

A LA FISCALIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MALAGA

Eduardo Zorrilla Díaz, con DNI nº 33359712Y y Remedios Ramos con DNI nº 25576097M, residentes en Málaga, con domicilio a efectos de notificación en el Ayuntamiento de Málaga, C/ Cervantes s/nº., ambos en calidad de Concejales electos del Grupo Municipal “Málaga para la Gente”, por medio del presente escrito, trasladan a la Fiscalía los siguientes hechos, por considerar que los mismos pudieran ser constitutivos de delitos tipificados en el Código Penal vigente

HECHOS

1.- Con fecha 5 de agosto de 2008 el Ayuntamiento de Málaga firma un Convenio Urbanístico de planeamiento con las entidades mercantiles “Nueva Marina Real Estate, S.L.” y “Endesa Distribución Eléctrica, S.L.”. Dicho *Convenio tiene como objeto “la colaboración entre las partes con la finalidad.....en el marco de Revisión del PGOU, la correcta regulación urbanística de los suelos del ámbito objeto de ordenación”*.(DOC. Nº1).

2.- Conviene tener presente que “Nueva Marina Real Estate, S.L.” es fundada y constituida el 19 de diciembre de 2007, por Endesa SA, la cual suscribe y desembolsa la totalidad de su capital social, así como una prima de emisión de 119.996.800 €, por lo que cabe considerar a aquella como filial-testaferro de ésta y a ésta como propietaria, al 100%, de aquella. (DOC. Nº2)

Ese mismo día, 19 de diciembre de 2007, y ante la misma notaría, representantes de Endesa Generación, Endesa Distribución Eléctrica y Nueva Marina Real State (todas ellas filiales de Endesa S.A) formalizan escritura de compraventa, (DOC. Nº3) mediante la cuales dos primeras venden a la tercera cinco fincas registrales con una superficie de 150.740,16 m2 por un precio que “*nunca superara los 200.000.000 €*” satisfechos en varios plazos. Como se desprende de todo lo anterior se trata de un movimiento de propiedades y de cantidades entre sociedades pertenecientes a una misma matriz, Endesa S.A. Conviene tener presente que, de acuerdo con la citada escritura, “*dicho importe ha sido establecido sobre el supuesto de que el nuevo PGOU de Málaga resultante del actual proceso de revisión, otorgara a las propiedades de Endesa, incluidas en el sector, al menos una edificabilidad neta de 59.443 metros de techo edificable ... conforme al vigente PGOU y que dicha edificabilidad es susceptible de incremento conforme a un convenio urbanístico actualmente en negociación”*.”

Es decir la venta de los terrenos se produce estando la propiedad y el Ayuntamiento inmersos en negociaciones para incrementar la edificabilidad del sector, lo cual se materializa apenas 8 meses después con la firma del convenio urbanístico citado al comienzo.

Otro dato a tener en cuenta, según se desprende de la escritura de referencia, es que en el mismo momento Nueva Marina entrega a Endesa 139.200.000 €; no hay que olvidar que esta compraventa se formaliza el mismo día en que Endesa constituye Nueva Marina, desembolsando para ello 119.996.800 €. Por lo tanto se entiende que este era el capital con el que ese día (19 de diciembre de 2007) contaba realmente Nueva Marina para hacer frente a sus obligaciones, por lo que sorprende que ese mismo día pueda abonar a las otras filiales de Endesa 139.200.000€, tal como se afirma ante notario.

En cualquier caso, parece evidente (además de aparente movimiento de ingeniería financiera) que la nueva empresa Nueva Marina Real Estate nace ya con un descubierto de 19.200.000€, con lo que difícilmente podrá hacer frente a los futuros acuerdos monetarios a los que llegue con el Ayto, en la negociación del convenio urbanístico que, para esas fechas, debía estar bastante avanzado

3.- Es importante a efectos de la presente denuncia conocer cual fue el valor realmente abonado por Nueva Marina (filial de Endesa) a Endesa generación y a Endesa Distribución (filiales también de Endesa). Pues bien de acuerdo con el informe emitido el 24 de septiembre de 2012 por la Jefe del Departamento de Secretaría Técnica de la Gerencia Municipal de Urbanismo, obras e infraestructuras del Ayto. de Málaga (**DOC, Nº4**) *“homogenizando los distintos usos vigentes en el momento de la escritura podríamos estimar que realmente adquirieron: 31538m²t de vivienda libre 6.123 m²t de terciario, sumando un total de 37.661 m²t homogenizados, lo que supone una **repercusión de 3.850 €/m²t vivienda libre terciario sin urbanizar, valor realmente abonado por Nueva Marina a Endesa**”*. Es decir, un precio absolutamente *“sobre especulado”* (de acuerdo con el referido informe), fuera de mercado, pactado entre empresas con idénticos propietarios y que defienden idénticos intereses. Lo anterior tiene especial importancia porque, como se verá más adelante, la supuesta rentabilidad de la promoción será el argumento fundamental para modificar sustancialmente las obligaciones recogidas en el convenio suscrito.

4.- El convenio suscrito (**DOC Nº1, Estipulación Tercera**) tiene como finalidad incorporar en el nuevo PGOU en revisión un incremento de la edificabilidad para el sector, pasando de los 0,77m²t/m²s con que contaba en el PGOU de 1997 a 1 m²t/m²s

propuesto para la revisión del PGOU, pasando a ser considerado como suelo urbano no consolidado en lugar de suelo urbanizable e industrial, que era como figuraba en el planeamiento original.

Esta modificación supone pasar de 40.919 UUAA (aprovechamiento de partida, previo al convenio de 20108, homogeneizado a la previsión del PGOU 2011) a 73.833,51 UUAA, es decir un incremento del aprovechamiento de prácticamente el 45%.

