



Roj: **STSJ AND 3630/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:3630**

Id Cendoj: **18087330042023100247**

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

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **27/04/2023**

Nº de Recurso: **445/2021**

Nº de Resolución: **989/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **BEATRIZ GALINDO SACRISTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SEDE GRANADA
SECCION CUARTA

ROLLO DE APELACION Nº 445/21

SENTENCIA NÚM. 989 DE 2.023

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a Beatriz Galindo Sacristán

Ilmo/a. Sr/ra. Magistrado/a:

D. Silvestre Martínez García

D. Ricardo Estevez Goytre

En 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, se han tramitado los autos del recurso de apelación número **445/2021**, dimanante del recurso contencioso-administrativo número 674/2018 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 3 de Jaén, siendo apelante **HACIENDA LAS CUEVAS, S.L.** que comparece representada por la Procuradora D^a María del Rocio Cano Vargas-Machuca y asistida de Letrado, y parte apelada **JAEN PLAZA RETAIL PARK, S.L.**, representada por la Procuradora D^a Emilia Villar Bueno y dirigida por Letrado y el **AYUNTAMIENTO DE JAÉN**.

La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la Procuradora D^a Rocio Cano Vargas Machuca en nombre y representación de Hacienda Las Cuevas S.L. se interpuso Recurso de apelación frente a la Sentencia recaída en autos de recurso ordinario n^o 674/2018 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n^o 3 de Jaén frente a la resolución de 6 de septiembre de 2018 dictada por el Teniente Alcalde Delegado del Área de Patrimonio, Servicios Técnicos, Casco Histórico, Sanidad, Desarrollo Local y Empleo que concede licencia al proyecto básico y de ejecución de gran superficie minorista colectiva de medianas superficies especializadas en bruto en parcela SM-01 en Parque Comercial Jaén Plaza, Paraje Lagunillas, Sector SURO-6, instada por Alvores Desarrollos Inmobiliarios S.L. hoy Jaén Plaza Retail Park S.L.

Dicha Sentencia desestimaba el recurso por considerar ajustada a derecho la resolución impugnada.



SEGUNDO.- Admitido el recurso de apelación, se dio traslado al Ayuntamiento de Jaén y a la entidad Jaén Plaza Retail Park S.L. antes Alvores Desarrollos Inmobiliarios que solicitaron su desestimación y confirmación de la Sentencia apelada. La cuantía del recurso es indeterminada.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se formó el oportuno rollo, se registró, se designó Ponente, se declararon conclusas las actuaciones para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día referido en las actuaciones, en que efectivamente tuvo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales; siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dña. Beatriz Galindo Sacristán, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto del recurso n.º 674/18 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Jaén, es la licencia concedida a Alvores Desarrollos Inmobiliarios S.L. recaída en expediente n.º 275/16 y relativa a proyecto básico y de ejecución de gran superficie minorista colectiva de medianas superficies especializadas en bruto en parcela SM-01 en Parque Comercial Jaén Plaza, Paraje Lagunillas, Sector SURO-6 del PGOU de Jaén, instada por Alvores Desarrollos Inmobiliarios S.L. hoy Jaén Plaza Retail Park S.L.

La Sentencia apelada en el fundamento jurídico tercero, rechaza analizar los efectos derivados de la firmeza de la STSJ 1589/18 que declara la nulidad absoluta del PGOU de Jaén, pues - dice la Sentencia- la firmeza de la misma se produce después de la interposición del recurso, y tampoco cabe invocar el artículo 73 LJCA que parte de la firmeza de las Sentencias y actos administrativos. Tampoco cabe analizar si el Decreto recurrido pudiera tener cobertura en el anterior PGOU de 1996 de Jaén. Señala que la situación al tiempo de interponer el recurso el 6 de noviembre de 2018 era la de una sentencia no firme que declaraba la nulidad del PGOU, y un acto dictado con anterioridad al amparo de dicho PGOU, impugnado en tiempo y forma. Y cuando se dictó el Decreto impugnado, el PGOU anulado estaba vigente y desplegaba todos sus efectos por ser válido y eficaz, y no se había dictado la Sentencia n.º 1598/18 en el procedimiento ordinario n.º 354/16 de la Sala, sin que en la demanda se planteen los efectos que la declaración de firmeza de la Sentencia de esta Sala pueden producir sobre la nulidad de la licencia.

