



Roj: **STSJ AND 838/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:838**

Id Cendoj: **18087330042023100078**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **26/01/2023**

Nº de Recurso: **788/2020**

Nº de Resolución: **106/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SILVESTRE MARTINEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION CUARTA**

**ROLLO DE APELACIÓN NUM. 788/2020**

**SENTENCIA NÚM. 106 DE 2023**

**Ilma. Sra. Presidenta:**

**D<sup>a</sup>. Beatriz Galindo Sacristán**

**Ilms. Srs. Magistrados:**

**D. Silvestre Martínez García**

**D. Ricardo Estévez Goytre**

Granada, a veintiséis de enero dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, dimanante del recurso contencioso administrativo seguido como procedimiento ordinario nº 635/2018 ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Granada, se ha tramitado el **recurso de apelación número 788/2020** interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Rocío Raya Titos, en representación de **LA FUNDACION JACINTO REGA**, como parte apelada **EL AYUNTAMIENTO DE ALDEIRE (GRANADA)**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> María Jesús Oliveras Crespo.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - En fecha 10 de diciembre de 2019 se interpuso por la representación procesal de LA FUNDACION JACINTO REGA, recurso de apelación contra la sentencia número 261, de fecha 16 de octubre de 2019, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo plenario adoptado en fecha 9 de agosto de 2018 por el Ayuntamiento de Aldeire, que desestimó recurso de reposición interpuesto contra acuerdo plenario de fecha 31 de mayo de 2018, que declaró la nulidad de pleno derecho de licencias de parcelación concedidas en el año 2010 a la Fundación demandante.

**SEGUNDO.** -Al recurso de apelación se opuso el Ayuntamiento de Aldeire, en escrito de fecha 14 de enero de 2020, solicitando la confirmación de la sentencia apelada en todos sus extremos y pronunciamientos.

**TERCERO.** - Elevadas las actuaciones a la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para la tramitación y resolución de los recursos interpuestos, se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día y hora señalado en autos, en que efectivamente tuvo lugar, habiéndose observado las prescripciones legales en la tramitación del recurso. Actuó como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Silvestre Martínez García.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia número 261/2019, de fecha 16 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de los de Granada, cuyo fallo es el siguiente:

*"Que desestimo el recurso contencioso administrativo interpuesto por LA FUNDACION CULTURAL Y SOCIAL JACINTO REGA, representados por la procuradora D.ª Rocío Raya Titos, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Aldeire de 9-8-2018, por el que se desestima el recurso de reposición contra el Acuerdo Plenario adoptado el 31-5-2018, denominado GESTIONA 96/2017, Aprobación definitiva del expediente de nulidad de licencias de parcelación concedidas a Fundación Cultural y Social Jacinto Rega, que se confirma. Se imponen las costas a la parte actora con el límite expuesto".*

*Los actos administrativos que fueron declarados nulos de pleno derecho por el acuerdo plenario impugnado, fueron resoluciones de la Alcaldía de dicho Ayuntamiento de fecha 26.02.2010 de segregación de finca matriz de referencia catastral 3632203VG9133B0001RQ, en Avenida de Granada nº 41, en base a documentación aportada por la propia Fundación. Finca con superficie de 2.336 m2, resultando parcelada o segregada en la primera resolución en dos fincas de 1.335,80 m2 (finca nº 1), y otra de 1.000,20 m2 (finca nº 2).*

*Sobre la anterior segregación (parcelación) la Alcaldía, por solicitud de la Fundación y sobre la base de la documentación aportada por ella misma, aprueba por resolución de fecha 21.10.2010, una parcelación de la finca nº 1 (de 1335,80 m2), resultando tres fincas de 255 (finca 1), 254,50 (finca nº 2) y 826,30 m2 (finca nº 3). Aprobado el proyecto de obras de urbanización de vial perpendicular a la Avda. Granada, solicitado por la actora, de fecha 13.05.2013, se comprueba en el replanteo la no adecuación al planeamiento urbanístico, en cuanto a la delimitación de la Unidad de Ejecución 1, reduciendo la superficie de viario y de parcelas netas de suelo aprovechable del ámbito del proyecto de urbanización.*

