	---

EMPRESA CONSTRUCTORA:	FRANCISCO TERNERO, S. L.
-----------------------	--------------------------

Requerido por la Sra. Alcaldesa Presidenta, expresamente, se procede a emitir informe sobre un escrito de alegaciones de la Reserva de Marbella, S. L., representada, para este acto, por el Abogado D. E. E. G., inscrito bajo el número 1801, en el Ilustre Colegio de Málaga.

Se ignora la documentación que fue conocida por el Sr. Abogado. De la lectura del escrito de alegaciones se deduce una cierta confusión en sus conclusiones y la afirmación de una serie de aspectos que no se corresponden con la realidad o se han vertido sesgadamente.

De los aspectos subjetivos que expone el Sr. Abogado, no se valoran, en sentido alguno. En este punto, en las materias que son competencias de esta Sección Técnica, se resume, por economía procedimental, que **SE RATIFICAN LOS INFORMES EMITIDOS POR EL TÉCNICO QUE SUSCRIBEN, EN TODO LO ESENCIAL.**

Se difiere a una lectura completa y con el apoyo que sea preciso, de orden técnico, para comprender, en su caso, el contenido de dichos informes que, el Sr. Abogado ha ignorado, de plano, en este escrito de alegaciones, para volver a repetir conceptos, ya superados.

La intervención de este técnico, en el suceso inicial y, posterior seguimiento, se debe, exclusivamente, a las cuestiones constructivas, que desembocaron en la ruina de un paso, en el nivel del Club de Playa.

Por tanto, en el cuerpo del presente **INFORME**, se tratarán algunos aspectos, que deben ser aclarados o recordados, según el caso.

- No existen informes de Cemosa. Hay un informe de Cemosa, válido en Derecho, que sirvió de apoyo para la emisión de los acuerdos de Alcaldía, en procedimiento de revisión. No hay cambios de criterios que hayan sido expuestos, por tanto, en otros informes. Mucho menos, que este técnico se haya basado, para indicar el cambio de criterio.
- Igualmente, el criterio de este técnico municipal, desde el principio, ha sido uniforme, como puede extraerse de los mismos. En los informes, sucesivos al primero, se ha ido reiterando el contenido de los anteriores.
- El reconocimiento implícito de que ha habido un craso error, en el único informe de Cemosa, culpando a un pequeño muro, que no se continuó, se ha hecho de la forma técnica más palpable: LA CORRECCIÓN DEL PROYECTO DE REPARACIONES, por ignorar las corrientes de aguas subterráneas, que, careciendo de un drenaje adecuado, desde la ejecución de la urbanización primera, ha provocado, en dos ocasiones, la ruina del talud.  
Esto es tan obvio que, solo basta con ver los documentos técnicos elaborados por los Ingenieros de Cemosa y girar una pequeña visita al lugar de los sucesos.

- De los aspectos relacionados con cuestiones urbanísticas o de otra índole legal, no se ocupa este informe, por no ser de su competencia.
- Se rechaza, por sesgada, tendenciosa e inconsistente, la alegación tercera, en su totalidad. Carece de un mínimo rigor técnico, que le sirviera de soporte a lo que allí se dice. En el mismo sentido, la alegación sexta.
- En fin, los informes vistos por el Sr. Abogado, de índole interno, han sido interpretados y, sobre estas interpretaciones se ha levantado una teoría que no puede ser aceptada por este técnico que suscribe, concluyendo que, en la materia de sus competencias, dejando claro que no se han invadido competencias exclusivas de los Ingenieros, sino que se ha constatado una realidad física, evidente, y que puede hacerlo sobre la base de la titulación que ostenta y los estudios recibidos, en materia de geotecnia y cimientos y mecánica del suelo, de la mano de un Catedrático de reconocido prestigio, como el Sr. Ingeniero de Caminos, Puertos y Canales, D. J. A.,

**SE PROPONE: DEBE PROSEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO, EN CONSECUENCIA.**

- Se reproduce, a continuación, el texto con las conclusiones finales del informe emitido con fecha de 19 de marzo de 2014, para dar un poco de luz a estos temas tratados o de los que se ha hecho mención, recordando el origen de las propuestas, para un mejor entendimiento de éstas, por el Sr. Abogado, Sr. E. G., cuando todavía desconocía, este técnico, si se aceptaría la propuesta de revisión de los acuerdos:

CONCLUSIONES FINALES DEL INFORME Y PROPUESTA DE ACTUACIONES:

**A los efectos del presente informe: se recuerdan las cuestiones que han de ser aclaradas, mediante los informes correspondientes, sin los cuales, CON CARÁCTER PREVIO, NO SERÁ POSIBLE LA CONFORMACIÓN DE LAS FACTURAS.**

- ☞ **Sobre la base de los puntos CITADOS, el técnico que suscribe, no comparte la tesis de que la culpa sea de este Ayuntamiento, por lo que entiende que repercutiendo los gastos al Ayuntamiento se le está produciendo un menoscabo dinerario, y en ese sentido, de perjuicio al interés público, ha solicitado la revisión de oficio del acuerdo tomado, si es posible, en Derecho.**
- ☞ **En segundo lugar, caso de que no hubiera revisión de oficio del acuerdo, conste, expresamente, en el expediente, a los efectos de delimitación de todo tipo de responsabilidades, por el cual se estimó parcialmente el Recurso de Reposición interpuesto por D. C. P. S., declarando que no procedía repercutir cantidad alguna a la citada entidad.**
- ☞ **Lo cierto es que los gastos han sido sufragados por la Reserva de Marbella, S. A., y lo que se pretende es recuperar ese dinero, en concepto de: repercusión de gastos por los trabajos de ejecución de obras y honorarios por trabajos profesionales.**
- ☞ Se requiere informe específico, de la Intervención Municipal y de la Sección de Contratación, sobre las operaciones pretendidas, de repercusión de gastos al Ayuntamiento, en el sentido de su legalidad y autorización; además, con el dictamen del técnico receptor del contrato, contrario a las tesis que sirvieron de soporte para tomar dicho acuerdo y ratifica, de nuevo.

Informe que se somete a cualquier otro, mejor fundado, en correspondencia con los criterios de la Cámara de Cuentas, de la Junta de Andalucía, en Benalmádena, viernes, 22 de agosto de 2014.  
El Arquitecto Municipal. Fdo. F. M. F.”

Los funcionarios que suscriben proponen: desestimar íntegramente las alegaciones referidas en base al informe transcrito del Sr. Arquitecto Municipal de 22/08/2014, y reiterar lo informado por la Sección de Contratación y Asesoría Jurídica el 24/07/2014, procediendo a continuación que se dictamine por la Comisión Informativa Económico Administrativa y se adopte el oportuno acuerdo plenario con quórum de mayoría simple.

Dicho acuerdo deberá declarar actos lesivos las resoluciones de la Alcaldía Presidencia de 09/09/2010 y 18/03/2011 en lo atinente a que los gastos de las actuaciones se abonen con cargo al presupuesto municipal, procediéndose igualmente a la posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo que se informa a los efectos oportunos y demás reglamentarios.”

Interviene el Sr. Moya para significar que él fue el alcalde que decretó los actos administrativos que ahora se declaran lesivos. Hubo que decretar que se realizaran las obras por emergencia. En todo momento se dejó llevar por los informes de los técnicos municipales (arquitectos C. y M.) y por la entidad Cemosa, y no antes de realizar varias reuniones. Posteriormente se llevó el asunto al Pleno para dar cuenta.

Los señores vocales reunidos tras recibir explicaciones adicionales sobre la tramitación del expediente, dictaminan con los votos a favor del equipo de gobierno (PP y UCB) y de IULVCA y la abstención de PSOE, proponer al Ayuntamiento Pleno la desestimación de las alegaciones presentadas por la Reserva de Marbella S.L., y en consecuencia, proponer al Ayuntamiento Pleno que acuerde como actos lesivos la resoluciones de la Alcaldía Presidencia de 09/09/2010 y 18/03/2011, en lo atinente a que los gastos de las actuaciones se abonen con cargo al presupuesto municipal, proponiéndose igualmente la posterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”

**El Pleno por unanimidad de los 21 miembros presentes (10, 3, 6, 1 y 1, de los Grupos Partido Popular, UCB, PSOE e IULV-CA y Sra. Cortés Gallardo), de los 25 de derecho, aprueba elevar a acuerdo el dictamen transcrito.**

Y no habiendo más asuntos que tratar se levanta la sesión, siendo las nueve horas y nueve minutos, extendiéndose la presente acta, de la que doy fe.

Benalmádena, a 4 de Septiembre de 2.014  
EL SECRETARIO GENERAL,