Son motivos de apelación frente a dicha Sentencia, la infracción de los artículos 72.2 y 103.2 de la LRJCA y la jurisprudencia sobre la firmeza de las Sentencias y sus efectos, y la nulidad de la licencia recurrida por efecto del artículo 47 y siguientes de la ley 39/15 y 73 LJCA.

SEGUNDO.- Antecedentes fácticos.

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 establece la ordenación pormenorizada del mismo.

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), 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 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." Esta sentencia 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), disponiendo el fallo: "Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de Don Arturo 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 6 de septiembre de 2018, se concedió la licencia instada por Alvores Desarrollos Inmobiliarios, S.L., para el Proyecto básico y de ejecución de gran superficie minorista colectiva de medianas superficies especializadas en bruto en parcela SM-01 en Parque Comercial Jaén Plaza, Paraje Lagunillas, Sector SURO-6 del PGOU de Jaén.

TERCERO.- Nulidad del PGOU de Jaén. Efectos.

Señala el apelante que el fundamento de la demanda interpuesta frente a la licencia objeto de recurso, fue precisamente la nulidad de pleno derecho del PGOU de Jaén declarada mediante Sentencias de esta Sala, concretamente las de 25 de enero de 2018, 20 de septiembre de 2018 y 17 de enero de 2019, reiterando ahora ya en apelación el mismo razonamiento base del recurso que nos ocupa.

Siendo ello así, procede la determinación de los efectos derivados de dichos pronunciamientos judiciales, esto es, de la nulidad del PGOU de Jaén declarada de modo firme por las citadas Sentencias.

La declaración de nulidad del PGOU de Jaén como norma jurídica, produce efectos erga omnes desde su publicación y la expulsión del ordenamiento jurídico opera ex tunc conforme a reiterada jurisprudencia, SSTS de 16 de abril de 2012, rec. 5665/2008, FJ 2; o de 11 de abril de 2011, rec. 2088/2007, FJ 5, entre otras muchas, jurisprudencia que viene rechazando la posibilidad de subsanar el vicio mediante la retroacción de actuaciones procedimentales, si bien sobre la nulidad de los instrumentos de planeamiento el TS ha matizado recientemente su doctrina en STS de 22/7/2021 (recurso 3920/20) y de 27 de marzo de 2020.

Más en concreto sobre la pretendida nulidad de las licencias urbanísticas derivada de la nulidad del planeamiento del que dimanar, existe una prolongada jurisprudencia que se refleja en STS de 14/12/2020 (recurso 7929/19) y con detalle en la sentencia de 17 de junio de 2009, rec. 5491/2007, FJ 5, que expresó lo siguiente:

" Como síntesis de una prolongada línea jurisprudencial, en la STS de 4 de enero de 2008 hemos expuesto que "Ciertamente, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, interpretando antes lo establecido en los artículos 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 86.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1956 , y ahora lo dispuesto en los artículos 102 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común , y 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo 29/1998, ha declarado que por razones de seguridad jurídica se atempera el principio de eficacia erga omnes de las sentencias anulatorias de las disposiciones de carácter general respecto de los actos administrativos que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a que la sentencia anulatoria de aquellas disposiciones alcanzase efectos generales (Sentencias, entre otras, de fechas 26 de febrero de 1996 , 28 de enero y 23 de noviembre de 1999 , 24 y 26 de julio de 2001 y 14 de julio de 2004 , y concretamente se ha declarado que la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes (Sentencia de fecha 8 de julio de 1992)". (En este mismo sentido SSTS de 10 de diciembre de 1992 , 30 de marzo de 1993 , 26 de abril de 1996 , 19 de mayo y 23 de diciembre de 1999 , 31 de enero , 3 de febrero , 19 de junio y 30 de octubre 2000 , 30 de septiembre de 2002 , 22 de diciembre de 2003 ó 14 de noviembre de 2004)".

