



Roj: **STSJ AND 3802/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:3802**

Id Cendoj: **18087330042023100296**

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

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **27/04/2023**

Nº de Recurso: **3638/2020**

Nº de Resolución: **821/2023**

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

RECURSO NUM. 3638/2020

SENTENCIA NÚM. 821 DE 2023

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a. Beatriz Galindo Sacristán

Ilms. Srs. Magistrados:

D. Silvestre Martínez García

D. Ricardo Estévez Goytre

Granada, a veintisiete de abril de 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 728/2018, ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Jaén, se ha tramitado **el recurso de apelación número 3638/2020** interpuesto por la Procuradora D^a Rocío Cano Vargas Machuca, en representación de la mercantil **HACIENDA LAS CUEVAS, S.L.**; como parte apelada **EL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JAEN**, representado por el Letrado de su Servicio Jurídico D. Ildfonso del Jesús Mesa; también se personó como parte apelada y codemandada, la mercantil **ALVORES DESARROLLOS INMOBILIARIOS, S.L.**, ahora denominada **JAEN PLAZA REATAIL PARK, S.L.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 10 de julio de 2020 se interpuso por la representación procesal de HACIENDA LAS CUEVAS S.L. recurso de apelación contra la sentencia número 91, de fecha 7 de mayo de 2020, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución de la Teniente Alcalde Delegada del Área de Patrimonio, Servicios Técnicos Municipales, Casco Histórico, Sanidad, Desarrollo Local y Empleo del Ayuntamiento de Jaén, por delegación de la Alcaldía-Presidencia, en fecha 24 de septiembre de 2018, por la que se concedió la licencia instada por Inmobiliaria Leroy Merlin, S.L.U., para el Proyecto básico y actividad edificio comercial para exposición y venta de artículos de bricolaje y materiales de construcción en SURO-6, Edificio MO1, en Centro Comercial Jaén Plaza.

SEGUNDO.- Al recurso de apelación se opuso la representación procesal del Ayuntamiento de Jaén, en escrito de fecha 31 de julio de 2020, solicitando la desestimación del recurso de apelación. También se opuso a la estimación del recurso de apelación la representación procesal de la parte codemandada (**JAEN PLAZA REATAIL PARK, S.L.**), mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2020.



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 **91/2020**, de fecha 7 de mayo de 2020, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de los de Jaén, cuyo fallo fue el siguiente:

"Que DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo formulado a instancia de HACIENDA LAS CUEVAS, S.L., frente a AYUNTAMIENTO DE JAEN, y constando como codemandado ALVORES DESARROLLOS INMOBILIARIOS, S.L. y LEROY MERLIN ESPAÑA, S.L.U., contra la resolución de 24 de septiembre de 2018 de la Teniente de Alcalde Delegada del Área de Patrimonio, Servicios Técnicos Municipales, Casco Histórico, Sanidad, Desarrollo Local y Empleo, por la que se concede la licencia instada por Inmobiliaria Leroy Merlín, S.L.U., para el Proyecto básico y actividad edificio comercial para exposición y venta de artículos de bricolaje y materiales de construcción en Suro-6, Edificio MO1, en Centro Comercial Jaén Plaza, se DECLARA que es conforme a Derecho, manteniéndola; todo ello con expresa imposición de costas procesales a la parte recurrente, limitando las mismas, sin que los honorarios de Letrado, de cada una de las demás partes, pueda exceder de 800 euros."

SEGUNDO. - Son datos fácticos relevantes que constan en los autos y que han sido alegados por las partes los siguientes:

1. El Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Jaén, fue aprobado definitivamente de manera parcial el 03.10.2014 (BOJA 24.02.2016), en cuya resolución quedó suspendida la ordenación pormenorizada del sector SURO-6. El 13 de julio de 2016 se resuelve la aprobación definitiva del sector SURO-6 "Terciario Este" (BOJA 21.10.2016 y 07.03.2017), en donde se detalla la ordenación pormenorizada del sector.

2. El Sector SURO-6, en donde se concedió la licencia impugnada, cuenta con Proyecto de Reparcelación, ratificado por la Gerencia de **Urbanismo** del Ayuntamiento de Jaén el 01.09.2017. También dispone de Proyecto de Urbanización aprobado definitivamente el 14.11.2017 (BOP 11.12.2017).

3. Por esta Sala de lo Contencioso Administrativo se dictó la sentencia número 115/2018, de 25 de enero (recurso 1193/2014, Ponente: Ilma. Sra. Galindo Sacristán), cuyo fallo fue el siguiente: *" Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de Inversiones Olivencia S.L. contra la resolución impugnada declarando la nulidad de la orden de 3 de octubre de 2014 por la que se resuelve la aprobación definitiva del PGOU de Jaén."*

En igual sentido esta Sala dictó la sentencia número **1589/2018** (recurso 354/2016), de 20 de septiembre (misma Ponente que la anterior) cuyo fallo fue el siguiente: *" Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de la entidad Auamara 17, S.L. contra la resolución impugnada, declarando la nulidad de la Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 3 de febrero de 2016, por la que se dispone la publicación de la normativa urbanística de la Revisión del PGOU de Jaén aprobada definitivamente de manera parcial por la Orden de 3 de octubre de 2014."*

La sentencia anterior adquirió firmeza al inadmitir el Tribunal Supremo, en **Providencia** de fecha **25 de abril de 2019**, el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Jaén. Por Auto de esta Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 16.02.2020 se inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones planteado por JAEN PLAZA RETAIL PARK S.L, contra la sentencia 1589/2018.