Este fenomenal incremento de los aprovechamientos urbanísticos va a suponer evidentemente un fenomenal incremento en los beneficios de los propietarios, no solo por la cuantificación estricta del incremento (un 45% mas) sino que, además, con la nueva ordenación prevista en el convenio los terrenos, una vez urbanizados, experimentarán también una notable apreciación. Es importante destacar también que el convenio recoge una distribución de aprovechamientos urbanísticos entre el Ayuntamiento y los propietarios privados que supone **una renuncia inexplicable** por parte del Ayuntamiento de los aprovechamientos que le corresponde tanto por las cesiones legalmente establecidas como por las derivadas de los terrenos cuya propiedad le pertenece en el referido sector (lo cual desarrollaremos más adelante).

Como contraprestación al beneficio que los propietarios obtendrían como consecuencia de la ejecución de las cláusulas convenidas, éstos asumen una serie de compromisos, los cuales se articulan en la Estipulación Quinta del indicado Convenio (conviene analizar los mismos porque, como se verá, la propiedad los incumple todos).

Entre estos destaca el abono al Ayuntamiento de 58.000.000 €, los cuales son afectados a la ejecución de una serie de actuaciones urbanísticas y de ejecución de infraestructuras contempladas en la citada Estipulación. La cantidad de 58.000.000 € “*se obtiene de la diferencia entre la valoración del aprovechamiento susceptible de apropiación en el PGOU y en la aprobación Provisional de la Revisión del PGOU de Málaga*” (Informe de valoración emitido por el Gerente de Urbanismo el 4 de diciembre de 2008)

En la Estipulación Sexta se acuerdan los plazos en los que la propiedad deberá materializar la compensación económica pactada, así como las penalidades que se aplicarán en caso de incumplimiento.

En la estipulación Octava, con relación a la vigencia, se establece que el convenio “*estará vigente durante el tiempo que sea necesario para el cumplimiento de su objeto...*”

El convenio de referencia tiene su encaje legal en el art. 30. 2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Convenios urbanísticos de planeamiento), el cual manifiesta

que estos convenios *“sólo tendrán el efecto de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento ...”* concretando que *“cuantas otras aportaciones económicas se realicen en virtud del convenio ... deberán integrarse en el Patrimonio Público de suelo”*.

De lo anterior se concluye dos consecuencias, en primer lugar, en relación también con la cláusula octava, que el Convenio tiene como razón de ser impulsar una modificación del planeamiento (revisión del PGOU) para incorporar en el mismo las consideraciones pactadas. Una vez aprobado el planeamiento el objeto del convenio se considera cumplido y su vigencia a efectos urbanísticos agotada. Sólo queda vigente como pacto bilateral a los efectos de exigir el cumplimiento de los compromisos adquiridos, en este caso, por la propiedad.

En segundo lugar, las aportaciones económicas (en este caso los 58 M€) se incorporan al Patrimonio Municipal de Suelo, con el objetivo de cumplir las finalidades enumeradas en el art. 69 de la LOUA.

5.- El Convenio Urbanístico fue publicado en el BOP el 14 de agosto de 2008 y aprobado por el Ayuntamiento en sesión plenaria el día 29 de enero de 2009. Con fecha 16 de julio de 2010 el Ayuntamiento Pleno procede a la aprobación provisional de la “Revisión Adaptación del PGOU de Málaga”, publicándose en el BOJA el 30 de agosto de 2011.

Como se pone de manifiesto en el Informe del Servicio Jurídico de 17 de junio de 2011 (incluido en el DOC, N°5) *“el Excmo. Ayuntamiento de Málaga ha cumplido escrupulosamente con su compromiso de planificar el sector SUNC-R-LO.11 ‘Térmica’ en los términos pactados en el convenio suscrito el 5 de agosto y así se recoge en el nuevo PGOU aprobado definitivamente”*.

Es a partir de la publicación en el BOJA del nuevo PGOU cuando comienzan a correr los plazos para que la propiedad cumpla con cada uno de los compromisos adquiridos en la Estipulación Sexta del Convenio de referencia. Previamente, y de acuerdo con la citada estipulación la propiedad debía haber depositado sendos avales por valor de 5.800.000 € y 17.000.000 € respectivamente, compromisos éstos que al igual que todos los restantes (incluido la formulación del PERI para desarrollar el sector en los plazos acordados) fueron groseramente incumplidos desde el primer momento.

Lejos de cumplir lo pactado, la propiedad solicitó la resolución del convenio el cual fue desestimado por el Ayuntamiento Pleno. Hay que tener presente que la aprobación del PGOU cambió sustancialmente la ordenación del sector, incrementando enormemente su valor, por lo que la propiedad había conseguido plenamente sus objetivos (revalorizar los

terrenos y los aprovechamientos urbanístico). Es más, como se desprende de todo el expediente, éste fue el único objetivo de la propiedad para cuyo logro, como veremos mas adelante, resultó imprescindible la colaboración del Ayuntamiento de Málaga.

6.-La propiedad solicita, con fecha 14 de marzo, la resolución del convenio con base en dos argumentos: la existencia de un expediente de deslinde por parte de costas que afectaría a parte de sus terrenos y a un supuesto desequilibrio económico existente en el convenio. Dicha pretensión es desestimada por el Ayuntamiento Pleno en la sesión celebrada el 29 de septiembre de 2011 (**DOC. Nº 5**), destacando a los efectos de la presente denuncia el informe del servicio jurídico de 17 de junio de 2011 (que sirve de base para el acuerdo municipal), en el cual se manifiesta: *“Habiendo asumido el Documento de Revisión del PGOU ... tanto las determinaciones urbanísticas como las cargas pactadas en el Convenio en cuestión, **dicho pacto se convierte en determinación obligatoria del nuevo Plan y goza de su misma naturaleza reglamentaria, en consecuencia cualquier impugnación de lo pactado debe seguir los mismos cauces legales que una impugnación del Plan que incorpora dicho pacto** (SSTS de 6 de noviembre de 1997 –RJ 1997/8003- y de 9 de marzo de 2001 –RJ 2001/27369”.*

