

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DEFENSA LOCAL *

Margarita Parajó Calvo

Asesoría Jurídica
Ayuntamiento de Vigo

Resumen: *El control jurisdiccional del planeamiento urbanístico es cada vez más riguroso y las consecuencias de la eventual anulación de un plan son notorias, complejas e inciertas. Desde esta perspectiva se analizan las vías de impugnación del planeamiento y se ofrece una visión de las especialidades que presenta en el procedimiento contencioso-administrativo incluso hasta la problemática fase de ejecución de sentencia.*

Palabras clave: *Administración municipal, urbanismo, planeamiento, impugnación, contencioso-administrativo, ejecución de sentencia.*

Abstract: *The jurisdictional control of the town planning is increasingly rigorous, and the consequences of the possible annulment of a planning are evident, complex and uncertain. From this prospect, the ways of impugnation of the planning are analyzed, and a vision of the specialities presented in the contentious-administrative procedure, even the problematic phase of sentence execution, are offered.*

Keywords: *Local administration, urban development, town planning, impugnation, contentious-administrative, execution of sentence.*

Índice: 1. Introducción. 2. Las vías de impugnación. 2.1. El recurso en vía administrativa. 2.2. Revisión de oficio. 2.3. Requerimiento previo. 2.4. Recurso directo. 2.5. Recurso indirecto. 2.6. Inaplicación del art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). 3. Peculiaridades del procedimiento contencioso-administrativo interpuesto contra el planeamiento. 3.1. Tramitación, competencia y procedimiento. 3.2. Las partes. 3.2.1. Legitimación activa. 3.2.2. Legitimación pasiva. 3.2.3. Representación y defensa de la Administración municipal. 3.3. Objeto. 3.3.1. Actividad impugnabile. 3.3.2. Pretensiones. 3.3.3 Exigencias de congruencia. 3.4. Acumulación. 3.5. Cuantía. 3.6. Escrito de interposición. 3.7. Plazo. 3.8. La remisión del expediente administrativo. 3.8.1. Emplazamiento y personamiento de la Administración autora de la disposición. 3.8.2. Indicación de recursos conexos. 3.8.3. Emplazamientos. 3.8.4. Anuncio de la interposición. 3.8.5.- Plazo para presentarse. 3.9. Fases de demanda y contestación. 3.9.1. La demanda y la preparación de la contestación. 3.9.2. Alegaciones de inadmisibilidad. 3.9.3. Parecer razonado del defensor

* Material de la ponencia titulada "O control xurisdiccional do planeamento xeral", impartido el 9.11.2010 en la E.G.A.P., junto con COMINGES DE CÁCERES, F., en el curso *Plan General de Ordenación Municipal: preparación, aprobación e desenvolvemento*. Código: LO01022. DOG 07.05.2010, página 8.154.

de la Administración. 3.9.4. Especialidad del art. 54.4 LJCA, peculiaridad de las entidades locales. 3.9.5. Aportación de documentos. 3.10. La prueba. 3.10.1. Relevancia y principios. 3.10.2. La solicitud de apertura del período probatorio. 3.10.3. Proposición de medios de prueba. 3.10.4. La prueba pericial. 3.10.5. Supuestos que requieren de un especial esfuerzo probatorio. 3.11. Vista y conclusiones. 3.12. Terminación. 3.13. Recurso de casación. 4. La sentencia anulatoria del plan. 4.1. El fallo. 4.2. Efectos de la sentencia anulatoria. 4.3. Alcance de la declaración de nulidad del plan. 4.4. Incidencia de la sentencia anulatoria del plan sobre sus desarrollos normativos y actos dictados en su ejecución. 4.5. La ejecución de las sentencias anulatorias del planeamiento. 4.6. Imposibilidad legal de ejecutar la sentencia anulatoria de un plan. 5. Medidas cautelares. 5.1. Solicitud. 5.2. Suspensión. 5.3. Anotación preventiva. 6. Costas.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de enfrentar la defensa de la Administración municipal de los ataques que recibe el planeamiento general debe tenerse en cuenta el escenario en el que se desarrollan los procedimientos contenciosos en materia de planeamiento. Este contexto es resultado de la concurrencia de varios elementos: la evolución de la jurisdicción y el proceso contencioso junto con otros factores anteriores y externos al recurso que se producen en el campo del urbanismo y del planeamiento.

Es una constante hacer notar el abandono de la naturaleza revisora del proceso contencioso hacia un procedimiento de plena jurisdicción en el que es posible esgrimir motivos nuevos frente a los aducidos en vía administrativa, pero no sólo. Aunque se mantiene el límite de que las pretensiones que se aduzcan en vía contenciosa tienen que ser las mismas que en la vía administrativa, lo cierto es que esto no se aplica con todo el rigor en determinados recursos. Además, el art. 31.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) se refiere a las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada e incluso la indemnización de daños y perjuicios.

En el caso de los recursos contra el Plan General, a pesar de que se trata de un procedimiento complejo y largo en el que se prevén dos fases de audiencia pública, es perfectamente posible que los interesados realicen alegaciones de las que después se separen en sus recursos contencioso-administrativos. Deberán aplicarse aquí igualmente los límites generales del Derecho y, en particular, cabrá invocar la vulneración de la doctrina de los actos propios en caso de que en la demanda se empleen motivos abiertamente contradictorios con los

argumentos empleados en la fase de alegaciones. También es posible que el recurrente no realizase ninguna alegación y que la Administración municipal y el equipo redactor lleven esa ordenación a la aprobación provisional en la confianza de que no suscita ninguna oposición y que luego sea objeto de numerosos recursos contenciosos. Debería reflexionarse sobre si es asumible que la participación pública se configure aquí como un derecho sin ningún tipo de carga y en el que ni siquiera sea exigible una mínima diligencia por parte de los destinatarios de esa información al público¹.

La complejidad social y los problemas a los que las administraciones públicas tienen que ir dando respuesta se traducen en que, cuando esta actividad sea controlada en el proceso contencioso, va a ser preciso descubrir los hechos relevantes y la realidad territorial así como los criterios técnicos seguidos en esa actuación. Y por esto los debates ya no serán estrictamente jurídicos, sino fácticos y técnicos, cobrando una relevancia extraordinaria la fase probatoria.

Asimismo, los principios de contradicción, audiencia y de igualdad real y efectiva entre las partes, llevaron a que en la regulación del procedimiento contencioso se introdujesen mecanismos que eliminan la posición antaño privilegiada de la Administración en el debate: la técnica española de remisión del expediente y del completo de expediente (desconocida en otros países como Francia o Alemania²), las oportunidades de las que disponen los demandantes para la aportación documental, el principio de mayor facilidad probatoria de la Administración como vertiente del principio de buena fe procesal moderando la tradicional presunción de legalidad etc.

Desde otro punto de vista, la privatización de la elaboración del planeamiento que se produce con la habitual contratación administrativa de equipos redactores privados que operan de forma externa a los servicios jurídicos y técnicos municipales, así como la intervención atropellada de distintas administraciones territoriales y sectoriales, ofrece rápidos argumentos a los recurrentes que ven en un ataque frontal y a la totalidad al plan general un instrumento fácil de anular su ordenación e incluso de conseguir notoriedad pública.

¹ Los medios personales y económicos son costosísimos. Para hacerse una idea puede ser ilustrativo indicar que en el caso de Vigo se recibieron 3.409 sugerencias y 60.992 alegaciones durante la tramitación del planeamiento.

² BLANES RODRÍGUEZ, E.: "El principio de contradicción", en PECES MORATE, J.E. (DIR.): *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*. Ejemplar monográfico de *Estudios de Derecho Judicial* nº 154, 2009. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p.35.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo³ (en adelante TS) refleja cómo los recurrentes aprovechan las incoherencias e incongruencias entre los documentos elaborados por el equipo redactor contratado y los informes de los servicios municipales o la ausencia de informes sectoriales o las disconformidades que ponen de relieve para acabar rápidamente con un plan costosamente tramitado y sin necesidad de demostrar especial pericia jurídica o un especial o insubsanable daño para el interés general.

Por otra parte, no es nada nuevo referirse al Urbanismo como uno de los campos en el que más se evidencia la tensión entre lo público y lo privado, y en el que la litigiosidad es creciente y está facilitada por el establecimiento de una acción pública urbanística (más ampliamente regulada que en la legislación ambiental) y que apenas conoce límites.

La jurisprudencia muestra una tendencia a un control cada vez más riguroso⁴ del planeamiento y las normativas urbanísticas sufren constantes modificaciones no siempre fácilmente previsibles para los operadores jurídicos, teniendo en cuenta la larga duración de los procedimientos de tramitación del planeamiento.

Todo lo anterior se traduce en que las administraciones municipales deben dedicar un especial esfuerzo a defenderse de los ataques contra su planeamiento, para lo cual será preciso explicar las razones de su toma de decisiones en aquellos aspectos discrecionales del plan y agotar todos los recursos probatorios de los que disponga para probar la legalidad, cuando no simplemente la racionalidad, de lo acordado.