Una tercera sentencia sobre el PGOU de Jaén, también de esta Sala, se dictó con el número 89/2019, de fecha 17 de enero (recurso núm. 1330/2014, Ponente: Ilma. Sra. Galindo Sacristán), disponiendo el fallo: *" Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de Don Valeriano contra la resolución impugnada declarando la nulidad de la orden de 3 de octubre de 2014 por la que se resuelve la aprobación definitiva del PGOU de Jaén ."*

4. Tras la firmeza de la sentencia número 1589/2018, la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, publicó el fallo de la sentencia en el **BOJA de 27 de septiembre de 2019**, y por Edicto de la Letrada de la Administración de Justicia de esta Sala de lo Contencioso Administrativo se publicó el fallo de la sentencia en el BOP de Jaén de fecha **22 de junio de 2020** .

5. Mediante Decreto de la Teniente Alcalde Delegada del Área de Patrimonio, Servicios Técnicos Municipales, Casco Histórico, Sanidad, Desarrollo Local y Empleo del Ayuntamiento de Jaén, por delegación del Alcalde, en fecha **24 de septiembre de 2018**, publicado en el **BOJA de 30 de octubre de 2018**, se concedió la



licencia instada por Inmobiliaria Leroy Merlin, S.L.U., para el Proyecto básico y actividad edificio comercial para exposición y venta de artículos de bricolaje y materiales de construcción en SURO-6, Edificio MO1, en Centro Comercial Jaén Plaza. La publicación en el BOJA se realizó en cumplimiento del mandato del art. 40.9 del Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, del Texto Refundido de la Ley de Comercio Interior de Andalucía.

TERCERO. - El primer motivo de apelación de la sentencia de instancia es porque en la sentencia se dice que como recurrente, la mercantil HACIENDA LAS CUEVAS S.L., carece de legitimación activa, y en cambio nada recoge en el fallo de la sentencia a este respecto, si bien desestima el recurso y declara conforme a derecho la resolución impugnada, por lo que apela el fundamento de falta de legitimación en la medida que afecte al fallo de la sentencia, aunque nada se contenga en este caso.

La sentencia apelada considera que, aunque la parte recurrente alude al interés general y su defensa y salvaguarda, como fin del recurso planteado, nada de ello se deduce, en este caso, de su actuación, primero, cuando esconde la existencia de un informe, que manifiesta que no consta en el expediente, cuando realmente sí fue emitido, y además con carácter favorable al otorgamiento de la licencia impugnada, y del que era conocedora la actora. Y, en segundo lugar, tal como se hizo constar en el Auto dictado en la pieza de medidas cautelares núm. 728. 1/2018 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Jaén, en la que, a pocos días antes de la entrada en funcionamiento parcial del Centro Comercial "Jaén Plaza", solicitó la suspensión del acto administrativo impugnado, cuando inicialmente no lo consideró oportuno, faltando así al interés general de la ciudad de Jaén de disfrutar de dicho comercio.

No obstante, las dudas de legitimidad activa de la apelante, la sentencia no llegó a inadmitir la demanda por falta de legitimidad, tal como dispone el artículo 69, apartado b) de la Ley Jurisdiccional, que establece la inadmisión del recurso cuando el recurso contencioso administrativo se hubiera interpuesto por persona no legitimada. Siendo, como es, el fallo desestimatorio y no de inadmisión no podemos considerar que la falta de legitimación activa ha sido tenida en cuenta como motivo real para la desestimación del recurso pues en ese caso se habría inadmitido el recurso, por lo que las alegaciones de las partes sobre este aspecto de la sentencia no consideramos que deban ser determinantes para la resolución de este recurso de apelación.

En todo caso debe recordarse que la acción pública en materia de **urbanismo** está reconocida en el artículo 5. f) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLS/2015), que reconoce a todos los ciudadanos el derecho a "*Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora*". En igual sentido, pero de modo más detallado se vuelve a admitir el ejercicio de la acción pública en el art. 62 de este mismo Texto Refundido de 2015 que dispone:

"1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística."

La Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en su art. 6 establece como derecho de la ciudadanía el siguiente: "*También tienen derecho a presentar reclamaciones y quejas, así como a exigir el cumplimiento de la legalidad urbanística, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, mediante las acciones que correspondan.*"

En el plano reglamentario el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (RDUA) en su artículo 39.1 reconoce la acción pública en los siguientes términos: "*Los ciudadanos y ciudadanas, así como cualquier Administración pública podrán denunciar cualquier hecho susceptible de constituir una infracción urbanística e instar a la Administración pública competente a la adopción de las medidas de protección de la legalidad y restauración del orden jurídico perturbado poniendo en su conocimiento los hechos. La Administración pública competente, una vez constatada la veracidad de los hechos denunciados, deberá proceder en los términos previstos por la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, y en el presente Reglamento.*"