Por tanto, debemos partir de las limitaciones legales impuestas a los efectos de la nulidad del Plan General que contiene el artículo 73 LJCA (también artículo 106 ley 39/15 y anterior artículo 102 de la derogada ley 30/92). Dicho precepto impone como límite a los efectos ex tunc característicos de la nulidad absoluta propia de las normas jurídicas, como son los planes urbanísticos, el respeto a las situaciones anteriores consolidadas por su firmeza, como serían los actos administrativos (firmes) anteriores a la declaración de nulidad que hubieran aplicado la norma declarada nula. Delimita así el ámbito de protección de los actos y sentencias firmes que la hayan aplicado y señala:

" Las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación



alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente".

Sin embargo, no es esta la situación de firmeza con la que nos encontramos ahora, ya que se trata de la pretendida nulidad de un acto (licencia) no firme, por lo que se trata de analizar si una actuación realizada de acuerdo con la norma anulada, - que no alcanzó firmeza-, queda absolutamente desamparada.

Recordaremos que cuando se presenta la solicitud de la licencia controvertida el 30 de octubre de 2017, se encontraba vigente el Plan General de Ordenación de Jaén aprobado por Orden de 3/10/2014, pero antes de que se resolviera expresamente la solicitud de licencia mediante Decreto de 6 de septiembre de 2018 (hoy impugnado), este Plan fue anulado por sentencia de esta Sala de 25 de enero de 2018 rec. 1193/14 (posteriormente tuvo lugar el dictado de otras Sentencias del mismo tenor de 20 de septiembre del mismo año y de 17 de enero de 2019). Frente a dicha Sentencia se interpuso recurso de casación que fue inadmitido por providencia del TS de 25 de abril de 2019. Posteriormente fue objeto de publicación en BOJA de 27 de septiembre de 2019. Por tanto, los presupuestos de que partimos son básicamente que el recurso contencioso administrativo frente al Decreto de 6 de septiembre de 2018 fue interpuesto en tiempo y forma el día 6 de noviembre de 2018 por lo que no es firme, y además, que dicho Decreto o acto administrativo (no firme), fue dictado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, pues la Sentencia anulatoria no fue firme hasta el 25 de abril de 2019. La razón de esta anulación jurisdiccional fue haber prescindido de la evaluación ambiental estratégica e insuficiencia del informe de sostenibilidad económica.

La doctrina y jurisprudencia ha destacado el efecto cascada derivado de la regulación de ordenación jerárquica de los instrumentos de ordenación, de tal forma que si se declara la nulidad de pleno derecho de un PGOU, con él, se anulan los instrumentos de ordenación vinculados y que se encuentran jerárquicamente subordinados. Ahora bien, no se produce necesariamente la misma situación cuando se trata de instrumentos de ejecución de la ordenación tales como proyectos de equidistribución o reparcelaciones y proyectos de urbanización, ya que no tienen naturaleza reglamentaria y son actos administrativos que se encuentran amparados por el principio de seguridad jurídica y una vez firmes, son inatacables. Igual con las licencias urbanísticas en las que opera en las mismas garantías, de tal manera que en principio aquellas que sean firmes quedan a salvo de los efectos de la nulidad en cascada.

Pero dando un paso más, si bien el efecto cascada pudiera producir la anulación automática de los instrumentos de ordenación vinculados y jerárquicamente subordinados (STS de 13 de junio de 2014 RC 160/12), no opera con tal automatismo respecto de aquellos actos que no siendo firmes por haber sido impugnados, pudieran ser legales en función de la ordenación jurídica aplicable (entre otras muchas, STS de 30/9/2002). Y es que olvida el apelante que tras la declaración de nulidad del PGOU de Jaén recuperaba vigencia el planeamiento anterior, de 1996, siendo el análisis de su posible legalidad, en todo caso necesario y previo a su declaración de nulidad o anulabilidad, y la ausencia de dicho análisis que correspondía realizar al recurrente (artículo 217 LEC), obstaculiza la declaración de nulidad pretendida, pues cabe la posibilidad de que la licencia otorgada se ajustase a dicha anterior normativa, circunstancia que como decimos no ha sido analizada en absoluto, o bien pudiera disponer de alguna otra cobertura sea en algún otro plan norma o principio jurídico, teniendo en cuenta que no tratándose de disposición general sino licencia, cabe no solo la nulidad, sino también la anulabilidad (regla general), incluso la conservación.