Es imprescindible que la Administración autora del plan nunca se desvincule de los recursos que contra él se interponga y, si es posible, que sea la propia Administración la que asuma su defensa. Tomar control en un momento muy inicial del contenido de la demanda puede permitir realizar comprobaciones y ofrecer explicaciones, cuando no suministrar datos y pruebas relevantes para la desestimación del recurso.

Las consecuencias de la anulación de un plan son notorias, complejas e inciertas y las va a padecer fundamentalmente la Administración municipal, por lo que cobra una gran trascendencia mantener un cierto control sobre los avances de los procedimientos contenciosos y dedicar sus propios recursos

³ Puede consultarse en la Base de datos de jurisprudencia en la página web del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es>). En especial, en las crónicas anuales de jurisprudencia del TS.

⁴ Cada vez se aprecian más motivos anulatorios: motivos como la falta de rigor del estudio económico, la exigencia de repetición del trámite de información pública, el requisito de publicación también de las fichas del plan, por la carencia de un informe en materia de telecomunicaciones etc.

humanos a su estudio, porque normalmente son los más conocedores de los antecedentes y de su propia realidad urbanística. En realidad, el procedimiento se prolonga hasta que concluye la vía judicial, pues de nada valdrá el trabajo realizado en vía administrativa si no se sustenta después en la vía judicial.

En muchos de los casos, las administraciones municipales cuentan con profesionales más especializados en conocimientos técnicos y jurídicos públicos y/o, cuando menos, con personal que puede conocer mejor el término municipal y saber de antecedentes, expedientes relacionados con lo pretendido en el recurso⁵, planificaciones precedentes⁶ etc. y estos medios de defensa deben ser utilizados.

Conocer los recursos y sus fundamentos permitiría adentrarse y conocer en profundidad las bondades y dificultades del nuevo el plan y también revisar la calidad de los trabajos realizados por el equipo redactor y exigir sus responsabilidades contractuales o frente a terceros, si fuese el caso. Y, en ocasiones, puede permitir ajustar la actuación administrativa al devenir del pleito. Además, el control sobre los efectos de la ejecución de la sentencia comienza con su previsión y su estudio⁷.

Siempre será conveniente no perder la perspectiva contencioso-administrativa durante la tramitación del procedimiento administrativo de planeamiento y mantener el interés sobre los recursos contenciosos contra el plan que normalmente continuará siendo ejecutivo y estará produciendo sus efectos mientras se siguen contra él varios recursos contenciosos.

2. LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN

El planeamiento es resultado del ejercicio de una potestad normati-

⁵ Por ejemplo, puede haber un expediente de licencias o de disciplina urbanística previo y que se recurra el plan para intentar obtener esa licencia que le fue denegada, o pretender evitar las consecuencias de la ilegalidad urbanística cometida.

⁶ Que pueden servir para demostrar que la clasificación fue correcta pues el diagnóstico del suelo no varió y este no fue objeto de ningún desarrollo...

⁷ GEIS I CARRERAS (*La ejecución de sentencias urbanísticas*. Ed. Atelier, Barcelona 2009, pp. 158 a 174) analiza cómo la jurisprudencia demuestra que hay más posibilidades de conseguir una inejecución por imposibilidad legal si la disposición administrativa se modifica con anterioridad a la sentencia con una interpretación más benévola del art. 103.4 de la LJCA por parte de los Tribunales que conocen del incidente de inejecución.

va⁸ de naturaleza discrecional⁹; en consecuencia su control es judicial y no administrativo.

2.1. EL RECURSO EN VÍA ADMINISTRATIVA

El art. 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC) establece que "contra las disposiciones generales no cabrá recurso en vía administrativa", pero el art. 50.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante TRLS08) dispone que: "Los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos prevenidos por su legislación reguladora".

En relación con las comunidades autónomas en las que sí se prevé un recurso en vía administrativa, por ejemplo en Cataluña o Aragón, el Tribunal Supremo hizo una interpretación armonizando la norma estatal básica (art. 07.3 LPAC) y las normas autonómicas que prevén recurso de alzada o reposición (según los instrumentos de planeamiento de que se trate y los órganos con competencia para su aprobación), que distingue los defectos formales propios y singulares del acto aprobatorio frente al que sí cabría el recurso administrativo, de las específicas determinaciones del plan aprobado frente al que no cabría nunca recurso en vía administrativa: STS 30.9.09 - STS 11.12.09 - STS 28.5.10.

La razón de esta interpretación es que una vez aprobado, podría alterarse el contenido del plan, incluso llegar a su completa transformación sin sujeción a los trámites propios de elaboración y sin que fuese reconocible la norma publicada en relación con la norma finalmente aprobada ante la eventual estimación de una cadena de recursos administrativos interpuestos por los interesados.

En Galicia veta esta posibilidad el art. 85.11 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (en adelante LOUG) al establecer que "os instrumentos de planeamento son disposicións de carácter xeral polo que a súa aprobación definitiva non poderá recorrerse en vía administrativa, senón tan só a través do correspondente re-

⁸ A pesar de no innovar, también son de naturaleza normativa los Estudios de Detalle controlables por los mismos medios de impugnación (STS 5.10.2001).

⁹ Es de referencia obligatoria: DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Ed. Civitas, Pamplona, 1997.

curso contencioso-administrativo nos termos previstos na súa lexislación de aplicación”.

Aun así, se ha dado algún caso en la práctica en que los particulares recurrieron un instrumento de planeamiento en vía administrativa, supuestos a los que da cumplida respuesta la STSXG de 15.7.2010:

“SEGUNDO.- Afirma la STS de 02.07.03 que no puede interrumpir el plazo procesal la interposición de recursos administrativos improcedentes e inviables, y esto es lo que sucede cuando en la vía administrativa se impugna una disposición normativa (como lo es el plan general) o cuando lo que se solicita es su revisión de oficio por causa de nulidad, que fue lo que pretendieron los señores Luis Alberto y Alberto; así, en este último caso la legitimación revisoria sólo la ostenta la administración autora de la norma, pero no los particulares, mientras que en el supuesto anterior no cabe formular recursos administrativos frente a disposiciones de carácter general, como resulta de lo dispuesto en los artículos 102.2 y 107.3, respectivamente, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y es que cuando lo que se desea es alzarse contra la aprobación del plan general de ordenación municipal o contra los demás instrumentos de planeamiento, lo que procede es el recurso jurisdiccional directo, como dispone el artículo 85.9 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, de manera que como el plan que aquí interesa se publicó en el DOG de 14.11.07 y el presente recurso jurisdiccional se presentó el 12.03.08, sin que tenga efectos suspensivos el escrito anómalo dirigido por los actores en la vía administrativa, debe acogerse el motivo de inadmisibilidad planteado por el letrado de la Xunta de Galicia, lo que impide entrar a analizar la cuestión de fondo (SsTC 19/1983, 93/1984, 62/1989 el 32/1991 y SsTS de 19.09.96 el 07.12.00)”

2.2. REVISIÓN DE OFICIO

La revisión de oficio está prevista también para las disposiciones generales y, dada la asimilación de los planes a estas, es generalmente admitida la posibilidad de aplicarles el régimen de la revisión de oficio. A diferencia de la revisión de oficio de los actos administrativos, el art. 102.2 de la LPAC excluye la acción de nulidad de los particulares cuando de normas reglamentarias se trata, de modo que solo puede iniciarse la iniciativa propia de la Administración Pública. La revisión de disposiciones generales es un procedimiento que solo puede iniciarse de oficio (102.2 LPAC) y por causas tasadas (62.2 LPAC).

En principio, nada impide que un particular la inste, pero no obliga a incoar el procedimiento y los Tribunales no pueden imponerle su tramitación cuando se impugne la negativa de la Administración a revisar de oficio una disposición general/plan urbanístico. Así lo consideraron las SSTs de 16.11.2006, de 22.11.2006, o la STS de 28.12.2006, para las que la posibilidad de revisar de oficio una disposición general no supone que se le reconozca también en este caso a los particulares la acción de nulidad dada la posibilidad que estos tienen de impugnar en la jurisdicción una disposición general ejercitando una acción frente a su acto de aplicación basándose en que aquella es ilegal.

Especial interés cobra la doctrina del Consello Consultivo de Galicia en este campo dada la naturaleza preceptiva y vinculante de sus informes. En el Dictamen 274/1999, consideró que no era posible la Revisión de Oficio cuando el plan es objeto de un recurso contencioso-administrativo:

"el artículo 106 de la LRJPAC, que establece una indubitada contención a los supuestos de revisión de oficio —incluido el caso del artículo 102—, precisamente en eventos en los que la verificación de legalidad, estricta y aisladamente considerada, cede ante el ordenamiento en su conjunto y, particularmente, ante sus principios y valores.