Ciertamente el ejercicio de la acción pública también debe tener el límite del abuso del derecho y el límite de la mala fe, que se encuentran proscritos en los artículos 7.2 del Código Civil, 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 247.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Expuesto lo anterior y teniendo en cuenta que la sentencia aunque aprecia que no mueve al recurrente en la utilización de la acción pública el interés general, ni su defensa y salvaguarda como fin del recurso planteado,



no aprecia la existencia de causa de inadmisibilidad por falta de legitimidad, tratándose de un recurso de apelación interpuesto por HACIENDA LAS CUEVAS S.L., no debemos entrar en un motivo que no ha tenido la consecuencia de la inadmisión que hubiera sido apreciado en caso contrario. Además de lo anterior conviene también tener en cuenta lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2006 (recurso de casación 2393/2003), que en su FD tercero dice:

"Ciertamente es que el ejercicio de la acción pública en el ámbito urbanístico está sujeto a los límites generales o comunes que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio de cualquier derecho, cuales son, básicamente, las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho. Pero no es menos cierto que la extralimitación ha de quedar perfectamente acreditada, pues es esto lo que exige la titularidad del derecho que se ejercita. Si se es titular del derecho, su ejercicio debe ser amparado, y todo obstáculo que lo impida, amén de estar previsto en el ordenamiento jurídico, debe quedar constatado."

En este caso no vemos que haya quedado acreditado el abuso del derecho o la mala fe, que en la sentencia se hace recaer en el hecho de que la actora escondiera la existencia de un informe favorable de la Dirección General de Comercio sobre esta instalación comercial, alegando que no constaba en el expediente, cuando realmente sí fue emitido y fue posteriormente aportado por el Ayuntamiento. Tal manifestación puede ser un error o una estrategia procesal de alegar la inexistencia de un informe que no se acompañó al expediente administrativo remitido por el municipio demandado, cuando correspondía al Ayuntamiento haberlo acompañado, pero no un abuso de derecho, al menos del ejercicio de la acción pública entablada.

En segundo lugar, en la sentencia de instancia se considera una alteración de la finalidad del ejercicio de la acción pública que la actora solo solicitara la medida cautelar de suspensión del Centro Comercial "Jaén Plaza", pocos días antes de su apertura, cuando inicialmente no lo consideró oportuno. Pero la solicitud de la medida cautelar está permitida en la Ley Jurisdiccional su solicitud en cualquier momento del proceso (ex art. 129.1 LJCA), sin que podamos deducir por ello un abuso del derecho.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 21 de enero de 2002) señala que lo prevalente no es la finalidad perseguida por el demandante en ejercicio de la acción pública, sino los motivos empleados para el cumplimiento de la legislación urbanística, lo que exige un examen sobre el fondo de lo alegado. Estas mismas consideraciones ya fueron realizadas por esta Sala en la sentencia de fecha 22 de julio de 2022 (recurso 3523/2020), en otro recurso interpuesto también por la apelante HACIENDA LAS CUEVAS S.L. contra licencia comercial en el mismo sector concedida a la mercantil ALVORES DESARROLLO INMOBILIARIOS S.L., en la que dijimos:

"Esta Sala ya ha apreciado en ocasiones el abuso del derecho (Sentencias dictadas en rollos de apelación n º 1054/21 y 2596/19).

Se trataba de una posición de abuso -al entender de la Sala - que resultaba patente, manifiesto y claro, porque la intención o propósito de los recurrentes era sólo el de causar daño a otro "sin que resulte provecho para el agente".

Sin embargo, en este recurso, no podemos apreciar el carácter patente, manifiesto y claro del abuso del recurrente, en primer lugar, aunque la Sentencia apelada lo afirma, la existencia del abuso de derecho no viene apoyado por datos concluyentes. No constan las circunstancias de reiteración y sistemática del ejercicio de la acción pública no apoyada en el simple interés competitivo, (tal como apreció la Sala en los supuestos antes citados). Dicha finalidad de abuso puede inferirse entre otros hechos, "de la ausencia o debilidad de los motivos del recurso, de la utilización de testafierros o de la multiplicación de recursos ante varios órganos jurisdiccionales. Y esto último es precisamente lo que aquí ocurre, en que -como expone el Ayuntamiento de Armilla en su escrito de apelación- las mercantiles litigantes han iniciado una verdadera guerra de procedimientos bajo la que subyace una guerra comercial, en la que no se ha acreditado la existencia de interés más allá del de la eliminación del competidor. Procedimientos en la mayoría de los cuales, curiosamente, la parte demandada ha venido invocando de forma reiterada la falta de legitimación activa de su oponente; invocación que queda olvidada cuando esa parte demandante ocupa la posición actora."

CUARTO. - El segundo motivo alegado por la apelante es la nulidad de la licencia concedida por el Ayuntamiento por cuanto la sentencia número 1589/2018 de esta Sala de lo Contencioso Administrativo es una sentencia firme y anula el PGOU de Jaén. Firmeza adquirida con la Providencia del T. Supremo de 25.04.2019, por lo que la licencia concedida por Decreto de 24 de septiembre de 2018 que se funda en el PGOU declarado nulo de pleno derecho, debe tener también la consecuencia de la nulidad de la licencia.

La nulidad del PGOU de Jaén fue declarada por los defectos formales apreciados (ausencia de la preceptiva Evaluación Ambiental Estratégica), en aplicación del art. 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que establece " También



serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales." Por lo que teniendo como tiene el Plan General naturaleza normativa la sentencia anulatoria del mismo fue de nulidad de pleno derecho, nulidad del PGOU de Jaén que tiene efectos *ex tunc*.