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.*"

En la sentencia de esta Sala de lo Contencioso Administrativo número 3268/2022, ya señalamos al respecto que:

"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 sobrevinidas, 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."

Además tal automatismo no se desprende del propio artículo 73 LJCA. Ya hemos dicho que la Sentencia que anula un reglamento produce eficacia erga omnes, cumpliendo una finalidad purgativa del ordenamiento desde el día de la publicación del fallo y de los preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada: art. 72.2 LJCA, y también que el acto administrativo impugnado se dictó antes de que alcanzara efectos generales el pronunciamiento de nulidad. La sentencia que declara la nulidad de la norma reglamentaria despliega sus efectos, desde luego, respecto de cualquier acto o actividad *ulterior* que trate de aplicarla pero tal afectación no determina siempre la nulidad. El artículo 73 LJCA establece una limitación para intentar resolver lo que sucede con los actos administrativos firmes, dictados antes de la publicación de la declaración de nulidad, cuya norma de cobertura era la disposición general anulada de la que no se sospechaba, o sí, (es indiferente), sobre su disconformidad con el ordenamiento jurídico. Pero, aunque el precepto solo protege expresamente de los efectos de la anulación de los reglamentos, a las sentencias o actos administrativos "firmes" que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, no determina que la nulidad haya de predicarse siempre y en todo caso, y de forma automática como pretende el recurrente, de todos aquéllos otros actos no firmes y que han sido dictados (como es el caso), antes de que la anulación alcanzara efectos generales.

Por tanto admitiendo con la jurisprudencia consolidada, que la expulsión del ordenamiento jurídico del Plan produce efectos *ex tunc*, ello lo que determina es que no se permita la posibilidad de subsanar el vicio mediante la retroacción de las actuaciones procedimentales para emitir los informes omitidos, pero no el desamparo, en todo caso, de cualquier actuación que, aunque no haya alcanzado firmeza, fue realizada en su día de acuerdo a la norma, pues no es posible obviar que al momento de su dictado no se había prescindido absolutamente del procedimiento establecido ni tampoco cabe presumir que se otorgaban facultades que no había derecho a obtener.

Pese a todo, no es posible obviar que la norma o reglamento nulo produjo efectos reales. Y el hecho de que el artículo 73 LJCA, permita entender que los actos anteriores no firmes por no haber transcurrido todavía los plazos para su impugnación o por estar pendientes de resolución los recursos entablados contra los mismos, no están en el ámbito protección del precepto que nos ocupa, y que en quedan *afectados* por la sentencias firmes de nulidad, no significa que esta afectación determine o alcance el grado de nulidad.

O sea, ni los actos administrativos anteriores a la firmeza de la sentencia están preservados absolutamente de inmunidad (podrían ser sometidos a un procedimiento de revisión) ni los actos posteriores, están condenados sin remedio a su eliminación. La sentencia de nulidad del Plan provoca la erradicación de la cobertura normativa a cuyo amparo hubieran podido dictarse, pero como ya hemos adelantado y ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia y también la doctrina más reciente, no cabe excluir que pudieran encontrar algún otro género de cobertura, sea en otro plan, por ejemplo un plan territorial, sea en una norma que pudiera incluso gozar de rango legal o acaso en algún principio jurídico, como podría ser entre otros el de la conservación de los actos del que a su vez se deducen por el ordenamiento administrativo distintos tipos de consecuencias concretas. Es decir que tales actos podrán ser declarados, no solamente nulos, sino también anulables, es más, esto último, es la regla general a salvo que concurra una de las causas específicas (art. 55 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), determinantes de su nulidad de pleno derecho legalmente establecidas, con las consiguientes consecuencias especialmente en lo que respecta a la susceptibilidad de su convalidación.