En el momento presente, la plenaria configuración del recurso contencioso administrativo, la extensión prácticamente ilimitada de la legitimación sea cual sea el objeto de la pretensión, y la potenciación de las modalidades de recurso directo e indirecto (con la significativa fórmula de la cuestión de ilegalidad) frente a las normas de rango reglamentario, permiten constatar la supeditación necesaria de la actuación administrativa en vía de revisión de oficio, pendiendo un litigio en ese orden jurisdiccional, y máxime si ésta afecta a la totalidad de los aspectos de la actuación administrativa. Interesando no obstante precisar, para completar la exposición de este tema, que dicha afirmación no desconoce el ámbito propio y la eficacia del artículo 76 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, que conserva su razón de ser para las llamadas resoluciones tardías o las fórmulas de composición.

No a otra conclusión se llega si partimos de la llamada potencialidad expansiva de los derechos fundamentales, puesta en relación con el artículo 24.1 de la CE.

Muestra evidente de esa supeditación es la doctrina del TC en una materia tan sensible (y al tiempo tan tradicionalmente inherente a las potestades administrativas) como la de la necesaria postergación de la ejecutividad de los actos, pendiendo la decisión judicial —habitualmente demorada

en plazos no precisamente breves— sobre la petición de suspensión formulada por el recurrente. Por todas se cita la sentencia 199/1998, de 13 de octubre.

A la vista de los argumentos que preceden, no sólo no se vislumbran razones que justifiquen la imposibilidad de subsumir bajo idénticas connotaciones la revisión de oficio de los actos y de las normas, sino que a fortiori, las contenciones expresamente previstas en el apartado 1 del artículo 102 LRJPAC, operan, con mayor razón, cuando de normas reglamentarias se trata, a excepción del requisito, aquí inherente, del agotamiento de la vía administrativa. Aun más, el carácter reforzadamente excepcional de la revisión de oficio de normas se ve confirmado por el dato de que el legislador excluyó respecto de ellas, expresamente, la revisión a instancia de parte en vía de recurso, lo que indica la preferencia, evidente, por la radicación de este juicio de legalidad en la vía jurisdiccional, recientemente potenciada en la nueva configuración de la que anteriormente se dio cuenta.

Consecuentemente, ante la plenitud formal y material del objeto de la pretensión que verosímelmente conlleva el recurso contencioso administrativo promovido por la Xunta de Galicia, la pendencia del mismo obliga, en criterio del Consejo Consultivo, y por aplicación de lo previsto en el artículo 102.2 en relación con el apartado 1 del precepto, la prosecución de la revisión de oficio pretendida, dándose, como es el caso, una identidad de causas, como lo acredita la enunciación que de éstas se contiene en la propuesta de resolución que literalmente remite al requerimiento hecho por la Administración autonómica."

BELANDO GARÍN¹⁰ entiende que la revisión de oficio tampoco sería posible cuando la norma reglamentaria fuese confirmada por sentencia, lo que deduce de la STS de 21.7.2003 (RJ 2003/6048). Esta sentencia, se refiere a la revisión de un acto e interpreta que del art. 118 CE resulta que "no es jurídicamente viable instar una revisión por causas de nulidad de pleno derecho cuando tales causas ya hayan sido planteadas y desestimadas en un proceso jurisdiccional por sentencia firme".

El Consello Consultivo de Galicia, Dictamen 727/2008, 23.7.08: rechaza también la posibilidad de revisar de oficio el plan cuando en realidad lo que pretende es una modificación del planeamiento, cuando ya está iniciado el procedimiento de revisión del plan, o cuando el tiempo transcurrido desde la

¹⁰ BELANDO GARÍN, B. en DOMINGO ZABALLOS, M. A., Dir.: *Impugnación y revisión de la actividad de los Entes locales (Teoría y Práctica)*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p.77.

aprobación infringe los límites establecidos en el art. 106 LPAC:

"La cuestión sometida a dictamen consiste en determinar si procede o no la declaración de nulidad de las Normas Subsidiarias de planeamiento municipal de Marín aprobadas definitivamente en fecha 9.6.1978, en lo que atañe exclusivamente a la clasificación como suelo no urbanizable de 'zona de litoral' de las áreas consolidadas de los núcleos de Mogor, Agujete, Casás, Loira y Teira.

Sin embargo, en el supuesto del caso de que se trata no se busca simplemente declarar nula la disposición o norma urbanística relativa a la clasificación como 'zona litoral en suelo no urbanizable' del suelo correspondiente a los núcleos poblacionales de Agujete, Casás, Loira, Teira y Mogor, dentro de las Normas Complementarias y Subsidiarias del planeamiento de municipio de Marín de 9.6.1978, sino que se va, después de declarar eso nulo, en la búsqueda de establecer una clasificación urbanística diferente, para lo cual se había investigado con relación al año 1978 sobre la situación física de las edificaciones, sobre servicios de urbanización, y sobre distancias a la zona marítima de esos núcleos de población, y sobre la delimitación física de los mismos, intentando establecer una nueva ordenación urbanística para los mismos; o sea que la finalidad real perseguida en este caso, es una alteración concreta de la ordenación urbanística, pero ello es lo que se llama una modificación del planeamiento; finalidad que ha establecido en el ordenamiento jurídico un procedimiento específico para tal fin, y por lo mismo es lo que resulta adecuado seguir, pues él comprende las garantías precisas a la mejor consecución de esa finalidad.

Incluso más, la normativa vigente no permite la modificación 'alteración concreta' del planeamiento cuando esté en tramitación un nuevo plan general de ordenación municipal o de su revisión, así expresamente establece el artículo 94.2 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección de en medio rural de Galicia, que establece que 'no se podrán formular nuevas modificaciones del planeamiento urbanístico durante la tramitación de un plan general de ordenación municipal o de su revisión; es decir, desde su aprobación inicial hasta su aprobación definitiva, excepto en ejecución de sentencias'.

Ésta es precisamente la situación del presente caso, pues figura en el expediente remitido que el Ayuntamiento de Marín está tramitando su Plan General de Ordenación Municipal, que fue aprobado, inicialmente, por el Pleno de la Corporación en fecha 26.2.2007.

Asimismo, es de apreciar que no se explica suficientemente en la pro-

puesta de resolución, ni en la memoria incorporada al expediente, para qué se acomete esta modificación después de haber transcurrido treinta años desde la aprobación de la norma urbanística de referencia, y de estar, ahora, en trámite un procedimiento de aprobación de un Plan General, en el que se podría recoger la alteración de que se trata, en vez de acudir a la meritada vía de una revisión de oficio.

Además, conviene recordar lo dispuesto en el artículo 106, LRJPAC, según el cual: 'Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes'. Este precepto fija los límites legalmente impuestos a las facultades revisoras de las administraciones públicas en los casos en que se promuevan tanto cuestiones de nulidad absoluta, como de nulidad relativa, o anulabilidad de los actos administrativos.

En el presente caso, la pretensión de la alteración de referencia por la vía de la revisión de oficio, después de tanto tiempo en situación de vigencia de la norma urbanística –al tratarse de una disposición aprobada en junio del año 1978– puede dar lugar a consecuencias contrarias a la equidad entre los ciudadanos del Ayuntamiento de Marín afectados por dichas normas subsidiarias; consecuencias sólo evitables con una contemplación general del municipio al respecto de la ordenación urbanística, posible ahora a través de la aprobación de un Plan General de Ordenación, en tramitación, en estos momentos, según ha quedado dicho."

2.3. REQUERIMIENTO PREVIO

En vía administrativa lo que sí tiene cabida en el campo de las disposiciones generales es el requerimiento administrativo previo de una Administración, para que derogue la disposición. Se regula en el art. 44 LJCA y deja a salvo lo previsto en los arts. 63.1.a), 63.2 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen local (LRBRL). El plazo para formular este requerimiento es de dos meses desde la publicación y el plazo para resolverlo es de un mes. A partir de la resolución, comienza a computar el plazo de interposición del recurso. En caso de silencio, es conocida la doctrina del TS que entiende que no cesa la obligación de resolver.

2.4. RECURSO DIRECTO

En la vía judicial, al igual que todas las disposiciones generales, son susceptibles de recurso contencioso-administrativo directo en el plazo de dos meses

desde su publicación (art. 25 LJCA) y de un recurso administrativo indirecto, con ocasión de cada acto de aplicación del plan (arts. 26-27 y 123-126 de la LJCA). A este control judicial se dedican las notas que se desarrollan en los siguientes epígrafes.

2.5. RECURSO INDIRECTO

La jurisprudencia rechaza la impugnación indirecta por motivos formales, con ciertos matices que recoge la STS de 06.07.2010:

"QUINTO.- Aunque la jurisprudencia relativa al recurso indirecto se ha mantenido después de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, de lo que son exponente, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 11 de octubre de 2005 (recurso de casación 6822/2002), 21 de abril de 2008 (recurso de casación 5038/2003), 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 1871/2006) y 11 de febrero de 2010 (recurso de casación 4581/2008), sin embargo, se viene admitiendo la impugnación indirecta de disposiciones generales por defectos formales cuando se hubiese incurrido en una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, y cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente (Sentencias de esta Sala de fechas 27 de octubre de 2007 (recurso de casación 9657/2003, fundamento jurídico cuarto) y 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004, fundamento jurídico sexto).