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2018 (recurso 3569/2017, Ponente: Ilmo. Sr. Tolosa Tribiño), nos dice:

"A la Administración -que indudablemente siempre resulta afectada por la anulación de un reglamento propio (o, en su caso, de un instrumento de planeamiento propio, que es también una disposición de carácter general)- no le es exigible que venga obligada a aplicar de forma inexorable una resolución carente de firmeza en punto a las resoluciones que deba dictar en aplicación de dicho reglamento y le es dable esperar a que la dictada resolución adquiera firmeza a tal efecto. Es cuestión que queda a expensas de su propia valoración. Y del mismo modo que puede, evidentemente, enderezar su rumbo a partir de la anulación decretada en sede judicial, puede también seguir aplicando el reglamento (a menos claro está que proceda dar el curso correspondiente a la ejecución provisional de la sentencia). Caso de confirmarse la sentencia dictada en instancia, entonces sí tiene que forzosamente que enderezar su rumbo inicial; pero, como dicha resolución judicial podría también llegar a revocarse, la Administración podría seguir ajustando sus resoluciones al sentido inicial de sus disposiciones, sin que pueda formularse reproche alguno contra ella por la expresada razón".

La nulidad del PGOU, por tanto, produjo la falta de eficacia de este, y con efectos *erga omnes*, característica de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones generales, por lo que a partir de su nulidad el Ayuntamiento no debe dictar actos administrativos amparados en el mismo, pues esta norma urbanística queda eliminada del ordenamiento jurídico urbanístico. La eficacia "*erga omnes*" de la eliminación del ordenamiento jurídico del PGOU anulado se produjo con el dictado de la Providencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de abril de 2019 que inadmitió el recurso de casación y que supuso la firmeza de la sentencia de esta Sala que declaró la nulidad del PGOU.

Mas esa pretendida extensión de efectos derogatorios a todo cuanto hubiere estado amparado por el PGOU nulo, está matizada en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por razones de seguridad jurídica como en garantía de las relaciones establecidas en virtud de esta norma urbanística, por el art. 73 LJCA, del que se extrae la consecuencia de la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general (PGOU) declarada nula, permaneciendo en cuanto a los actos no firmes (por haberse recurrido anteriormente) la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable, una vez declarada nula la disposición general.

Esta postura es la mantenida en la jurisprudencia dictada en materia urbanística, de la que es ilustrativa la Sentencia del TS de 26 de abril de 1996, en su FJ 2º:

*"SEGUNDO.- En supuestos prácticamente iguales al que ahora es objeto de este recurso, pero referidos a la Gerencia Municipal de **Urbanismo** de Madrid y a actos de la misma en que se había exigido el pago de una determinada cantidad a cuenta de la reparcelación económica a efectuar en la fincas urbanas de los obligados a dicho pago como requisito previo al otorgamiento de la licencia de edificación, habiéndose también anulado en recurso directo las disposiciones del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid que autorizaban la determinación de dicho pago a cuenta y su exigencia como requisito previo a la licencia, esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo en numerosas sentencias -de fechas 10 de diciembre de 1.992, 20 de noviembre y 27 de diciembre de 1.995 y 26 de febrero y 18 de marzo de este año 1.996- ha declarado que en estos supuestos la reclamación de devolución de las cantidades ingresadas por el aludido concepto, que es prácticamente igual que el abonado por el recurrente en el proceso donde se dictó la sentencia ahora impugnada, no resulta procedente cuando el pago de la carga económica para la reparcelación y obtención de la licencia hubiera devenido firme y consentido, ya que, "según se desprende de la exégesis del artículo 86.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anulan una disposición general producen efectos "erga omnes", quedando la misma sin efectos para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anulan un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo los producen en cuanto a los que hubieran sido partes en el pleito respecto a esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma; y por otra parte, el que aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho conforme a lo dispuesto en los artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 28 y anteriores de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado produzca efectos "ex tunc" y no "ex nunc", es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las*



relaciones establecidas se encuentra atemperada por el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo , en el que con indudable aplicabilidad tanto en los supuestos de recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son " ex nunc " y no " ex tunc " , si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general".

Pero también ha de tenerse en cuenta que nulidad de un Plan General supone la reviviscencia del Plan General que fue derogado por el nulo, y que según la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2014 (recurso de casación 3045/2011) "(...) puede suceder que el acto de aplicación (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia) pudiera encontrar todavía una cobertura propia, si no en la norma (o el plan) de la que directamente procede y a cuyo socaire se aplica, acaso en alguna otra norma asimismo integrante del mismo ordenamiento jurídico. De esta manera, podría justificarse la falta de comunicación a los actos posteriores de las consecuencias anudadas a la anulación de la norma reglamentaria bajo cuya cobertura se dictan aquéllos."

La parte apelante en su demanda y ahora en el recurso de apelación ha fundado su recurso en la nulidad del PGOU anulado, pero sin preocuparse de alegar y acreditar que la licencia pudiera tener soporte en el planeamiento anterior. Ninguna prueba se aportó sobre este aspecto fundamental para acceder a la pretensión anulatoria ejercitada en su demanda.