Con relación al supuesto desequilibrio económico el Ayto. se concluye en el referido acuerdo lo siguiente: *“Ese desequilibrio, de ser cierto y justificado, de cualquier manera, no daría lugar a la resolución de lo pactado **sino a su adenda y consiguiente Modificación de Revisión, en su caso**”* Estas consideraciones jurídicas son asumidas íntegramente por el Ayuntamiento a la hora de desestimar la resolución pretendida por la propiedad, entrando a formar parte de lo que podemos considerar “actos propios” de la administración. De lo anterior se deduce que la carga expresa de abonar 58 M€ al Ayto. para la realización de las obras y actuaciones urbanísticas establecidas no forma parte ya de una relación bilateral propiedad- Ayuntamiento, que puede ser modificada por acuerdo de ambas partes, sino que se integra plenamente en el nuevo PGOU, adquiriendo rango de norma, (tanto en sus determinaciones urbanísticas como en su estudio económico financiero) y su modificación sólo podrá realizarse por los mismo trámites establecidos para modificar el propio PGOU y su hipotética reducción sólo podría tener cabida en el supuesto de que se produjera, como consecuencia de la revisión del planeamiento, *“una reducción del aprovechamiento subjetivo y edificabilidad del sector”* (informe de 17 de junio de 2011).

Por lo tanto, en estos momentos y por efecto del Plan aprobado, el Ayuntamiento cuenta con unos ingresos de 58 M€, los cuales aparecen como tales ingresos en el Estudio Económico y Financiero del PGOU, y están afectados a la ejecución de determinadas obras de infraestructura y realización de ciertas actuaciones urbanísticas.

7.- Ante los reiterados incumplimientos por parte de la propiedad, el Ayuntamiento requiere formalmente el pago de los 40.600.000 € asumidos en las estipulaciones 5ª y 6ª del Convenio. Ante la falta de pago, el Ayuntamiento inicia el procedimiento de apremio dictándose providencia de apremio con fecha 12 de julio de 2012 por un importe total de 48.720.000 €, correspondiendo 40.600.000 € al principal y 8.120.000€ al recargo.

Ante la anterior iniciativa municipal la propiedad deudora, que mantiene en esos momentos tres procesos judiciales abiertos contra el Ayto. (Proc. Ordinario 685/2011 y 362/2012, además de un nuevo incidente de medidas cautelares 80/2012 y de un recurso ante la Sala de Málaga de TSJA) solicita a la GMU que cualquier medida ejecutiva que se decidiese adoptar se garantice mediante la reserva de aprovechamiento de los terrenos (único bien de la sociedad, ya que no hay que olvidar que esta sociedad se crea expresamente por la matriz Endesa para la promoción de esta concreta actuación urbanística); igualmente solicita que se inicie por el Ayto. el proceso de determinar que parte del aprovechamiento que tienen los suelos cubriría las cantidades que teniendo en cuenta la caída del valor de los terrenos mantuviere el equilibrio con la situación inicial del convenio

8.- Con fecha 13 de noviembre de 2012, el ayto. de Málaga emite Diligencia de Embargo de Bienes Inmuebles sobre seis fincas propiedad de la deudora (Fincas 738/B, 740/B, 742/B, 744/b, 4415/B y 24595) por un importe total de débitos de 60.900.000€. Ante esta iniciativa municipal para garantizar las estipulaciones pactadas en el convenio, la mercantil “Nueva Marina Real Estate, S.L.) presentó ante los juzgados de Madrid, con fecha 28 de diciembre de 2012, solicitud voluntaria de concurso de acreedores, que fue declarado con fecha 5 de marzo de 2013, suspendiéndose, de acuerdo con la legislación concursal, cualquier actuación sobre los bienes del deudor.

La Providencia del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid, de fecha 20 de mayo de 2013, da a conocer a los concursados el informe de la Administración Concursal designada, del que se desprende un total de masa activa de la sociedad de 93.001.328,27€, correspondiendo 259.958,58€ a activo corriente y 92.741.359,69€ a inmovilizado material, mientras que el inventario de la masa pasiva totaliza un saldo según

lista de acreedores de 77.399.520,52 €, con un rédito comunicado de 69.374.352, 37 € y un importe reconocido de 20.687.832,45 € .

9.- Hasta este momento la actitud del equipo de gobierno resulta clara y contundente, al considerar que las determinaciones del convenio están incluidas en el Plan General y, por lo tanto, cualquier modificación de las estipulaciones convenidas exigiría la correspondiente modificación del Planeamiento; por consiguiente no cabe más opción que el cumplimiento de todas las estipulaciones contenidas en el convenio firmado, procediéndose a impulsar las medidas necesarias para garantizar el cobro por el Ayuntamiento de las cantidades adeudadas (incluidas en el estudio económico financiero del PGOU y afectadas a diversas obras de infraestructura y actuaciones urbanísticas).

Es decir, hasta este momento y en lo referente al Convenio firmado, el equipo de gobierno municipal defiende en su actuación el interés general, el desarrollo del planeamiento y el cumplimiento de sus estipulaciones. Por otra parte la actitud de la propiedad también queda absolutamente clara: una vez conseguido que las determinaciones urbanísticas previstas en el Convenio se trasladen íntegramente al planeamiento (y por lo tanto haber revalorizado objetivamente todos sus aprovechamientos urbanísticos) no están dispuestos a pagar al municipio ninguna de las cantidades explícitamente previstas en el Convenio e incorporadas al planeamiento; para ello no dudan en interponer diversos procesos judiciales e, incluso, en instar el concurso voluntario de acreedores.