*El 21 de abril de 2015 el Alcalde del municipio apelado dictó resolución, de fecha 21.04.2015, modificando las licencias de parcelación aprobadas para acomodar la parcelación a la legalidad, que fue objeto de recurso contencioso administrativo (procedimiento ordinario 649/2015), ante el que el Ayuntamiento se allanó (sentencia de fecha 18.06.2016), en cuanto al procedimiento de revisión de la licencia que debía ser mediante el procedimiento de revisión de oficio y no al margen de este procedimiento formalizado. Revisión de oficio de las licencias referidas que fue acordada inicialmente por acuerdo plenario de fecha 9 de agosto de 2018, ratificado en la desestimación del recurso de reposición en acuerdo de 31 de mayo de 2018.*

**SEGUNDO.** - El primer motivo de apelación de la sentencia es por una valoración errónea de la prueba objeto del procedimiento, vulnerando el art. 88.3 en relación con el art. 35.1.b), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), causando, según la apelante, indefensión a la Fundación Jacinto Rega, derecho fundamental establecido en el art. 24.1 CE, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones administrativas.

La apelante manifiesta que las razones que fundamentaron la revisión de oficio y declaración de nulidad le eran completamente desconocidas, por lo que no se puede tener por como motivada la resolución impugnada, pues el Ayuntamiento propuso al Consejo Consultivo la nulidad por infracción del art. 62.1.e), por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, de la Ley 30/1992 (LRJPAC), y en cambio la Fundación la planteó por existencia de reserva de dispensación prevista en el art. 34.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), y apoyada en el supuesto del art. 62.1.g) de la Ley 30/1992 (cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal). Y en cambio, el Consejo Consultivo introduce como novedad que la nulidad procedente es por el supuesto del art. 62.1.f) de la Ley 30/1992 (adquirir facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición), esto es por tratarse las licencias de parcelación al ser actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, restringiendo la causa de nulidad a un problema de alineaciones.

No se notificó a la Fundación la petición y obtención del dictamen del Consejo Consultivo, documento al que pudo acceder tras pedirlo expresamente, habiéndosele proporcionado una copia de este. Sin que la notificación de dictamen del Consejo, como así ocurrió, exima al Ayuntamiento de la exigencia de motivación, prevista en los artículos 88.3 y 35.1.b) de la LPAC (Ley 39/2015), no haciendo el acuerdo plenario una remisión "in aliunde" al dictamen del Consejo Consultivo en la resolución impugnada. Por lo que no se puede entender debidamente cumplimentada la exigencia de motivación.

El motivo no puede acogerse, pues los acuerdos plenarios impugnados son la culminación de una larga actuación de solicitudes y actos municipales en los que tuvo participación activa la apelante, una vez que el



técnico municipal detecta que las licencias de parcelación no se ajustaban a lo establecido, constando que la propia Fundación es la que llegó a solicitar en fecha 11.02.2015, una vez que se detecta el error de la superficie de la finca que queda fuera de la UE-1 (un error de 278,40 m<sup>2</sup>), y ser incluidos en la superficie de las fincas que quedan dentro de dicha unidad de ejecución. Por otra parte, la Fundación reclamó y se le entregó el dictamen, tras su petición de este, el día 25 de junio de 2018. Consta que el inicio del procedimiento de revisión de oficio adoptado por acuerdo plenario de fecha 14.12.2017 le fue debidamente notificado.

La Fundación fue parte interesada en el procedimiento y como tal fue notificada de las resoluciones adoptadas en su tramitación, inicio y resolución final, pudiendo hacer alegaciones, propuestas, presentar informes periciales, recurso de reposición y finalmente recurso contencioso administrativo, solicitar documentos del propio expediente administrativo, como así hizo con la solicitud del dictamen del Consejo Consultivo que se le entregó, por lo que no ha existido indefensión alguna de la Fundación, sino un desacuerdo de cómo se resuelve finalmente la declaración de nulidad de la segregación y parcelación de la finca inicial (resoluciones de la Alcaldía de fecha 26.02.2010 y 21.10.2010).