En concreto, respecto de la impugnación indirecta del planeamiento urbanístico, cual es el caso que ahora nos ocupa, esta Sala en sus Sentencias de fechas 17 de junio de 2003 (recurso de casación 2565/1999), 25 de octubre de 2007 (recurso de casación 9657/2003, fundamento jurídico cuarto) y 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004) ha admitido la impugnación indirecta de los planes urbanísticos basada en la manifiesta incompetencia del órgano que lo aprobó definitivamente, en el defecto de comunicación a la Administración del Estado, a pesar de las competencias que ostentaba sobre el ámbito a desarrollar, y en la falta de notificación de su tramitación, generadora de una indefensión material y real, a las que ahora añadimos, de atribuirle ese carácter formal que rechazamos, el incumplimiento de las reglas de competencia y procedimiento establecidas para una modificación del planeamiento que tenga por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes, incluida la simple permuta de superficie, cual ha sido el supuesto enjuiciado por la Sala de instancia, en el que ésta ha usado la potestad que le confiere el artículo 27.2 de la Ley de esta Jurisdicción por haberse impugnado

por los demandantes en la instancia los instrumentos y actos de ejecución de un concreto Plan Especial de Reforma Interior con fundamento en que éste llevó a cabo una alteración de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes sin ajustarse a las reglas de competencia y procedimiento establecidas para ello, razones todas que abundan en la improsperabilidad del séptimo y último motivo de casación aducido por la representación procesal del Ayuntamiento recurrente."

La STS 22.9.2010 (Recurso de Casación 1985/2009) nos permite destacar los siguientes aspectos:

- a) no es preciso citar en el escrito de interposición que se recurre la norma, pues en el recurso indirecto el objeto es el acto y la ilegalidad de la disposición es un motivo. Por eso no hay desviación procesal si en el escrito de interposición no se cita el plan impugnado indirectamente y si se argumenta ese recurso indirecto en la demanda.
- b) el recurrente directo puede luego recurrir indirectamente. La LJCA no restringe la legitimación.
- c) Debe existir una relación de causalidad entre el acto y la norma/plan recurrido indirectamente. Un ejemplo de la aplicación de este principio también lo podemos encontrar en la STSXG de 15.4.2010.
- d) Se flexibilizó este recurso con la LJCA 98 de manera que puede recurrirse indirectamente un plan primario con ocasión del recurso contra el plan que el desarrolla.

La doctrina distingue¹¹ entre el recurso indirecto completo, esto es, cuando el Tribunal competente para conocer de la disposición también lo es para conocer del acto; del recurso indirecto incompleto, cuando tiene que completarse con la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer de la disposición general impugnada. En este caso es codemandada la Administración autora de la disposición.

Si resulta anulado el plan tiene los mismos efectos que si se dirigiese un recurso directo, en relación con el acto de aplicación, el art. 126.4 LJCA establece que la sentencia a que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que formuló aquella.

¹¹ Por ejemplo, REBOLLO PUIG, M: "Impugnación de normas locales: ordenanzas y planes". Intervención en el Seminario de Derecho Local. Barcelona, 14 de abril de 2000. Accesible en <http://seminari.fmc.cat/ARXIU/autors99-00/03.doc>

2.6. INAPLICACIÓN DEL ART. 6 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL (LOPJ)

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia número 1016/2010, de 14.10.10, dictada en el Recurso de apelación número 4130/2010, acaba de confirmar y aceptar la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo¹², de 12 de noviembre de 2009 que ilustra el funcionamiento de esta técnica de control del planeamiento.

El objeto del recurso era la resolución desestimatoria de la certificación acreditativa del otorgamiento por silencio administrativo de una licencia en un determinado ámbito. El Tribunal Superior tiempo atrás, vigente la ley de jurisdicción del año 1956, había conocido de un recurso indirecto en el que se había alegado la nulidad de la ordenación de este ámbito. La Sala anuló el acto recurrido por apreciar que la ordenación era nula, pero como los efectos del recurso indirecto en la ley del 56 no afectaban al reglamento, la ordenación al amparo de la cual se había solicitado la licencia no había sido formalmente expulsada del ordenamiento jurídico. Pues bien, en esta sentencia se explica que:

“hay que tener en cuenta que aunque dicha disposición no haya sido formalmente anulada, con los correspondientes efectos ‘erga omnes’ ello no es óbice para apreciar que por una sentencia firme se ha considerado incurso la modificación de la ordenanza urbanística aplicable en desviación de poder, lo que implica que la misma está incurso en una causa de nulidad de pleno derecho. Por otra parte hay que recordar que el rango normativo de las disposiciones contenidas en el planeamiento urbanístico es el propio de las disposiciones reglamentarias. El hecho de que una disposición de este rango no haya sido expulsada del ordenamiento con efectos jurídicos ‘erga omnes’ a través del oportuno recurso directo no implica que el órgano judicial se vea vinculado necesariamente y en todo caso por el contenido de disposiciones de dicho rango, ya que la única vinculación absoluta es a las disposiciones de rango legal. Por tanto, en el caso de que un juez o tribunal considere que una disposición de rango no superior al reglamentario es contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto, su obligación es inaplicarla, tal y como establece el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder judicial, que dispone que los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al prin-

¹² Ilmo Sr. Magistrado-Juez, D. Antonio Martínez Quintanar.

cipio de jerarquía normativa. En consecuencia, y ante una disposición de rango reglamentario que se considera nula por desviación de poder, lo que procede es su inaplicación al caso. La anulación es el remedio más eficaz frente a las disposiciones generales de rango inferior al legal, por su proyección 'erga omnes' y su virtualidad depuradora del ordenamiento, pero en su ausencia, la apreciación por un juez o tribunal de que la disposición general que se le invoca como fundamento de la pretensión está incurso en un vicio de nulidad, no puede ser obviada por el argumento formal de su vigencia, ya que de lo contrario se violentaría el principio de legalidad, que impone la aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto, y por tanto, exige la inaplicación de aquellas disposiciones de rango inferior al legal en las que se aprecie un vicio de nulidad, como es el caso."

3. PECULIARIDADES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO CONTRA EL PLANEAMIENTO

3.1. TRAMITACIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El procedimiento del recurso directo contra el planeamiento se caracteriza por su tramitación preferente al tratarse de una disposición administrativa general, tal y como dispone el art. 66 de la LJCA. La competencia para su conocimiento la tiene la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia (art. 10 LJCA) y se tramitará como procedimiento ordinario. En el caso de que se trate de un recurso indirecto incompleto, sobre la nulidad de la disposición también conoce la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia con la tramitación de la cuestión de ilegalidad (123-126 LJCA).

3.2. LAS PARTES

3.2.1. Legitimación activa

La acción pública urbanística (Disp. ad. 4ª LOUGA, art. 4.f) TRLS08) se regula de una forma mucho más amplia que la medioambiental establecida en los arts. 3.3, 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente e incorpora las Directivas 2003/4/ CE y 2003/35 CE, que la reservaba a asociaciones sin ánimo de lucro, en el campo de sus estatutos e inscritas con dos años de anterioridad al ejercicio de la acción. En cualquier caso también ampara la acción pública urbanística "a las decisiones

resultantes de los procedimientos de la evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución”.

La legitimación al amparo de este título es ampliísimamente reconocida por la jurisprudencia, con alguna matización:

- a) No se puede utilizar en nombre de terceros no presentados en el litigio: SSTSXG 15.11.2001, de 15.7.1999. En el mismo sentido la STS 21.3.2002:

“La acción pública en materia de urbanismo (artículo 235-1 del TRLS de 1976) no cubre la defensa de intereses privados de terceros, los cuales pueden tener interés precisamente en no intervenir en el procedimiento. En consecuencia, nadie puede suplantar a los auténticos interesados alegando indefensiones ajenas.”

- b) Tampoco es aceptable el abuso de derecho o su ejercicio antisocial, pero este principio general del Derecho es interpretado pro actione y hasta que se conozca el fondo del asunto, así resulta, de la STS 26.7.2006:

“no exige un ánimo altruista o benéfico... no resultaría abusivo su ejercicio si el eventual perjuicio que se derivara de un pronunciamiento estimatorio de la acción resulta coincidente con el interés público”.

Este amplio reconocimiento de la acción pública conduce a la existencia de un fenómeno conocido en muchos ayuntamientos, el “accionante profesional”¹³, no exento de sospechas que, junto con la utilización política de la denuncia urbanística, se plasman perfectamente en la Memoria del Ministerio Fiscal de 2007¹⁴.

¹³ Con carácter general, para poder alegar la excepción de extemporaneidad, es interesante que cuando se consulten los expedientes urbanísticos o se soliciten informaciones sobre estos, se deje constancia en el expediente urbanístico examinado de la fecha en que se toma conocimiento, para tener un plazo cierto desde el que poder realizar el cómputo de la firmeza del acto respecto de quien lo consulta.