10.-En verano de 2013 el Alcalde efectúa un cambio radical en el área de Urbanismo afectando desde el concejal delegado al propio gerente y redactor del PGOU y máximo responsable de la gestión, tramitación y desarrollo del Convenio de referencia. Es a partir de este momento cuando el equipo de gobierno cambia sustancialmente de actitud, aviniéndose a negociar con la propiedad un cambio sustancial de lo inicialmente acordado e incluido en el planeamiento, con claros beneficios para la propiedad y pérdidas cuantiosas para el municipio. **Es decir, se pasa de la defensa del interés general a nuevas e injustificadas concesiones a la propiedad, con el aparente objetivo de favorecer sus intereses.**

Estas concesiones se materializan en la Adenda al Convenio (**Doc. Nº 6**), la cual es aprobada por acuerdo unánime de la Junta de Gobierno Local el 20 de diciembre de 2013 y firmada el 23 de enero de 2014. Este acuerdo, como se verá mas adelante, cambia sustancialmente las aportaciones económicas que los privados se comprometía a realizar

en el convenio original e incorporadas al planeamiento, y se hace sin proceder a la modificación del mismo (tal como se exigía en el acuerdo plenario de 29 de septiembre de 2011 por el que se rechaza la pretensión de resolución del Convenio instada por las filiales de Endesa), incurriendo por lo tanto en una clara ilegalidad, de acuerdo con los propios actos realizados por el Ayuntamiento.

Sorprende el interés del equipo de gobierno por “aliviar” las cargas de la propiedad, las cuales fueron libremente asumidas por la misma, aún a consta de perjudicar espectacularmente los intereses generales del municipio.

Como argumentación necesaria para justificar la necesidad de la Adenda, la sección de valoraciones de la GMU emite un informe el 13 de diciembre de 2013 por el que se valoran las unidades de aprovechamiento sin urbanizar a precios mercado en 825,09 €/ua. De acuerdo con el mismo se cuantifica las 32.833,51 UUAA convenidas en 27.090.600,76 € a precios de diciembre de 2013, concluyéndose por parte del Equipo de Gobierno la existencia de un desequilibrio económico que justifica la modificación sustancial del Convenio de 2008. Se desprecia en esta argumentación que el Convenio firmado en 2008 lo fue a riesgo y ventura de las partes, que las estipulaciones contempladas en el mismo forman parte del PGOU y que su cambio requiere el cambio del propio PGOU por el procedimiento establecido en la LOUA y que el precio de mercado es fluctuante, pudiendo ser mas elevado en unos momentos y menos en otros, sin que ello pueda suponer un cambio permanente en los acuerdos libremente adoptados.

Como resultado de todo lo anterior podemos concluir que por parte del equipo de gobierno municipal se ha impulsado toda una operación, vulnerando flagrantemente lo establecido en el artículo 105 de la LOUA, con el único fin de beneficiar los intereses de la filial de Endesa en claro perjuicio además, como veremos más adelante, de los intereses generales de la ciudad y del cumplimiento del planeamiento aprobado. (Todo lo referente a la tramitación de la referida adenda como la aprobación definitiva del sector ha sido impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, tramitándose en estos momentos en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Recurso Ordinario 796/2015)

11.- Con fecha 16 de diciembre de 2013 se emite informe de la Asesoría Jurídica Municipal (**DOC. Nº 7**) en el que interesa resaltar a efectos de la presente denuncia la afirmación realizada en el cuerpo del mismo “ *Ahora bien, sí es de considerar que el propósito del documento remitido (se refiere al borrador de Adenda) es una posibilidad*

para asegurar parte de los intereses generales sustentados por el Ayuntamiento, y que en la actualidad están pendientes e inmersos en unos procedimientos judiciales, con resultado incierto y sin fecha aparente de finalización” (se refiere a los diferentes recursos interpuestos por la propiedad). De acuerdo con este criterio bastará con recurrir cualquier decisión municipal para obtener, cuando menos, una rebaja sustancial por parte del Ayuntamiento de las obligaciones requeridas a cualquier ciudadano; pero es que, además, sólo se asegura una parte de los intereses generales sustentados por el Ayuntamiento de Málaga, implicando la renuncia a otra parte de los intereses generales en beneficio de los particulares de la deudora. ¿Por qué renunciar a la defensa de la totalidad de los intereses generales plasmados en el Convenio y reflejados en el Planeamiento vigente?, ¿por qué llegar a un acuerdo extrajudicial lesivo para los intereses generales en vez de continuar con la Providencia de Apremio dictada con fecha 12 de julio de 2012 por un importe total de 48.720.000 € y con la Diligencia de Embargo de Bienes Inmuebles emitida con fecha 13 de noviembre de 2012 sobre seis fincas propiedad de la deudora (Fincas 738/B,740/B,742/B,744/B,4415/B y 24595) por importe total de débitos de 60.903.027,59 €?; ¿por qué paralizar esos procedimientos cuando el Ayuntamiento no debe tener prisas en poner en valor dichos suelos dada la precaria situación del mercado inmobiliario y estando pendiente de aprobación definitiva el PERI del Sector y la elaboración posterior del Proyecto de Reparcelación y el Proyecto de Urbanización, previos a los proyectos de edificación?

12.- Como decíamos anteriormente, el 20 de diciembre de 2013 la Junta de Gobierno Local, presidida por el Alcalde Presidente D. Francisco de la Torre Prados, acuerda por unanimidad aprobar la Adenda al Convenio Suscrito con fecha 5 de agosto de 2008, de lo que da fe el Concejal Secretario Acctal. D. Francisco J. Pomares Fuertes. Tras la aprobación municipal se procede a la firma de la referida Adenda el 23 de enero de 2014.

Con independencia de la ilegalidad, a nuestro entender, de la citada Adenda en su conjunto, consideramos interesante un análisis somero de sus principales contenidos.