Esta motivación ya fue empleada en el anterior recurso interpuesto por la apelante en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso Administrativo número 3268/2022, sobre la que en nuestro fundamento de derecho tercero dijimos y ahora por unidad de criterio reiteramos:

"Pese a lo anterior, no podemos finalmente acoger la tesis del demandante, pues como es sabido el examen de legalidad del acto exige la determinación de las normas vigentes a su dictado en aquella fecha de 23/8/2019, ya que declarada la nulidad del PGOU de Jaén, recobra automáticamente vigor la anterior normativa urbanística de planeamiento anterior. Examinadas las alegaciones del demandante, fuera de la nulidad que se predica por la del propio PGOU de 2014, nada se alega al respecto de la posible vulneración de dicha anterior normativa. Así lo expresa con toda claridad el escrito de impugnación del recurso de apelación formulado por la codemandada al recordar la jurisprudencia al respecto. Y es que el efecto típico y característico que la anulación de todo Plan comporta es que recobra su vigencia la ordenación urbanística preexistente. Consecuentemente dado que los efectos de esa declaración de nulidad son ex tunc afectan a todas las actuaciones de la administración que se hayan amparado en la norma nula con la consecuencia de que nos encontramos con nulidades sobrevenidas, si es que la actuación municipal no encuentra cobertura en la anterior, lo que es presupuesto necesario para la nulidad pretendida.

Podemos citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2006 (rec.2713/2012) y de 2 de marzo de 2016 (rec.1626/2015) y por su interés la Sentencia del TSJ de Madrid de 28/9/2016 que nos recuerdan el efecto típico y característico de la anulación judicial de todo plan, que comporta que recobre su vigencia la ordenación urbanística preexistente."

Carga de la prueba que correspondía a la parte actora en aplicación del artículo 217 de la LEC, máxime cuando en la contestación a la demanda la representación procesal del Ayuntamiento, que en su fundamento de derecho II dijo " Pero en tal caso, entraría de nuevo en vigor el PGOU anterior, y la actora no demuestra en modo alguno que dicha licencia no fuera conforme a las determinaciones del antiguo PGOU (...)". Manifestación anterior que hubiera permitido a la parte demandante aprovechar la oportunidad de presentar pruebas al respecto en aplicación del artículo 56.4 LJCA que permite después de la contestación a la demanda aportar nuevas pruebas al señalar que: " Después de la demanda y contestación no se admitirán a las partes más documentos que los que se hallen en alguno de los casos previstos para el proceso civil. No obstante, el demandante podrá aportar, además, los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, antes de la citación de vista o conclusiones."

No puede, en consecuencia, estimarse el motivo de apelación revocando la sentencia de instancia, sin que se haya acreditado esta disconformidad normativa.

QUINTO. - En el recurso de apelación se alega que en el expediente administrativo no constaba el informe preceptivo favorable de la Dirección General de Comercio por lo que alega una infracción del art. 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que dispone " Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla." En el alegato manifiesta la apelante que no niega la existencia del informe, sino su existencia dentro del expediente administrativo. Señala que su incorporación fue extemporánea, admitida como documental por



Auto del Juzgado de 30.05.2019, y que según la numeración que constaba en el informe puede deducirse que el informe constaba en otro expediente, perno en el que se dictó la resolución de la licencia. Entiende que el art. 55 LJCA permite completar el expediente administrativo, pero con documentos que, formando parte del expediente administrativo no se hubieran remitido al Juzgado, o incluso con otros expedientes de los que trae causa, pero no adicionando documentos que no han formado parte del expediente al momento de dictarse la resolución impugnada.

El informe referido en el motivo antes expuesto es el informe del Director General de Comercio de la Junta de Andalucía, de fecha 3 de agosto de 2018, cuyo dictamen fue " *Se emite Informe Autonómico favorable sobre la solicitud de licencia municipal de obras de instalación de GSM colectiva con dos individuales integradas en el término municipal de Jaén, con las características descritas en el Antecedente CUARTO.*" Informe que fue aportado por el Letrado del Ayuntamiento de Jaén tras la presentación de la demanda y antes de la contestación, señalando que no fue aportado por error en la remisión del expediente administrativo al Juzgado.

No acogeremos como motivo de anulación este motivo, porque el informe de la Dirección General de Comercio de 3.08.2018 materialmente sí forma parte del expediente de una licencia para una gran superficie minorista (GSM), pues fue una exigencia previa para la obtención de la licencia de obras por el Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, y que fue admitido por la Juzgadora a quo, que disponía de atribuciones para ello en aplicación del art. 61 LJCA, y porque el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en su artículo 22.3 dispone que:

"Cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara específicamente a establecimiento de características determinadas, no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura si fuere procedente."

Lo anterior permite concluir que el informe preceptivo de la Dirección General de Comercio materialmente formaba parte del expediente de la licencia concedida de edificación de la GSM, por mor del artículo 70.1 LPAC que dispone " *Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.*" De manera que si en el envío del expediente administrativo no se remitió y se hizo a posteriori no permite ningún reproche al Juzgado la aceptación de este, y porque la entrega del informe susodicho consta en los autos que se hizo antes de la contestación a la demanda, pudiendo la actora aprovechar las facultades probatorias que le proporciona el art. 56.4 LJCA, por lo que no ha existido indefensión al respecto.