¹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Volumen I*. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, pp.454-455: «Por su parte, la Fiscalía de Pontevedra insiste especialmente en el carácter político de muchas denuncias en materia de urbanismo con la vista puesta en el año 2007 como año electoral., al señalar que ‘nos encontramos ante un año electoral y la materia urbanística es de las más utilizadas a los efectos políticos, habida cuenta la cantidad de normas en juego y la cantidad de incumplimientos que de las mismas se derivan’. También la Fiscalía de Zamora denuncia semejante situación al señalar que ‘en la época en que nos encontramos es frecuente que tanto particulares como los representantes de partidos políticos acudan a la Fiscalía para denunciar hechos presuntamente delictivos, acudiendo de inmediato a los medios de comunicación para poner de manifiesto la existencia de la denuncia...’. Ante tales casos, el Fiscal insiste en la obligación de ‘extremar el celo para distinguir aquellos supuestos con cierto fundamento, de las meras conjeturas plasmadas a modo de denuncia en un escrito’.

Cuando se trate de personas jurídicas recurrentes debe constar inequívocamente la voluntad social, que es bien distinto del poder para pleitos. De lo contrario podría apreciarse que concurre el supuesto de inadmisibilidad por falta de legitimación¹⁵ ad processum STS 29.7.2009.

En relación con la legitimación de los concejales, resulta de interés la STS 3.3.2010. En el caso estudiado por esta sentencia se le oponía al concejal que no constaba su voto en contra. El TS entiende que sí estaba legitimado pues constaba su oposición expresada con anterioridad y que no hubiese asistido a la sesión en que se había aprobado definitivamente el Estudio de Detalle impugnado. También es habitual que se formule si los concejales tienen un deber de abstención en las votaciones de los acuerdos de aprobación de los planes, por terrenos que resultan afectados, beneficiados etc.; en este sentido la jurisprudencia entiende que este deber de abstención no se puede afirmar con carácter general, pues en cuanto el plan general abarca a todo el municipio afecta inevitablemente a la totalidad de los vecinos (últimamente, la STS 14.2.2007), excepto en aquellos casos en que se trate de modificaciones puntuales que afecten a predios concretos (STS 5.12.2007).

3.2.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

La Administración demandada es la que aprueba el plan. En el supuesto de impugnación del planeamiento general sucede que, como la que termina el procedimiento y la autora del acto de la aprobación definitiva es la Administración autonómica, la posición de demandada principal le corresponderá a esta y la Administración local actuará como codemandada.

En el recurso indirecto será al revés, pues el art. 24.1 LJCA establece que si el demandante fundase sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general se considerará parte demandada la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida.

También pueden comparecer como codemandados aquellos que tengan interés en que se mantenga el plan impugnado. Como es sabido, solo pueden actuar en esta posición los que tienen interés en defenderlo; cuando se presente

La Fiscalía de Pontevedra pone igualmente de manifiesto la existencia de 'profesionales' en la denuncia de temas urbanísticos señalando que 'Suele tratarse de personas informadas y con conocimientos técnicos en materia urbanísticas que interponen denuncias en el ámbito de competencia de esta Fiscalía con gran reiteración... deseamos expresar las dudas que nos ofrece la intencionalidad de sus autores y la finalidad perseguida con la actividad'. Se trata de la figura que en la propia memoria se denomina como 'pleitista urbanístico'.

¹⁵ Con carácter general, es necesario ejercer un mayor control en vía administrativa; si se admite la legitimación, es difícil que después se pueda oponer con éxito en vía contenciosa.

personalmente un interesado en la posición de codemandado que, en realidad, pretende su anulación, habrá que solicitar su separación. Aclaran la posición procesal de los codemandados numerosas sentencias. Ya en la STS de 14 de octubre de 1.991 se afirmaba que:

"... carece de toda duda que el comparecer como parte demandada cuando en realidad se sustentan pretensiones análogas a las del demandante supone un artificio... constituye un claro supuesto de fraude procesal... pues no es posible burlar mediante la caprichosa denominación de parte demandada las cargas y obligaciones que le corresponden como demandante".

También resulta de interés el Auto del TSXG de 18 de octubre de 2001 que en su fundamento jurídico primero explica:

"con independencia de que la nueva Ley de la Jurisdicción haya prescindido definitivamente del coadyuvante, nunca ha estado admitida la personación de parte alguna en concepto de coadyuvante del recurrente, lo cual no es exclusivo del orden jurisdiccional contencioso-administrativo pues ya en el civil rige el principio general de que la única petición que puede formular el demandado, salvo los casos de reconvención, es el de que desestime la demanda, ya que otra significaría admitir una nueva demanda después de la contestación, sin que la ley arbitre términos hábiles, salvo los siempre limitados de las conclusiones, para rebatir los nuevos argumentos, con total violación de los principios de preclusión y contradicción....".

Más recientemente, la STS de 22.2.2006, reprocha el fraude procesal consistente en comparecer como codemandado y desarrollar la posición de demandante, incumpliendo la carga de interponer el recurso y obviando el plazo legalmente establecido para recurrir.

3.2.3. Representación y defensa de la Administración municipal

El art. 24 LJCA remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (Ley 52/97, de 27 de noviembre) y a las Leyes autonómicas¹⁶. El art. 551 LOPJ señala que les corresponderá a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de la Administración local (en sentido amplio), excepto que designen abogado colegiado. Por otra parte, el art. 129 de la LBRL regula la asesoría jurídica para las grandes ciudades.

¹⁶ Decreto 343/2003, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia.

El art. 16 RD 997/2003, 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, prevé la suscripción de convenios de colaboración —con contraprestación— para que el abogado del Estado asuma la defensa de las Corporaciones locales.

Pero existe otra posibilidad más, al amparo de los arts. 36 LBRL y 30.6.b) del TRRL, se puede recurrir a los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales.

A los letrados de las administraciones públicas les corresponde la representación y la defensa por Ley. Las menciones específicas en la LJCA en relación al abogado o representante de la Administración lo son al Abogado de los servicios jurídicos, no al contratado (v.gr. STS 7/4/2005, STS 8/2/2005). Por esa razón, si se acude a la contratación externa, habrá de tenerse en cuenta que será preciso acudir también a la representación a través de Procurador en el Tribunal Superior de Justicia, y en la Casación.

Serán de aplicación las normas de contratación del sector público, teniendo en cuenta que los honorarios de los abogados se liberaron y los baremos de los Colegios de Abogados son orientativos. En este caso y para evitar conflictos, habrá que tener en cuenta la aplicación del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en prevención de posibles incompatibilidades.

3.3. OBJETO

3.3.1. Actividad impugnabile

A priori no presenta especiales dificultades: en el recurso directo será el plan impugnado, en el recurso indirecto será el acto de aplicación¹⁷. Pero a veces en la práctica se presentan supuestos problemáticos. Así es el caso de los recursos dirigidos contra la celebración del Pleno de la aprobación provisional del Plan. En este supuesto se debe oponer, por lo menos, que la aprobación provisional es un acto de trámite y que, además, el art. 85.11 es claro al establecer que los instrumentos de planeamiento son disposiciones generales frente a las que ni siquiera es posible recurrir de forma autónoma el acto de aprobación definitiva en la vía administrativa. Por otra parte, cualquier defecto en la tramitación puede ser alegado en el recurso directo que se interponga contra el Plan finalmente aprobado y publicado. En una reciente sentencia de 5 de febrero de 2009, el TSXG consideró que la competencia para conocer de un recurso contra la sesión del pleno en la que se acordó la aprobación provi-

¹⁷ Cabe pensar en otras hipótesis de actividad impugnabile que resulten de las aprobaciones por silencios administrativos de los planes generales.

sional corresponde a la Sala de lo Contencioso y no al Juzgado:

"teniendo en cuenta que se ve afectado acuerdo de aprobación provisional de instrumento de ordenación urbanística, sin que el concreto motivo en el que se pretende apoyar la impugnación desvirtúe las derivables consecuencias competenciales con la resultancia de lo previsto en los artículos 8.1 y 10.1a) de la Ley Jurisdiccional de 1998, lo que se traduce en una parcial estimación de la apelación".¹⁸

Por último, la jurisprudencia considera que es inadmisibles recurrir la aprobación provisional, inadmisibilidad fundamentada en la complejidad del procedimiento y en el hecho de que nunca puede causar indefensión esa aprobación provisional al ser siempre recurrible el acuerdo de aprobación definitiva del planeamiento. A los efectos de ejemplo se pueden citar las siguientes: STS de 1.2.2005:

"Estos dos motivos de casación no pueden prosperar, ya que es doctrina jurisprudencial consolidada, recogida también en las Sentencias de esta Sala citadas al articularlo, que la aprobación provisional de los instrumentos de planeamiento no es susceptible de recurso contencioso-administrativo por tratarse de un acto de mero trámite, al estar supeditada su eficacia a la aprobación definitiva, momento este ulterior en que pueden ser impugnados todos aquellos extremos y determinaciones contenidas en el planeamiento aprobado, incluso aquéllas que dependiesen exclusivamente de la autonomía municipal".