Así establece en su Estipulación Primera que “... *dado el tiempo transcurrido ...se hace necesario ... redefinir las obras de infraestructuras y/o urbanización que se asumieron expresamente en virtud del citado convenio...*”. Se refiere a las obras de infraestructura y urbanización que se iban a sufragar con los 58.000.000 € comprometidos e incorporados como tales al PGOU, a sus determinaciones y a su Estudio Económico Financiero.

Sin embargo en la Adenda no se produce redefinición alguna de dichas obras y actuaciones, lo que se hace es, simple y llanamente, suprimirlas.

En la Estipulación Tercera se manifiesta “*A fin de mantener en el momento actual la proporcionalidad entre usos lucrativos de aprovechamiento privado en inversiones necesarias para su materialización a la vista de las nuevas determinaciones urbanísticas del Sector SUNC-R-LO 11....*”. Procede destacar que no existen nuevas determinaciones urbanísticas en el Sector, sino las mismas recogidas en el Convenio original, recogidas en la Ficha de ordenación Urbanística del Sector, tal como se recoge expresamente en la Estipulación Segunda.

En cuanto a la pretendida desproporcionalidad entre usos lucrativos de aprovechamiento privado e inversiones necesarias para su materialización, ésta habría de ser cierta y documentada, extremo éste que no solo no se efectúa sino que además es negada por el “Estudio Económico Financiero del PERI, el cual prevé unos ingresos por la venta de todos los aprovechamientos convenientemente materializados de 298.094.609 euros (**DOC. Nº 8**); precisamente es el Ayto. de Málaga quien ha mantenido la proporcionalidad entre coste de las cargas y el rendimiento del aprovechamiento lucrativo pactada en el Convenio de 2008 y recogido en el PGOU, quién no las mantiene es precisamente Endesa S.A que a escasos meses de la firma del Convenio sobre especula escandalosamente los aprovechamientos urbanísticos subjetivos privados que le reconocía el PGOU 97 (40.919,44 UUAA homogeneizadas a la previsión del PGOU 2011), al efectuar su venta el 19 de diciembre de 2007 a su filial NUMA por 145.000.000€.

Por último, la pérdida de los 58.000.000€ estipulados en el Convenio Urbanístico de 5 de agosto de 2008 significa la dejación de la ejecución de dichas obras con el consiguiente perjuicio para el Patrimonio Público de Suelo Municipal y los intereses generales de la ciudad de Málaga.

De lo establecido en la Estipulaciones Tercera y Cuarta se desprende otra renuncia inexplicable de parte de los aprovechamientos urbanísticos que le correspondían al Ayuntamiento de acuerdo con el Convenio del 2008 y que pasan a formar parte de los aprovechamientos de los propietarios privados. Esto, dada su gravedad y presunta trascendencia penal, será desarrollado con más precisión más adelante

En definitiva, si analizamos como queda el Convenio de 2008 con relación al cual se firma la pretendida Adenda resulta que de las 14 Estipulaciones que contenía 5 ya han sido íntegramente cumplidas por el Ayuntamiento, 2 son derogadas expresamente por la

Adenda y otras seis son sustituidas por estipulaciones nuevas incluidas en la Adenda; queda viva únicamente la Estipulación Primera, “Ámbito Objetivo y Subjetivo”, del convenio. Por ello decimos que, en realidad, se trata de un Convenio nuevo que produce una “Novación” de las obligaciones complementarias asumidas por NUMA en el Área de Reforma Interior SUNC-R-LO.11 “TERMICA”, del PGOU 2011.

Una vez expuestos la sucesión de hechos que creemos fundamental para comprender la naturaleza de los actos denunciados, procede identificar aquellas situaciones que consideramos presuntamente delictivas:

PERDIDA CONSCIENTE Y QUERIDA DE PATRIMONIO PÚBLICO DE SUELO EN BENEFICIO DE NUEVA MARINA REAL ESTATE Y ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA.

A.- PERDIDA COMO CONSECUENCIA DEL CONVENIO DE 5 DE AGOSTO DE 2008

Tanto el Convenio original de 2008 como la Adenda firmada el 23 de enero de 2014 hacen referencia al Área de Reforma Interior de Suelo Urbano no Consolidado denominada SUNC-R-LO.11, con una superficie de 115.944 m².

De acuerdo con el análisis de la propiedad del suelo que figura en la Memoria del Plan Especial de Reforma Interior (DOC. 9) la propiedad de la superficie total del sector se distribuye de la siguiente forma:

Nueva Marina mas Endesa Distribución.....	105.007,95 m ² (90,57%)
Ayuntamiento.....	10.936,05m ² (9,43%)

Es decir el Ayuntamiento formaba parte de la propiedad del sector, aportando tres fincas, las cuales suponemos adquiridas en su día por instrumentos distintos al de las cesiones obligatorias exigidas por la normativa urbanística (es dable pensar que se adquirieron por expropiación), y por lo tanto susceptibles de generar aprovechamientos urbanísticos para el Ayuntamiento. En consecuencia también era propietario, en la misma proporción, de los aprovechamientos urbanísticos correspondientes.

De acuerdo con la ficha correspondiente al sector contemplaba en el Plan General de Ordenación Urbana (como desarrollo de los compromisos adquiridos en el Convenio de Planeamiento suscrito en el 2008) a los referidos 115.944 m² le correspondía un aprovechamiento objetivo de 83.866,16 UUAA.

Como quiera que la legislación urbanística contempla la cesión al municipio del 10% del aprovechamiento, el aprovechamiento subjetivo que le corresponde a los propietarios del sector es de 75.479,54 UUAA (83.866,16 - 8.386,62).