Por último, hemos de añadir que es en este punto (actos dictados conforme a la norma que ahora desaparece) donde los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, eficacia, proporcionalidad y protección de derechos de terceros, pueden actuar como posibles límites o modulaciones a la categórica y mecanicista conclusión que pretende la apelante. Y en este caso la licencia se obtuvo, es verdad, tras el dictado de la Sentencia de esta Sala declarando la nulidad, pero conforme a una solicitud presentada antes de dicha declaración, y también antes de la firmeza de la propia Sentencia y desde luego de su publicación, por lo que una elemental aplicación de aquellos principios tampoco permite su automática declaración de nulidad.

Hemos de recordar que la licencia es un acto administrativo de naturaleza reglada y como señala la STS de 13 de junio de 2014 recurso 552/12, "*de acuerdo con los principios inspiradores del ordenamiento urbanístico, la licencia tiene esencialmente naturaleza reglada, de modo que constituye un acto al que le cumple verificar si las previsiones establecidas por el plan resultan observadas y, en caso afirmativo, ejecutar tales previsiones.*"



Así, pues, no corresponde a las licencias suplir las deficiencias o lagunas de que los planes urbanísticos pudieran adolecer; es más, trastocaría ello los principios sobre los que se asienta la normativa urbanística, como acabamos de indicar, en la medida en que, aparte de desnaturalizar la figura de la licencia urbanística en los términos antes indicados, los planes urbanísticos dejan de desarrollar el cometido que les es propio, la asignación del suelo a un destino específico".

También conviene traer a colación la STS de 19 de junio de 2013 (RC 2713/12) que señalaba que: " *Aunque por sentencia pueden anularse las previsiones de los planes, el titular de la potestad de ordenación territorial o urbanística conserva todavía opciones que excluyen la aplicación automática de las normas anteriores, porque en el ejercicio de esas potestades pueden ser aprobados nuevos instrumentos, y con más razón cuando la causa determinante de la invalidez decretada por sentencia haya sido debida a defectos de tramitación del instrumento, como aquí ocurría en el caso de las Normas Subsidiarias, por haberse observado en su elaboración los trámites que integran el procedimiento de modificación en lugar de los de la revisión, que serían los procedentes atendido el alcance de las alteraciones producidas".*

Procede en virtud de todo lo anterior, desestimar el recurso de apelación interpuesto frente a la Sentencia que desestimaba el recurso, por ser ajustada a derecho.

CUARTO.- Por último en cuanto a las costas procesales, vistas las dudas de hecho y derecho que se presentan, resulta justificada la no imposición de costas de esta alzada.

FALLO

Debemos desestimar el recurso de apelación n.º 445/21, interpuesto frente a la Sentencia recaída en autos de recurso ordinario n.º 674/2018 seguido ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Jaén frente a la resolución de 6 de septiembre de 2018 dictada por el Teniente Alcalde Delegado del Área de Patrimonio, Servicios Técnicos, Casco Histórico, Sanidad, Desarrollo Local y Empleo que concede licencia al proyecto básico y de ejecución de gran superficie minorista colectiva de medianas superficies especializadas en bruto en parcela SM-01 en Parque Comercial Jaén Plaza, Paraje Lagunillas, Sector SURO-6, instada por Alvores Desarrollos Inmobiliarios S.L. hoy Jaén Plaza Retail Park S.L., que se confirma.

Sin imposición de costas de esta alzada.

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.: 1749000024044521, 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.

VOTO PARTICULAR



QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. RICARDO ESTÉVEZ GOYTRE A LA SENTENCIA DE ESTA SALA DICTADA EN EL RECURSO DE APELACIÓN Nº 445/2021.

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.

SEGUNDO.- 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 informó que " *El proyecto se ajusta a la normativa urbanística de aplicación*", 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.