SEXTO. - Las partes demandadas también han opuesto al recurso de apelación que no resulta aplicable la ineficacia de efectos del PGOU anulado, en aplicación del artículo 72.2 de la LJCA, que dispone:

"La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas."

El motivo por el que sostienen la falta de efectos de la nulidad del PGOU es porque aún no se ha publicado la sentencia en la forma dispuesta en el art. 107.2 LJCA que dispone: " *Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el Secretario del órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia.*"

Sostienen que la publicación en el BOJA (de fecha 27.09.2019), de la sentencia 1589/2018 se hizo por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía y no por el Secretario Judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia), y porque la publicación realizada desde la Sala solo fue en el BOP de Jaén de fecha 22 de junio de 2020, habiendo acordado la Letrada de la Administración de Justicia en diligencia de ordenación de 27.07.2020 realizar también la publicación en el BOJA, señalando el Ayuntamiento demandado que como aún no se ha publicado en este diario oficial autonómico no se ha producido la ineficacia del PGOU declarado nulo de pleno derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido contraria a esa interpretación normativa de los efectos de una disposición general anulada, como podemos ver en la sentencia del Alto Tribuna en sentencia de fecha 3 de marzo de 2015 (recurso 4063/2013), que sostuvo:

"En todo caso, sí interesa recordar que si bien el artículo 72.2 de la Ley de ésta Jurisdicción no establece plazo para la publicación en el periódico oficial del fallo anulatorio de una disposición de carácter general, su retraso no es relevante para quienes hayan sido parte en el proceso, pues esta Sala tiene reiterado, en éste sentido, que



"la firmeza constituye un requisito referido, a los incisos segundo y tercero del citado artículo 72.2, sobre los efectos erga omnes de la sentencia estimatoria de recursos interpuestos contra disposiciones generales ... no así ... respecto de las partes afectadas que, además, fueron partes procesales en el recurso que concluyó en la nulidad ... (STS de 6 de octubre de 2011) ".

Por otra parte, no está de más recordar que la sentencia anulatoria obliga a la Administración a abstenerse de aplicar la norma anulada, así como que el propio Ayuntamiento ahora recurrente pudo y debió interesar, al amparo del artículo 104 de la Ley de ésta Jurisdicción , que el contenido del fallo anulatorio fuera llevado a puro y debido, dado que fue parte procesal en los autos que concluyeron con la sentencia cuya eficacia ahora discute".

Por tanto, la condición de parte en los recursos contencioso administrativos del Ayuntamiento de Jaén impide su condición de tercero al que solamente le cumple la sentencia anulatoria de PGOU a partir de la consideración de firmeza de esta.

SEPTIMO. - Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por las razones antes expuestas. En cuanto a costas no procede la imposición a la parte apelante teniendo en cuenta las dudas de hecho y de derecho que en este recurso se han presentado sobre el planeamiento aplicable, de conformidad con el art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a Rocío Cano Vargas Machuca, en representación de la mercantil "**HACIENDA LAS CUEVAS, S.L.**", interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Jaén, con el número 91/2020, de 7 de mayo. Sin imposición de costas.

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.: 1749000024363820, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15^a de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5^o 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.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. RICARDO ESTÉVEZ GOYTRE A LA SENTENCIA DE ESTA SALA DICTADA EN EL RECURSO DE APELACIÓN N^o 3638/2020.

Dispone el art. 260.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme.



Con fundamento en el mencionado precepto, el Magistrado que suscribe emite el siguiente voto particular:

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los de la Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Entiendo que la sentencia a que el presente voto particular se refiere realiza un acertado análisis de la cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento, cuya fundamentación asumo con la única excepción del aspecto relativo a la carga de la prueba de que la licencia impugnada pudiera ajustarse al PGOU de Jaén que "revivifica" como consecuencia de los efectos "ex tunc" del anulado por esta Sala en las tres sentencias que en la sentencia se citan, en la actualidad firmes.

En síntesis, en la sentencia de cuyo criterio discrepo puntualmente en el aspecto indicado se viene a decir que los efectos "ex tunc" de la anulación del PGOU no afectarían a las sentencias firmes, lo que se deriva directamente del art. 73 de la Ley Jurisdiccional, y que, respecto de las no firmes, como es la del caso aquí examinado, su anulación por los efectos en cadena de la anulación del planeamiento general, desde el momento en que el mismo fue aprobado, no es automática, pues pudiera ser que encuentren cobertura en alguna otra norma urbanística aplicable o en el planeamiento general anterior, que "revivifica" al anularse el actual. Argumento con el que estoy plenamente de acuerdo, pues, en efecto, pudiera suceder que la licencia encontrase cobertura en alguna otra norma vigente, y singularmente en el viejo PGOU.

SUGUNDO.- En lo que discrepo con la sentencia es, como ya he anticipado, en la carga de la prueba. Según el criterio de la mayoría de la Sección, incumbe al recurrente la carga de alegar y probar que las obras cuyo proyecto obtuvo la licencia impugnada no encontrarían cobertura en otros instrumentos de ordenación urbanística que pudieran resultar de aplicación, singularmente al PGOU que "revivifica" tras la anulación del vigente cuando la licencia se concedió, con lo que nos encontraríamos con que el actor no solo tendría que alegar (y probar) que la licencia está afectada por la anulación del PGOU, lo que en este caso no se discute, sino también, y este es el motivo de mi discrepancia, que la obra proyectada no encuentra cobertura en instrumento de planeamiento o de ordenación alguno.