Es decir el aprovechamiento urbanístico a repartir entre los propietarios del suelo era de 75.479,54 UUA, correspondiendo 68.361,3 UUAA a los propietarios privados y 7.117,72 UUAA al Ayuntamiento como propietario de las parcelas correspondiente. A este aprovechamiento que le corresponde al Ayuntamiento como propietario de suelos habría que añadirle el 10% de cesiones obligatorias, es decir 8.386,62 UUAA, resultando unos aprovechamientos globales para el Ayuntamiento de 15.504,34 uuaa.

Por lo tanto, de acuerdo con los datos anteriores la distribución de los aprovechamientos urbanísticos del Área de Reparto debería quedar de la siguiente forma:

(uu.aa.)

REPARTO DE APROVECHAMIENTO SUBJETIVO ENTRE PROPIETARIOS		
90,57%	68.361,3	NUEVA MARINA+ENDESA
9,43%	7.117,72	AYUNTAMIENTO
REPARTO DE APROVECHAMIENTO OBJETIVO (Incluyendo el 10% cesión de Aprovechamiento)		
	68.361,3	NUEVA MARINA+ENDESA
	15.504,34	AYUNTAMIENTO
TOTAL	83.866,16	uuaa

La primera gran sorpresa surge al analizar el Convenio de Planeamiento firmado el 5 de agosto de 2008. Analizando la Estipulación Tercera (Ficha de características urbanísticas) observamos que la distribución de aprovechamientos urbanísticos que se concretan en la misma es la siguiente;

REPARTO DE APROVECHAMIENTO SUBJETIVO ENTRE PROPIETARIOS DE ACEURDO CON LA PROPIEDAD DE CADA UNO		
Vivienda Libre	54.107,20	uuaa
Servicios Terciarios	19.645,75	uuaa
68.360,18 NUEVA MARINA+ENDESA	73.752,95	uuaa NUEVA MARINA+ENDESA

			90,57%
Vivienda protegida	2.318,88	uuaa	
SERVICIOS TERCARIOS	7.794,33	uuaa	
	<i>SUMA</i>	<i>10.113,21 uuaa</i>	<i>AYUNTAMIENTO</i> <i>9,43%</i>
TOTAL		83.866,16	UUAA

Es decir, en este Convenio el **Ayuntamiento presuntamente “regala” 5.392,77 UUAA** (la diferencia entre las 15.504,34 uuaa que le corresponderían y las 10.113,21 uuaa que figuran en el Convenio), que son las mismas que, indebidamente, ganarían las filiales de Endesa.

Tomando como partida la valoración (58 M €) que tanto el Ayuntamiento como las filiales de Endesa realizan en el Convenio de las 32.883,51 UUAA con las que se incrementa el sector, podemos concluir que el precio fijado en el convenio por los incrementos de aprovechamiento fue de 1.776,49€/UA

De lo anterior se deduce que las 5.392,77 UUAA presuntamente regaladas por el Equipo de Gobierno del Ayuntamiento a las filiales de Endesa suponían a grosso modo y en aquel tiempo la cantidad de 9.580.201,97€, cantidad que saldría del patrimonio publico de suelo (del patrimonio de todos los malagueños) para engrosar presuntamente las arcas de las filiales de Endesa.

Si el valor que tomamos en cuenta es el que figura en el Estudio Económico de la Memoria del PERI (DOC 8) para una Unidad de Aprovechamiento sin urbanizar (1.170,83 €/ua) concluiremos en **6.314.016,90 €** las perdidas que para los recursos públicos supone las UUAA aparentemente regaladas a las filiales de Endesa, cantidad esta que pasaría a engrosar los beneficios de la filiales de Endesa.

B.- DAÑO IRREPARABLE AL PATRIMONIO PUBLICO DE SUELO COMO CONSECUENCIA DE LA ADENDA AL CONVENIO FIRMADA EL 23 DE ENERO DE 2014.

1.- Perdida de 1.726,59 UUA que le correspondían al Ayuntamiento de acuerdo con el Convenio firmado en 2008

En el Procedimiento contencioso que se sigue en el TSJA se impugna expresamente la tramitación ilegal, a nuestro entender, seguida para la aprobación de la citada Adenda, en la medida que afectaba al PGOU vigente sin seguir el cauce

específicamente indicado en la LOUA para tal fin. No es esto por lo tanto lo que denunciamos en el presente escrito. Lo que llamamos la atención de la fiscalía es que con esta Adenda se produce un nuevo menoscabo del Patrimonio Público de Suelo, es decir, de los recursos públicos propiedad de todos los malagueños.

Ya hemos indicado que con la firma del Convenio del 2008 el Ayuntamiento pudo haber “regalado” presuntamente 5.392,77 uuaa a los privados. La nueva sorpresa aparece cuando comprobamos que con la Adenda se le vuelven a regalar a las filiales de Endesa 1.726,59 uuaa. Ya se ha acreditado en la relación de hechos que la Adenda significa básicamente que el Ayuntamiento renunciaba a cobrar los 58 M€ pactados en el Convenio a cambio de adquirir las 32.833,51 UUAA en que se concretó los incrementos de aprovechamientos urbanísticos.

Sin embargo no es este el asunto que ahora nos interesa, sino la perdida reiterada de patrimonio publico que se produce cada vez que el Equipo de Gobierno llega a un nuevo acuerdo con las filiales de Endesa.