En igual sentido de 23.1.2004, 11.6.2002, 29.9.1999 etc. También la citada por la STSJ de la Comunitat Valenciana núm. 830/2005 de 5.6.2005):

"Quinto.- Así pues y conforme tiene declarado la Sala del Tribunal Supremo (Sentencia, entre otras, de 3 de enero de 2.001) el acuerdo de aprobación provisional de los instrumentos urbanísticos, al insertarse dentro de un procedimiento preparando la resolución final mediante la remisión del expediente al órgano competente para la aprobación definitiva constituye un acto de trámite que no resulta susceptible de recurso dado que no hace imposible ni suspende la continuación del procedimiento; justificándose tal

¹⁸ Al estar pendiente de resolución el fondo del asunto, sí que parece prudente prestar un especial cuidado y atención a las celebraciones de las sesiones plenarias relativas a la tramitación de los planes generales, en las que se suelen producir ciertos problemas de orden público y las tensiones entre el principio de la publicidad de las sesiones y la necesidad de salvaguardar la participación de los representantes democráticos en los asuntos públicos.

irrecorribilidad específicamente por la necesidad de impedir que un procedimiento ya de por sí complicado venga a convertirse en interminable con la interposición de recursos respecto de todos y cada uno de los actos iniciales o intermedios con la salvedad naturalmente de que se produzca una denegación de la aprobación provisional, pues entonces se impide la continuación del procedimiento, y tratándose en este caso de la impugnación de un acuerdo aprobatorio de un instrumento urbanístico al que específicamente se otorga carácter provisional, resulta procedente, de acuerdo con la expresada doctrina jurisprudencial y conforme a lo establecido en el artículo 69,c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estimar inadmisibile el presente recurso".

También puede suscitar dudas la posibilidad de que quepa recurrir autónomamente el resultado de la Evaluación Ambiental Estratégica. La respuesta debiera ser negativa, al estar regulada¹⁹ de forma que se tramita en el mismo procedimiento del plan y se incorpora su documentación, integrando el plan mismo y sirviendo a las decisiones que en él se adoptan. Los mismos fundamentos que llevaron a la jurisprudencia a inadmitir los recursos autónomos contra las Evaluaciones de Impacto ambiental concurren aquí, v.gr. SSTS 17.11.98, 13.11.98 o 13.11.2002 y 25.11.2002:

"Lo expuesto conduce a entender que nuestro Legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado —ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental— por la conclusión o juicio que en aquella se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional. (...)

(...) el control jurisdiccional directo de la DIA, no suscitado a través de la impugnación del acto final autorizatorio del proyecto, podría desenvolverse

¹⁹ Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, Ley 9/2006, de 28 de abril, y Ley gallega 6/2007, de 11 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Ordenación del Territorio y del Litoral de Galicia.

en vano, inútilmente, si tal acto final hubiera tenido un sentido denegatorio; o versar sobre unas hipotéticas ilegalidades que, sin embargo, hayan sido corregidas en la posterior actuación administrativa; o realizarse desde un prisma no necesario, si las condiciones medioambientales a las que en definitiva se sujetara el proyecto no fueran coincidentes con las que la DIA entendió que debían establecerse

(...) ni la indefensión, ni el perjuicio irreparable, se producen desde el momento en que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados con la Declaración de Impacto Ambiental van a tener oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos en el caso de que su pretensión anulatoria prosperase. No hay indefensión ni irreparabilidad de perjuicios, aunque se retrase la defensa y reparación al momento de ese acto posterior."

3.3.2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda deben coincidir con el objeto del recurso, si no incurriría en desviación procesal. Ahora bien, esto no se produce en los supuestos de que se recurra un acto en el escrito de interposición y después se pretenda la anulación indirecta del plan del que es aplicación en la demanda, porque en el recurso indirecto el objeto es el acto y la ilegalidad de la disposición es un motivo (STS 29.9.2010)

Las pretensiones anulatorias pueden ir dirigidas contra la totalidad del plan, o contra una concreta ordenación o determinación del plan. Pero en cualquier caso debieran ser concretas, debe presentarse resistencia a genéricas y abstractas pretensiones de consecuencias imprevisibles²⁰.

Tampoco son admisibles las pretensiones en que se solicita una concreta ordenación del plan, ya que la LJCA impide que la sentencia anulatoria pueda decidir la forma de la redacción de sus determinaciones excepto los supuestos reglados derivados de la legislación urbanística (v.gr. clases regladas del suelo).

Por último, ya señalamos con anterioridad que es posible pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada en los términos del art. 31.3.

3.3.3. Exigencias de congruencia

Las exigencias de congruencia y también del principio de contradicción se

²⁰ Pretensiones que suplican también la nulidad de "cuantas disposiciones y actos se deriven del plan recurrido".

plasman en la LJCA en el art. 33.2 que permiten al juez que a través de una providencia irrecurrible someta a audiencia de las partes, por plazo de diez días, nuevos motivos para fundar el recurso o su oposición, con suspensión del plazo para pronunciar fallo. Y, en el art. 65.2 que le permite también a través de una providencia igualmente irrecurrible y otorgándole el mismo plazo de audiencia, someterles a las partes nuevos motivos que entienda que deben ser tratados en la vista o en las conclusiones.

En concreto, y por lo que aquí interesa, cuando se trata de disposiciones generales, como es el caso de los instrumentos de planeamiento, prevé el art. 33.3 LJCA que esto mismo se observará si el órgano judicial aprecia que el enjuiciamiento debe ser extendido a otros preceptos de la disposición general impugnada por razones de conexión o consecuencia de los preceptos recurridos.

3.4. ACUMULACIÓN

Se regula en los arts. 34-39 LJCA, que se ocupan de la acumulación, de la ampliación del recurso y del supuesto conocido como casos testimonio. En relación con el planeamiento general, es de interés destacar que cuando lo que se pretende es la anulación total del plan y se ha producido una aprobación parcial definitiva y más tarde otra posterior aprobación definitiva, pesa sobre el recurrente la carga de ampliar el recurso a esta última.

En cuanto a los casos testimonio, consiste esta técnica en que el órgano judicial, previa audiencia de las partes, puede tramitar uno o varios recursos con carácter preferente quedando los demás en suspenso. Una vez que se dicte resolución en los tramitados, se les someterá a las partes el resuelto para que en los pleitos que quedaron en suspenso soliciten la extensión de efectos de la resolución judicial o el desistimiento según proceda: aprobaciones definitivas parciales (art. 36). Se regulan los conocidos como casos testimonio en el art. 37 de la LJCA.

En cualquier caso y aunque no se utilice ninguno de los mecanismos previstos en estos preceptos, debe tenerse en cuenta que los primeros recursos determinarán en gran medida la resolución de los posteriores, ya que el órgano judicial procurará evitar contradicciones. Esto debe tenerse en cuenta por la defensa municipal debiendo poner un especial empeño desde las primeras demandas, teniendo en cuenta que en muchos de los casos la tramitación preferente de esta clase de recursos tiene como primer efecto la simultaneidad del traslado de las demandas para su contestación en el plazo de los veinte días previsto.

3.5. CUANTÍA

La cuantía tiene relevancia para la determinación de las costas, la procedencia de recursos y la cuantificación de los honorarios. En cuanto a los recursos, nuevamente la naturaleza de disposición normativa de los planes determina que siempre tengan abierto el recurso de casación cuando se invoque Derecho estatal y siempre y cuando fuese oportunamente alegado en la instancia.

Cando de disposiciones generales se trata, como es el caso del planeamiento, el art. 42.2 de la LJCA es claro al establecer la regla de determinación de la cuantía como indeterminada.

3.6. ESCRITO DE INTERPOSICIÓN

El art. 45.5 LJCA prevé para los recursos dirigidos contra disposiciones generales, como es el caso que analizamos, que se puedan iniciar directamente por demanda, siempre y cuando no existan terceros interesados. Esta posibilidad en general tiene poca aplicación, pues esto significa elaborar la demanda sin expediente, aunque el art. 53 LJCA prevé para estos supuestos la apertura de un plazo de diez días para formular alegaciones complementarias una vez que el expediente se remita.

Como es sabido, el escrito de interposición fija el objeto del recurso con el que deberán coincidir las pretensiones de la demanda y, como ya fue explicado en el recurso indirecto, no es preciso advertir en el escrito de interposición que la anulación del acto recorrido se va a fundar en la nulidad del plan del que es aplicación.

Por lo que respecta a las personas jurídicas, deben acompañar la documentación que acredite su legitimación *ad processum*.

También es este escrito oportuno para solicitar las medidas cautelares a las que nos referimos al final (aunque también pueden ser solicitadas en la demanda), y para solicitar el anuncio de la interposición del recurso. En este último caso correrá el recurrente con el coste de la inserción de tal anuncio.

3.7. PLAZO

De acuerdo con lo establecido en el art. 46 de la LJCA, el plazo de interposición es de dos meses desde la publicación. La cuestión que se suscitó es si este plazo comienza a computar desde la publicación del acuerdo autonómico en el Diario Oficial de la Comunidad o desde la publicación de las ordenanzas en el Boletín Oficial de la Provincia; según la jurisprudencia del TS y del TSXG no cabe duda que es desde la publicación de la normativa del Plan en el Boletín Oficial de la Provincia.