Mi planteamiento, que fue rechazado por la mayoría, consiste en que lo que ha de alegar el actor es que la licencia se dictó en ejecución del Plan anulado, pues, como dice la STS de 30 de enero de 2014 (recurso de casación 3045/2011), citada en la sentencia de la mayoría, " *la anulación de la disposición general comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación que quedan desprovistos de la cobertura jurídica que precisan para su conformidad a derecho* ", añadiendo que " *solo los actos firmes y consentidos quedan excluidos del alcance de la declaración de nulidad de un reglamento, de tal manera que -a falta de alguna otra cobertura normativa específica- dicha nulidad se propaga a los demás actos dictados en su aplicación carentes de la virtualidad antes indicada.* ", y que " *En cualquier caso, así, pues, firme ahora la resolución judicial indicada, el pronunciamiento anulatorio del reglamento dispuesto por ella, alcanza indefectiblemente a los actos dictados en su ejecución carentes de firmeza, en cuanto que del modo expuesto quedan desprovistos de toda cobertura jurídica.* "; pronunciamiento éste que fundamenta también la sentencia de la sala de Sevilla de 20 de noviembre de 2014 (recurso de apelación 444/2014). Por tanto, es la anulación y efectos del Plan que dio cobertura a la licencia impugnada, si es que se discuten, lo que ha de probar el actor, pues en principio, de acuerdo con dicha doctrina, la anulación del PGOU comunicaría sus efectos, anulándola, a la licencia objeto de análisis.

En ese mismo sentido puede citarse la STS de 12 de marzo de 2015 (recurso de casación 1881/2014), cuya doctrina reproduce la de 26 de julio de 2016 (recurso de casación número nº 3499/2015), en la que se puntualiza que " *en virtud del artículo 73 de nuestra Ley jurisdiccional, la declaración de nulidad de la norma reglamentaria comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, a salvo, sin embargo, que dichos actos sean anteriores -esto es, se hayan dictado antes de que la anulación de la norma general produzca efectos generales- y hayan ganado firmeza*".

Como es bien sabido, " *toda licencia urbanística no es más que un acto administrativo de autorización, por cuya virtud se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado, verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público tal como han quedado plasmadas en la ordenación vigente, por lo que dada su naturaleza reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable.*" (por todas, STS de 27 de enero de 1997).

Pues bien, mediante ese control, que necesariamente ha de llevar a cabo la Administración competente, ha de comprobarse, mediante la emisión de los correspondientes informes técnicos, jurídicos, y en su caso sectoriales, si el Proyecto presentado cumple con las determinaciones del Plan vigente en el momento en que la licencia sea concedida. En el caso examinado, consta en la resolución administrativa impugnada que el



Arquitecto municipal concluye su informe diciendo que " *La actividad a desarrollar de Gran Superficie Minorista corresponde con el uso pormenorizado asignado a la parcela, ajustándose a las condiciones establecidas en el PGOU (2014)*", es decir, al Plan que entonces se encontraba vigente y que posteriormente fue anulado por esta misma Sala.

Por eso, si el Plan que daba cobertura al Proyecto, a la vista del cual el Arquitecto municipal emitió su informe favorable, precisamente porque se ajustaba a la normativa urbanística de aplicación, es claro que, tras la anulación del PGOU y por los efectos "ex tunc" de dicha anulación, la licencia carecía ya de la cobertura en cuya virtud se otorgó y, por tanto, al resultar afectada por los aludidos efectos de la anulación del Plan, la misma, salvo que las obras proyectadas encontrasen cobertura en otra norma, y singularmente en el Plan anterior, debió haber sido anulada.

Efectivamente, como dice la STS antes citada, " *puede suceder que el acto de aplicación (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia) pudiera encontrar todavía una cobertura propia, si no en la norma (o el plan) de la que directamente procede y a cuyo socaire se aplica, acaso en alguna otra norma asimismo integrante del mismo ordenamiento jurídico*". Y es aquí donde, a diferencia del criterio mayoritario, sostengo que quien debe alegar (y por tanto probar), esa hipotética conformidad con otra norma integrante de mismo ordenamiento jurídico, esto es, el Plan anterior al anulado, "revivificado" por causa de dicha anulación.

Y es que, al comunicar sus efectos la anulación del Plan General a los actos dictados en su aplicación, en este caso a la licencia impugnada, la misma queda desprovista, como dice la STS de 30 de enero de 2014, de la cobertura jurídica que precisa para su conformidad a Derecho. Dicho en otras palabras, la licencia afectada por los efectos en cadena de la anulación del Plan es inexistente y, por tanto, no puede amparar las obras para cuya ejecución se concedió. Salvedad hecha, claro está, de los supuestos en que dichas obras pudieran encontrar cobertura en otro instrumento de planeamiento o de ordenación que pudiera resultar de aplicación o, en todo caso, del Plan anterior, que "revivifica" tras la anulación del que le dio cobertura, pues, como dice la tan citada STS de 30 de enero de 2014, " *Del mismo modo que en el ámbito del planeamiento urbanístico puede suceder que el acto de aplicación (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia) pudiera encontrar todavía una cobertura propia, si no en la norma (o el plan) de la que directamente procede y a cuyo socaire se aplica, acaso en alguna otra norma asimismo integrante del mismo ordenamiento jurídico. De esta manera, podría justificarse la falta de comunicación a los actos posteriores de las consecuencias anudadas a la anulación de la norma reglamentaria bajo cuya cobertura se dictan aquéllos*". Y cuando la sentencia dice que las obras pudieran encontrar cobertura propia en otra norma integrante del ordenamiento jurídico, justificándose así la falta de comunicación al acto de su otorgamiento del Plan anulado, es claro que se está refiriendo a la actividad que han de llevar a cabo los demandados para acreditar la conformidad con el PGOU anterior.