Efectivamente en la Adenda se fija un nuevo reparto de los aprovechamientos del sector, que de acuerdo con la Estipulación TERCERA y CUARTA quedaría como sigue:

UUAA

TIENE	75.479,54 uuaa	
VENDE	32.833,51 uuaa	
LE QUEDAN	42.646,03 uuaa	NUEVA MARINA+ENDESA
TIENE	8.386,62 (10% aprovechamiento)	
COMPRA	32.833,51 uuaa	
TIENE TOTAL	41.220,13 uuaa	AYUNTAMIENTO

Sin embargo, como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, el punto de partida fijado en el Convenio firmado en el 2008 es que el Ayuntamiento disfrutaba de un aprovechamiento subjetivo de 10.113,21 UUAA, por lo que la distribución de aprovechamientos que **debía aparecer** en la Adenda, de acuerdo con el Convenio de 2008, era la que sigue:

Nueva Marina + Endesa Distribución 40.919,44 uuaa
Ayuntamiento.....42.946,72 uuaa

Es suficiente con echar una rápida visual a los números anteriores para comprobar que **han desaparecido 1.726,59 UUAA que le correspondían al Ayuntamiento**, lo cual supone un quebranto económico de **3.067.269,87 €** (partiendo del valor de 1.776,49 € con el que se valoró la UUAA de incremento en el Convenio del 2008) o de **2.021.543,37 €** (si tomamos como referencia el valor de 1.170,83 € fijado en el PERI para la UA sin urbanizar). Hay que recordar que estamos hablando de una pérdida adicional a la que ya de por sí supuso el Convenio de 2008, **por lo que la pérdida global acumulada de aprovechamientos para el Ayuntamiento con la firma del Convenio y de la Adenda es de 7.119,36 UUAA con un valor de 12.647.471,85 € o de 8.335.560,27 € según tomemos como referencia un valor u otro de la unidad de aprovechamiento sin urbanizar**. No es necesario apuntar que la pérdida que sufren los recursos públicos es idéntica a los beneficios que obtiene las filiales de Endesa.

Lo anterior tiene también una incidencia directa en como se distribuye la propiedad del sector y se adoptan los acuerdos y a quien le corresponde la iniciativa a la hora de impulsar el desarrollo del planeamiento. De cumplirse con lo establecido en el Convenio de 2008 la mayoría del sector estaría en manos del Ayuntamiento, correspondiéndole por tanto la iniciativa de impulso de todos los instrumentos derivados. Sin embargo, gracias al presunto “regalo” realizado por el Equipo de Gobierno a las filiales de Endesa la mayoría del sector les corresponde a éstas, pudiéndose derivar también en este supuesto perjuicios evidentes para los intereses públicos.

Es de observar como cada acuerdo que el Equipo de Gobierno municipal alcanza con las filiales de Endesa supone una pérdida de patrimonio público absolutamente equivalente a la ganancia que obtiene la parte privada.

2.- Daño a los recursos públicos y al interés general provocado por la renuncia del Ayuntamiento a exigir el abono de los 58 M€ comprometidos en el Convenio de 2008.

De acuerdo con la Estipulación Tercera del Convenio de Planeamiento firmado el 5 de agosto de 2008 el Ayuntamiento “preverá en el documento en curso de Revisión del PGOU una nueva Área de Reforma Interior de Suelo Urbano No consolidado denominada SUNC R LO11 “Térmica”, con una superficie de 115.944 m² y una edificabilidad de 1,00 m²t/m²s y un aprovechamiento medio de 0,7233 uuaa/m²s”.

Estas determinaciones suponían un incremento sustancial del índice de edificabilidad propuesto con respecto al existente (cifrado en 32.833,51 UUAA), lo cual

“supondrían una ventaja patrimonial para la mercantil compareciente sino fuese contrarrestada por una carga económica que mantengan la proporcionalidad entre usos lucrativos de aprovechamiento privado e inversiones necesarias para su materialización”. Es preciso señalar que el incremento patrimonial anteriormente referido se articula tanto sobre el incremento de edificabilidad propiamente dicha como por el incremento del valor urbanístico del sector una vez consagrado en el nuevo PGOU la nueva ordenación del sector.

Pues bien, *“para mantener dicho equilibrio la entidad Nueva Marina Real Estate o los que de ella traigan causa, se comprometen a abonar la cantidad de 58.000.000 € en concepto de carga económica destinada a sufragar obras de infraestructuras y/o urbanización”.* El propio Convenio fija en la Estipulación Quinta las obras en concreto que se financiaran con cargo a esta aportación económica y que forma parte explícitamente del Estudio Económico y Financiero incluido en el PGOU.

No se trata pues de una estimación de ingresos futuros, sujeta a la consumación de hechos inciertos, sino de compromisos ciertos, incluidos específicamente en el PGOU, sometidos a la sola condición de que las determinaciones urbanísticas pactadas fueran incluidas en el PGOU. El pago comprometido se articula en la Cláusula Sexta previéndose un primer pago de 40,6M€ dentro de los 30 días naturales siguientes a la publicación en el BOJA del acuerdo de aprobación definitiva de la revisión del PGOU y 17,4M€ dentro de los 30 días naturales siguientes a la aprobación definitiva de Plan Especial.

Como garantía la parte privada se comprometía a la constitución de sendos avales bancarios, uno dentro de los 45 días naturales siguientes a la firma del Convenio por valor de 5,8M€, y otro, por valor de 17,4 M€, dentro de los 30 días naturales siguientes a la notificación del acuerdo de aprobación del Convenio.

La voluntad incumplidora de las filiales de Endesa queda patente desde el primer momento no constituyendo ni siquiera los avales comprometidos (según se desprende del Dictamen aprobado por el Ayuntamiento Pleno en el punto nº 7 de la Sesión Ordinaria celebrada el 29 de septiembre de 2011 **(Doc. 6)**).

Ante el incumplimiento flagrante de los pagos debidos, el Ayuntamiento requirió formalmente el pago de los 40,6 M€ correspondientes al primer plazo. Como quiera que no hubo respuesta por parte de las filiales de Endesa la Administración Municipal inició el procedimiento de apremio, dictándose Providencia de Apremio primero y Diligencia de Embargo de Bienes Inmuebles el 13 de noviembre de 2012 por valor de 60.906.027,00€ (resultado de sumar el principal más el recargo de apremio, las costas devengadas, costas presupuestadas y el interés de demora presupuestado).