En relación con los concejales, cuando se trate de instrumentos en que la competencia de aprobación definitiva corresponda al Ayuntamiento, debería entenderse al igual que en cualquier otro supuesto de acuerdo, que el plazo comienza a computar desde la fecha de la sesión porque "es evidente que conocen perfectamente desde tiempo atrás el exacto contenido del acto por haber formado la voluntad del órgano colegiado aunque fuere emitiendo el voto en contra" excepto que en la notificación del acta se aporte información errónea (STS 3.7.2006).

En el caso de requerimiento entre administraciones el plazo comenzará a computar desde el día siguiente a la desestimación expresa o desde el siguiente a aquel en que se entienda presuntamente desestimado (46.6).

En lo que atañe al recurso indirecto, queda claro que cada vez que se produzca un acto de aplicación de la norma, será en los plazos ordinarios que procedan contra el acto del que se trate (dos meses desde la notificación).

3.8. LA REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

(ARTS. 47-50, 38, 55 DE LA LJCA)

3.8.1. Emplazamiento y personamiento de la Administración autora de la disposición.

La Administración autora de la disposición se entiende emplazada con la reclamación del expediente y se considerará personada cuando lo remita.

Cuando la disposición recurrida es un Plan General, la primera cuestión que se formula es a quién corresponde remitir el expediente. En este caso, el acto objeto de recurso es la Orden de la Consellería competente en materia de Urbanismo por la que se da la aprobación definitiva al Plan General. Por tanto, el documento definitivamente aprobado por la Xunta de Galicia, así como el expediente del que trae causa, en aras de la seguridad jurídica, solo podrá ser aportado a los autos por la Consellería de la que emana la aprobación definitiva objeto del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 al disponer que "el expediente se reclamará al órgano autor de la disposición o acto impugnado".

Si se le pidiese el expediente al Ayuntamiento, este deberá recurrir este requerimiento por entender que le corresponde a la Administración autonómica. En el impensable supuesto de que, aun así, el órgano judicial insistiese y desestimase el recurso, deberá remitirse la copia del expediente y de la documentación técnica del Plan General que esté diligenciada también por la Consellería competente.

Cando se trate de un instrumento de competencia íntegramente municipal, puede ser útil recordar la posibilidad prevista en la propia LJCA de que el expediente sea común en los recursos que se diriman ante el mismo tribunal

(no puede ser así, cuando sobre un mismo expediente conozcan distintos órganos judiciales).

La falta de remisión del expediente en el plazo requerido puede llegar a ser intimado con multas coercitivas recurribles en súplica y después de la tercera se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, todo lo cual siguiendo el procedimiento, con la cuantía y plazos regulados en el apartado 7 y ss. del art. 48 LJCA.

Desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que la STSXG de 17.4.2008 acaba de anular un planeamiento general por falta de coincidencia de la documentación expuesta al público con la inicialmente aprobada. Y este caso pone de manifiesto la importancia que cobran los actos de diligenciamiento del expediente y documentación del plan. No se puede ocultar que la documentación que integra el plan, así como el expediente de su tramitación, conforman un expediente complejo y voluminosísimo, en que se suceden diferentes redacciones, muchas veces con muy pequeñas variaciones y con una apariencia muy similar. Para facilitar las tareas materiales de diligenciamiento y manejo, podría exigirse en los pliegos de prescripciones redactados para la contratación del equipo, una maquetación sustancialmente diferente para las distintas versiones del planeamiento, o marcas nítidas que diferencien con claridad la documentación del plan que resulta aprobada en cada una de las fases del procedimiento de elaboración y tramitación del plan.

También puede ser relevante para operar con la debida seguridad jurídica, manejar siempre las copias del plan diligenciadas también por la Administración autonómica. Y se le debe indicar al defensor de la Administración que la documentación del plan que deba aportar a su contestación a la demanda para fundar e ilustrar sus argumentos, debe ser siempre copiada del expediente que haya sido remitido a los autos por la Administración autonómica.

Una elemental medida precautoria consiste en exigir que el letrado contratado por la Corporación para la defensa del plan, dé traslado de copia de la demanda a los servicios municipales para que ya desde el primer momento realicen las comprobaciones más elementales respecto de los reproches que el recurrente realice sobre el plan aprobado y su tramitación. Conocer las disfunciones que pueda poner de manifiesto lo contrario en este momento inicial, ofrece un buen margen de tiempo para comprobar, solucionar o explicar los errores que se puedan poner de manifiesto.

En cuanto al expediente, este deberá ir cosido, indexado y foliado. Aunque se prevé la remisión del original, lo más prudente es remitir una copia debidamente diligenciada. En cualquier caso, cualquiera de las partes podrá

pedir que se complete con suspensión del plazo para redactar la demanda o la contestación según sea el caso, tal y como prevé el art. 55 LJCA. Todo esto sin perjuicio de que los expedientes de estas características son remitidos, normalmente, en soporte informático.

3.8.2. Indicación de recursos conexos

El art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, obliga a poner en conocimiento del órgano judicial la existencia de otros procedimientos entre los que puedan concurrir las circunstancias de acumulación cuando se remita el expediente. La finalidad de este precepto es la de evitar contradicciones procurando una mayor seguridad jurídica. A la propia Administración le interesa para este mismo fin tener igual control sobre los recursos que penden en relación con el mismo expediente. Por esta razón, cada vez que un órgano judicial reclame el expediente administrativo o la remisión de documentación que fuese admitida como prueba en un procedimiento, deberá unirse al expediente al que se refiere el oficio o requerimiento judicial, para que cuando llegue el siguiente oficio judicial al examinar el expediente se pueda comprobar y comunicar al órgano judicial la existencia de un previo recurso sobre ese mismo procedimiento o relacionado con él.

Las conexiones que se descubran entre diferentes expedientes también podrán ser comunicadas en la contestación a la demanda si no fuese posible identificarlos antes o resultasen circunstancias de relación entre ellos como consecuencia del contenido de la demanda que se contesta.

3.8.3. Emplazamientos

El art. 49 de la LJCA le ordena a la Administración autora del acto emplazar a los interesados. Asimismo deberá remitir la justificación de estos emplazamientos cuando se remita el expediente, junto con los justificantes de los que se enviaron. Con posterioridad se remitirán los justificantes de recepción de los emplazamientos y se comunicará la identificación de aquellos a los que no les fue posible notificar los emplazamientos para que se proceda a su publicación por el órgano judicial.

Deben ser emplazados los que tengan interés en defender la actividad impugnada; si comparece algún interesado en atacarla, entonces habrá que solicitar su separación del recurso, tal y como antes se indicó.

En los recursos contra el Plan General la Administración municipal es demandada y será emplazada por la Administración autonómica. Por ello, la defensa municipal cuando conteste a la demanda podrá indicar los interesados en defender la ordenación impugnada para que sean llamados al pleito. De

este modo, más que evitar la nulidad de actuaciones, porque normalmente al tratarse de una disposición general el anuncio de interposición del recurso será publicado²¹, se ampliará el abanico de argumentos de defensa y también puede ayudar a ilustrar el interés o apoyo social al plan o la motivación de la ordenación. Así, la Administración municipal puede conocer y llamar al pleito a aquellos que estén interesados en el mantenimiento del plan atacado: por ejemplo, si se trata de un ámbito en el que ya está en constitución o constituida la junta de compensación, si hay asociaciones sin ánimo de lucro de defensa sectorial, asociaciones vecinales etc... Esto debe indicarse en la contestación a la demanda, o con anterioridad si el escrito de interposición suministra datos que permitan conocer a los posibles interesados con anterioridad.

3.8.4. Anuncio de la interposición

A este mismo fin de evitar la indefensión de posibles interesados en que se mantenga la actividad impugnada, en este caso un planeamiento, responde la previsión de la publicación del anuncio de la interposición. La LJCA prevé en su art. 47 que lo solicite el recurrente que en este caso asumirá el coste del anuncio, que lo decida el Secretario judicial por estimarlo conveniente (normalmente lo acordará cuando se trate de un plan o de una disposición general). Este anuncio debe publicarse necesariamente cuando se inicie el recurso por demanda. Por último, el art. 49.4 de la LJCA, prevé la publicación del emplazamiento por edictos cuando no fuese posible notificar algún emplazamiento.

3.8.5. Plazo para presentarse

Como ya se indicó, cuando se trata de un plan general, los Ayuntamientos ocupan la posición en la relación jurídico procesal de codemandados, por lo que habrá que tener muy en cuenta que deberá presentarse en los diez días concedidos para el efecto, porque fuera de ese plazo decae su derecho a los trámites precluidos (Art. 50.3LJCA).

3.9. FASES DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN

3.9.1. La demanda y la preparación de la contestación

La demanda se regula en el art. 52 y en el 53 LJCA para los supuestos de formulación de demanda sin remisión del expediente junto con las alegaciones complementarias, y a estos preceptos nos remitimos; de la contestación a la

²¹ También es obligatorio publicar el anuncio en los recursos que se inician por demanda según resulta del art. 47.2 LJCA.

demanda se ocupa el art. 54 de la LJCA. Presentada la demanda, las partes demandadas tendrán también veinte días para contestarla, primero la Administración demandada y la continuación los codemandados.