Respecto a la motivación del acuerdo plenario objeto del recurso, resulta palmario que su fundamentación la residencia el Ayuntamiento de Aldeire en el dictamen del Consejo Consultivo, por lo que la fundamentación de dicho acuerdo se realiza por remisión al expediente, es decir, hay una motivación *in aliunde*, permitida por la jurisprudencia, así y a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 2011 (recurso 161/2009), que en su fundamento de derecho quinto dice:

*Siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992, cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 "in fine", ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990- en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica "in aliunde" satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración.*

*En el caso examinado, el acto administrativo ya señala los motivos de su decisión de trasvasar agua. Así es, se indica que "a pesar de las últimas lluvias, los embalses de la Cabecera del Tajo continúan en situación de excepcionalidad y sus reservas se sitúan en torno a los 359 hectómetros cúbicos, volumen superior a los 240 hectómetros cúbicos, límite establecido por la Ley del Plan Hidrológico Nacional de año 2001, por debajo del cual no se debe trasvasar agua, con objeto de poder garantizar la atención de las necesidades de la cuenca del Tajo". Luego se refiere a los criterios que han presidido su actuación enfatizando en la "prioridad del abastecimiento humano".*

*Pero es que, además del contenido del acto de trasvase expresando las razones que motivan tal actuación, en lo que se refiere a la propia cantidad de los hectómetros de agua trasvasada, ha de traerse a colación que la "situación de excepcionalidad" a que alude el acto impugnado, encuentra su justificación minuciosa en el informe de situación de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura 4/2008, de 29 de diciembre. En este informe se analiza de modo detallado la cuenca de origen y las receptoras, los volúmenes embalsados, su evolución y las previsiones, además de los cuadros que figuran en el anexo, expresando los consumos de años hidrológicos. Igualmente el informe de la Dirección General de Agua explica los antecedentes, las previsiones y las necesidades de aguas en los diferentes usos.*

*Por tanto, el acuerdo impugnado no adolece de falta de motivación, pues en el mismo se expresan las razones de la decisión de trasvasar agua. Y, además, concurre una motivación detallada "in aliunde", por referencia a los informes antes señalados que constan en el expediente administrativo y que proporcionan una adecuada justificación al acuerdo de trasvase, poniendo de manifiesto que tal acto administrativo se fundamenta en una interpretación racional y no es fruto de la arbitrariedad o el capricho. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso contencioso administrativo."*

Lo decisivo para la suficiencia de esta técnica es la real accesibilidad del interesado al informe citado en su integridad, lo que resulta fácil con el simple ejercicio del derecho de audiencia y vista del expediente, algo que hizo la propia Fundación solicitando copia del dictamen que se le entregó y pudo ejercer su derecho de oposición mediante el recurso de reposición y posterior recurso jurisdiccional, sin merma de su derecho de defensa por ausencia de motivación, sin que el supuesto de la nulidad, distinto del que la propia Fundación solicitó y el Ayuntamiento, tenga trascendencia en orden al derecho de defensa.

**TERCERO.** - En segundo lugar, la apelante impugna la sentencia por incongruencia omisiva, vulnerando el contenido de los artículos 24.1 CE, 33.1 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y 218 de



la LEC. La Fundación manifiesta que se produce la omisión en la sentencia respecto a una cuestión de fondo como era si era o no procedente la conservación de las parcelas números 1 y 2 resultantes de la parcelación de fecha 21 de octubre de 2010, que cumplen con las alineaciones de planeamiento y resto de condiciones de ordenación previstos por la calificación de residencial unifamiliar adosada del PGOU de Aldeire. Entiende la Fundación que quedó acreditado que la parcela número 3 de la parcelación urbanística de 21.10.2010 vulnera las alineaciones, pero no las parcelas 1 y 2, debiendo aplicarse el principio de conservación de actos administrativos, y no una declaración de nulidad total.

La sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de febrero de 2008, número 29/2008, en su fundamento de derecho segundo nos aclara cuando se vulnera un derecho fundamental por incongruencia omisiva, para lo cual dijo:

*"En relación con supuestos de "incongruencia omisiva", como el aquí invocado, este Tribunal ha declarado en forma constante -desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2- que "es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del art. 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva", y que "a estos efectos es preciso distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas. De tal modo que, si bien respecto de las primeras no sería necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no substanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Concretamente respecto de esta última y para poder concluir que la omisión no alcanza relevancia constitucional, es preciso que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda razonablemente deducirse, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos en que se fundamenta la respuesta tácita" ( STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; vid. asimismo las SSTC que en ese mismo lugar se citan)."*

La congruencia que la Ley exige no requiere un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia y el esquema discursivo de los escritos de las partes, sino que el órgano jurisdiccional se pronuncie categóricamente sobre todas las pretensiones planteadas ( sentencia del Tribunal Supremo 19-12-97). Lo que hizo la sentencia es desestimar la pretensión de la demanda, que fue: " (...) que se anule en base a los razonamientos jurídicos y preceptos de derecho positivo que hemos invocado en nuestros fundamentos de derechos sustantivos la resolución del Ayuntamiento de Aldeire objeto de este procedimiento y se deje sin efecto la resolución impugnada, con imposición de costas a la Administración demandada." Esa fue la pretensión a la que respondió la sentencia, sin que hubiera pretensión de nulidad parcial que tuviera que ser respondida específicamente, siendo una desestimación de la pretensión solicitada en el suplico, que fue del propio acuerdo plenario de nulidad de dos resoluciones.

Tampoco puede acogerse la existencia de valoración errónea de la prueba practicada (pericial de parte del técnico Sr. Argimiro ), vulnerando el art. 51 de la LPAC, en relación a la conservación de los actos administrativos afectados de nulidad, al entender la apelante que las parcelas 1 y 2 de la parcelación aprobada el 21 de octubre de 2010, eran conformes con la legalidad urbanística, no así la número 3 que acepta su ilegalidad.

Este alegato tampoco puede acogerse, en primer lugar, porque la resolución administrativa impugnada se fundamentó en el dictamen del órgano consultivo, que apreció la invalidez de las parcelaciones de febrero y octubre de 2010 en su totalidad, sin que se apreciara la posibilidad de conservar parte de las licencias de parcelación. Pero, es que tampoco se aprecia la posibilidad de conservar parte de una parcelación, realizada en dos resoluciones sucesivas y concadenadas sobre una finca anterior, primero porque la existencia de irregularidades afecta a una finca dentro de una unidad de ejecución (la UE-1), sometida a un procedimiento de gestión urbanística, que es donde, podrá regularizarse la superficie que se asigne como incluida en la misma, y porque declarada la nulidad de la primera resolución de segregación afecta a la segunda parcelación, que es sobre un división anterior declarada nula. En el informe del técnico municipal se señala que en esta hay una disminución de cabida de 278,40 m<sup>2</sup>, y la que queda fuera de la UE-1 un error de superficie de 278,40 m<sup>2</sup>. Resulta pues, lo más acertado como acuerda el Ayuntamiento declarar la nulidad de las dos parcelaciones, denominada una segregación, y otra parcelación, pues ambas se refieren a la misma finca matriz y ambas resoluciones han acreditado errores que afectan al contenido de los derechos urbanísticos que les corresponderían, en función de la situación de suelo en la UE-1 o fuera de la misma, que exigen su depuración jurídica y física.

Las resoluciones declaradas nulas, constituye cada una de ellas una unidad, de manera que no puede conservarse parte de ella sin una visión de conjunto, tras depurar la regularidad de las superficies, que ha de hacerse teniendo en cuenta las prescripciones del planeamiento general y los instrumentos de gestión que



se hayan podido aprobar. Y porque la resolución de 21.10.2010, que la apelante pretende conservar en parte, viene de una resolución anterior de fecha 26.02.2010 que es nula de pleno derecho, tras admitir las partes error grave en superficie.

**CUARTO.** - Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por las razones antes expuestas. En cuanto a costas del recurso contencioso administrativo procede la imposición de estas a la parte apelante, en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional, si bien se limitan las mismas a un máximo de mil euros.

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Rocío Raya Titos, en representación de **LA FUNDACION JACINTO REGA**, *contra* la sentencia número 261/2019, de fecha 16 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de los de Granada, por ser conforme a derecho. Con imposición de costas a la parte apelante, hasta un máximo de mil euros.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, *contra* la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024078820, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15ª de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia, se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.