Quiere esto decir que, en ese momento, **el Ayuntamiento tiene un derecho de crédito frente a las filiales de Endesa de 78.306.027 €** (resultado de sumar los 60.906.027€ anteriores más los 17,4 M€ que restan del segundo pago comprometido), los cuales debían hacerse efectivo en último caso mediante el embargo de las fincas propiedad de las filiales de Endesa. Es decir la defensa de los intereses generales y del contenido del Convenio pactado debía tener como resultado el pago de las cantidades acordadas (más los intereses y recargos que procediera por su incumplimiento) bien en metálico o mediante el embargo de bienes inmuebles propiedad de la mercantil (la cual fue creada expresamente, como se ha comentado, con el único fin de tramitar la presente operación urbanística, siendo descapitalizada desde el primer momento, por lo que es de suponer que sus únicos bienes inmuebles son las fincas que componen el propio sector).

De haberse mantenido esta línea de actuación y haberse procedido en consecuencia al embargo de las indicadas fincas (como consecuencia del contumaz incumplimiento de la filial de Endesa de sus obligaciones libremente contraídas) bien pudiera haberse concluido con que el Ayuntamiento (y por tanto todos los malagueños) se convirtiera en propietario del 100% de los aprovechamientos urbanísticos del sector (y por tanto de sus potenciales plusvalías) y no del 49,15%, que es el resultado de la Adenda.

Sostiene el Equipo de Gobierno del Ayuntamiento de Málaga que el resultado de la Adenda es sustituir 58 M€ (obligación asumida por la filial de Endesa en el Convenio de 2008) por 32.883,51 unidades de aprovechamiento (que en su momento fueron valoradas en 58 M€), por lo que no se ha producido menoscabo alguno para los intereses públicos. Sin embargo, **a nuestro juicio**, esto no es así, toda vez que **sí se ha producido un importante menoscabo de los intereses generales en beneficio exclusivo de las filiales de Endesa**. Y ello por varias razones:

a. Como hemos dicho anteriormente, los derechos de crédito del Ayuntamiento frente a las filiales de Endesa en el momento de la firma de la Adenda no era de 58.000.000 €, sino de 78.306.027 € (como consecuencia de sumar a las compromisos iniciales los recargos, apremios y costas derivadas de sus continuos incumplimientos), por lo que la operación urdida por el equipo de gobierno municipal y las filiales de Endesa es claramente pernicioso para los intereses municipales, a la par que beneficiosa para los intereses privados, en la medida en que por la vía de la Adenda el Ayuntamiento renuncia a cobrar 78.306.027 € (dando por buenas las estimaciones de intereses de demora presupuestados en la Diligencia de Embargo municipal de 13 de noviembre de 2012) a

cambio de obtener la propiedad de 32.883,51 UUAA que se valoran en la propia Adenda en 27.090.600,76€. La estimación realizada por el Equipo de gobierno en el sentido de que si los precios inmobiliarios suben mejoraran las expectativas municipales no deja de ser una mera posibilidad futura (también puede suceder que los precios del suelo bajen o apenas sufran variación).

Lo único cierto es que el Ayuntamiento ha dejado de recibir una cantidad cierta y cuantificada (que se podía hacer efectiva por la vía ejecutiva) por unos aprovechamientos urbanísticos de valoración actual sensiblemente inferior y de cuantificación futura incierta, **ocasionando un claro perjuicio a los intereses públicos y un menoscabo de los recursos públicos.**

b. Un segundo dato de singular importancia para el presente caso se centra en el hecho significativo de que las 32.883,51 uuaa que el Ayuntamiento recibe lo son sin urbanizar. Es decir el Ayuntamiento, en su momento, deberá hacer frente a los costes de urbanización del conjunto del sector como propietario de estas uuaa.

Si tenemos en cuenta que, de acuerdo con la memoria económica del PERI, la repercusión de los costes reurbanización por UA es de 272,77 €, resulta que el Ayuntamiento deberá abonar un total de 8.699.635,02 € en concepto de costes de urbanización, por lo que (y siempre de acuerdo a los propios datos municipales) el teórico beneficio obtenido por el Ayuntamiento de esta operación ascendería a 18.120.965,63 € (27.090.600,76 € en los que el Equipo de Gobierno evalúa las uuaa adquiridas por la Adenda menos los 8.699.635,02 € que costaría su urbanización). O sea, el Ayuntamiento ha renunciado “graciosamente” a ingresar en las arcas municipales 78.306.027 € (o 58 M€ si nos atenemos estrictamente al Convenio de 2008 y no computamos los intereses generados a cuenta de los incumplimientos de las filiales de Endesa) a cambio de unas unidades de aprovechamiento que, descontado el coste de urbanización de las mismas, asciende a 18.120.965,73€. Lo dicho, un magnífico regalo para los intereses de las filiales de Endesa a costa de los intereses generales de la ciudad y de los recursos públicos.

De los datos expuestos y de la cronología de hechos relatados pueden extraerse indicios razonables de que de la actuación llevada a cabo por el Equipo de Gobierno del Ayuntamiento de Málaga con relación al Convenio de Planeamiento y su posterior Adenda firmados con las entidades mercantiles “Nueva Marina Real Estate, S.L.” y “Endesa

Distribución Electrica, S.L.” pueden desprenderse claros perjuicios patrimoniales para el Ayuntamiento y, por ende, para la ciudad de Málaga

Como quiera que dichas actuaciones pudieran dar lugar a alguno de los tipos penales contemplado en el Código Penal vigente, damos traslado de las mismas a esta Fiscalía a fin de que, tras realizar las investigaciones que considere oportuno, concluya la posible existencia de hechos merecedores de reproche penal.

En Málaga a 14 de julio de 2016