Y en las SSTSJ de Madrid de 28 de junio de 2017 (recursos de apelación 24/2016 y 531/2014), así como en las de este mismo Tribunal, Sala de Sevilla, de 7 de marzo de 2019 (recurso 294/2018), y de la Sala de Málaga, de 23 de mayo de 2019 (recursos 648/2017 y 678/2017), 7 de noviembre de 2018 (recurso 438/2017) y 20 de junio de 2018 (recurso 458/2017), entre otras, así como en la de Galicia de 27 de mayo de 2019 (recurso de apelación 4073/2018), se puntualiza que " *si el acto se encontrase recurrido cuando se declara la nulidad de la disposición general, este efecto se comunicará irremisiblemente al acto hasta el punto de que, con independencia de las infracciones específicas que se le imputen en ese recurso por razón del contenido del acto, el solo hecho de que se haya anulado la disposición general que le daba cobertura formal sería suficiente para anularla (STS de 15 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3405), rec. 2035/2012), salvo que el acto tenga cobertura jurídica suficiente en otra normativa vigente*".

Doctrina de la que cabe inferir que, si bien la parte actora podía alegar que, tras la anulación del Plan, las obras proyectadas tampoco encontrarían cobertura en el Plan anterior, en cuyo caso es claro, en virtud de lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, que la carga de la prueba cumpliría a dicha parte, también podía, como así lo hizo, limitarse a alegar que el Plan de cobertura de la licencia fue anulado, cumpliendo entonces a los demandados la carga de probar que, pese a dicha anulación, las obras podrían ejecutarse igualmente al amparo del Plan anterior "revivificado".

Desde otra perspectiva, si, como hemos visto, las licencias son actos reglados de comprobación de las obras proyectadas con el planeamiento de aplicación, lo que ha de llevar a cabo la Administración competente previa emisión de los preceptivos informes que así lo acrediten, es claro que quien tiene que justificar la conformidad de las obras proyectadas con el anterior Plan son los demandados, y, en especial, la Administración actuante, es decir, el Ayuntamiento demandado; aunque, naturalmente, también pueda hacerlo la parte demandada.

Resulta pertinente recordar, a ese respecto, que, de acuerdo con el art. 172.4ª de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, " *La ordenación del procedimiento para el otorgamiento de las licencias urbanísticas municipales deberá ajustarse a las siguientes reglas: 4.a) Las licencias se otorgarán*



de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones." Y, en ese sentido, ha de insistirse en que el Ayuntamiento demandado fundamentó el acto de otorgamiento de la licencia cuya anulación se pretende, entre otros, en un informe del Arquitecto municipal en el que se ponía de manifiesto la conformidad de las obras proyectadas con la normativa urbanística de aplicación, es decir, con el PGOU vigente, y en ningún momento se hizo referencia a que también se ajustasen a la normativa anterior.

Repárese en que mediante la desestimación del recurso contencioso-administrativo, y ahora con la desestimación del recurso de apelación, en cierto modo se está convalidando la licencia concedida al amparo de un planeamiento urbanístico derogado sin justificar, por quien tenía la facilidad probatoria, aportando los preceptivos informes, la aludida compatibilidad. Compatibilidad que también podía haberse acreditado por otros medios admitidos en Derecho al producirse tal convalidación en el seno de un procedimiento jurisdiccional.

Al no existir informe municipal alguno, ni técnico ni jurídico, ni tampoco una pericial practicada en el proceso que evidencie que las obras proyectadas eran compatibles con el PGOU anterior, difícilmente podría exigirse al actor la carga de probar que las obras no se ajustaban al planeamiento "revivificado".

TERCERO.- En conclusión: si bien el actor pudo alegar en su demanda, además de los efectos "ex tunc" del Plan que daba cobertura a la licencia, la disconformidad de la misma con el planeamiento anterior, en cuyo caso le hubiese correspondido también la carga de probar la disconformidad alegada, en este caso, al fundamentarse la demanda únicamente en la anulación del Plan entonces vigente, a quien correspondía alegar y probar que las obras proyectadas se ajustaban al Plan anterior era a los demandados. Sin embargo, en el caso examinado tanto la Administración demandada como la parte codemandada se han limitado a señalar que no se alega incumplimiento alguno del anterior Plan, pero en ningún momento dicen que el Proyecto cumpla con sus determinaciones.

Por tanto, aunque ciertamente la acreditación de la conformidad con el Plan anterior hubiese fundamentado la desestimación del recurso contencioso-administrativo, al no haberse justificado esa supuesta conformidad lo procedente hubiese sido la estimación del recurso contencioso-administrativo y, en consecuencia, la del recurso de apelación.

Es este mi voto particular que, con mi firma, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por mayoría.