La demanda permitirá conocer los hechos, fundamentos y concretas pretensiones ejercitadas por la parte recurrente. Antes de que comience a contar el plazo de veinte días para contestar la demanda, se les dará traslado a las partes del escrito de la demanda por el servicio común y, además, contestará en primer lugar la principal demandada, que en los pleitos contra el planeamiento general será la Administración autonómica, por lo que este tiempo que transcurre entre que el Ayuntamiento conoce la demanda hasta que la tiene que contestar, es muy valioso para comenzar con las labores de defensa y puede utilizarse, por ejemplo, para:

- a) Comprobar los contenidos del planeamiento impugnado. Pueden detectarse errores. En este caso, antes de emprender una corrección de errores hay que recordar que la jurisprudencia es muy rigurosa y da una interpretación muy restrictiva de este mecanismo excepcional, por lo que la seguridad jurídica recomienda, si es el caso, aguardar un tiempo prudencial de comprobación del texto del plan y tramitar todos aquellos que se vayan detectando, mejor con el procedimiento más exigente de la modificación del planeamiento. Resulta de interés la STS de 29.5.2009²², entre otras. Revisar el plan recientemente

²² STS 29.5.2009, F. J. 9º: *“Tal y como reconoce el Ayuntamiento de Barcelona en su escrito de oposición al recurso, no era factible corregir directamente la calificación urbanística de la finca por la vía del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, sin tramitar el procedimiento administrativo establecido para la modificación de los planes, porque en este concreto caso dicha corrección requería de una previa valoración técnica y jurídica, altera significativamente el uso urbanístico asignado a la finca en cuestión y es susceptible de afectar a terceros interesados.*

Tampoco podía el recurrente solicitar la revisión de oficio del Plan General, pues aunque la referida calificación pudiera ser constitutiva de nulidad de pleno derecho, el artículo 102 de la misma Ley no reconoce una acción de nulidad que permita a los particulares exigir la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, como así concluimos, entre otras, en nuestras sentencias de 28 de diciembre y 12 de julio de 2006 (casación 4836/2003 y 2285/2003).

Consecuentemente: la solución instada por la Comunidad de vecinos recurrente —modificación puntual del Plan General— semeja la más idónea para solucionar el problema planteado, ofreciendo más seguridad jurídica, así como mayores garantías para los posibles terceros afectados, al conllevar, entre otros trámites, un período de información pública. La corrección del error constituye así mismo una causa de interés público más que suficiente para justificar la incoación del procedimiento de la referida modificación puntual. El Ayuntamiento de Barcelona debió responder expresamente en su día a la citada solicitud de la Comunidad de vecinos recurrente, bien justificando la inexistencia del error denunciado, bien incoando y tramitando el correspondiente procedimiento de modificación puntual del Plan en la forma legalmente establecida. Lo que no pudo hacer es denegar de plano y sin mayores consideraciones la petición formulada, por la vía del silencio administrativo.

En definitiva, habiéndose demostrado en este litigio, la concurrencia del referido error en la calificación de la parcela sita en el nº NUM000 de la DIRECCION000 de Barcelona, y determinado el procedimiento adecuado para su corrección, procede estimar el recurso de casación, casando y

aprobado también permitirá, si fuese el caso, depurar las responsabilidades del equipo redactor de conformidad con la legislación de contratos del sector público.

- b) El escrito de demanda ya contiene los datos precisos para comenzar a recopilar toda la motivación del plan para el ámbito recurrido. Esta motivación estará en las memorias del plan (memoria y, si fuese el caso, la memoria de la ordenación concreta); pero no solo, además de la propia ficha, suministran valiosos datos las diagnosis del estudio ambiental, los planos de las redes de servicios, el estudio económico etc. También puede ser de gran utilidad recopilar todos los informes sectoriales emitidos a lo largo del procedimiento urbanístico, así como los informes técnicos y jurídicos de los servicios municipales. Eso sí, una vez localizada esta documentación, se deberá imprimir (si estuviese en soporte informático) o fotocopiar del expediente que obra en autos. Además de por la seguridad que esto acarrea, porque irán con la numeración de folio que le permitirá al Tribunal una rápida comprobación en su expediente.
- c) Es importante comprobar las alegaciones formuladas por los recurrentes o vecinos del ámbito y la respuesta que recibieron. Para facilitar esta labor es necesario que las exigencias para llevar a cabo los complicados períodos de información pública a que obliga el procedimiento de aprobación del planeamiento, así como los requisitos de la base de datos en la que deben quedar registradas las alegaciones y los informes a estas, consten bien reflejadas en el pliego de prescripciones que rija la contratación de un equipo redactor del planeamiento. También en este caso, por las razones apuntadas, se deberán aportar al escrito de contestación las copias de las alegaciones e informes que sean relevantes para la solución del pleito del expediente que obre en el recurso.
- d) También es de utilidad comprobar la ordenación prevista en el planeamiento precedente y en los anteriores. Y, si fuese el caso, si ha habido o no instrumentos de gestión y ejecución. Además de lo anterior, puede ser útil que se recaden y documenten antecedentes relevantes o expedientes que puedan tener relación con el asunto.
- e) Comprobar la existencia de posibles afectados que deban ser llamados al recurso por tener interés en el mantenimiento de la ordenación del plan recurrido y, por lo tanto en su defensa, con el fin de indicárselo a la

anulando la sentencia impugnada, y estimar el recurso contencioso administrativo, condenándose al Ayuntamiento de Barcelona a incoar y tramitar el correspondiente procedimiento de modificación puntual del Plan General Metropolitano para subsanar el citado error.”

Sala y emplazarlos evitando su indefensión.

- f) Recadar la existencia de estudios técnicos o informes relacionados con los terrenos o partes del territorio afectadas que ayuden a comprender y explicar las ordenaciones impugnadas, así como cualquier otra fuente de información o documentación que pueda tener interés.

3.9.2. Alegaciones de inadmisibilidad

Se pueden oponer las causas de inadmisión del recurso en la contestación a la demanda o, previamente, en los cinco primeros días del plazo para la contestación. En este caso se suspende el plazo para contestar, se les dará traslado a las partes y se resolverá mediante Auto. Si se resuelve la inadmisión, este Auto es recurrible. Si se admite la demanda, el Auto es irrecurrible, pero pueden reiterarse las alegaciones de inadmisibilidad en la contestación a la demanda que se deberá presentar en el plazo que reste.

Las causas de inadmisibilidad se regulan en los arts. 28, 58 y 69²³ LJCA, además de las que obedecen a una construcción jurisprudencial como la desviación procesal o la desaparición sobrevenida del objeto del recurso (en este caso se trata más bien de otra forma de terminación del recurso contencioso). En los supuestos del art. 69 LJCA el recurso se resolverá por sentencia. La declaración de inadmisibilidad es una forma de terminación que complace las exigencias de la tutela judicial efectiva y despliega los efectos propios de la cosa juzgada.

3.9.3. Parecer razonado del defensor de la Administración

Establece el art. 54.2 que "si el defensor de la Administración demandada estima que la disposición o actuación recurrida pudiera no ajustarse a Derecho, podrá solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo de 20 días para comunicar su parecer razonado a aquélla. El Secretario judicial, previa audiencia del demandante acordará lo procedente". Redacción de L.13/2009, de 3/11 de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Antes acababa en "podrá solicitar la suspensión", de manera que se entendía que era una facultad del letrado de la Administración que la producía automáticamente. No se preveía la audiencia del demandante ni la ulterior resolución. Esta le corresponde a la secretaría judicial a par-

²³ Cuando se trate de actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no ser recurridos en tiempo y forma, la falta de jurisdicción/competencia, la extemporaneidad, la falta de legitimación, representación, persona incapaz; dirigirse contra actividad no susceptible de recurso, la concurrencia de cosa juzgada/litispendencia, o por haberse desestimado asuntos sustancialmente iguales. En caso de que la revisión reproduzca una ordenación de un plan anterior, cabe cuestionarse si se podrá oponer que se trata de una disposición firme y consentida.

tir del reforzamiento de las competencias de esta función que operó la Ley. En el caso de planeamiento el empleo de este mecanismo no parece imaginable.

3.9.4. Especialidad del art. 54.4 LJCA, peculiaridad de las entidades locales

Cuando la Administración demandada fuese una entidad local y no se presentase en el procedimiento pese a ser emplazada, se le dará no obstante traslado de la demanda para que en el plazo de veinte días, pueda designar representante en juicio o comunicar al órgano judicial por escrito los fundamentos por los que estimase improcedente la pretensión del actor. Este precepto es una reminiscencia de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956. Si la Administración no comparece es que no remitió el expediente y por tanto procede la puesta en marcha de los mecanismos previstos en el art. 48.7 LJCA.

Así y todo, no se puede desechar su utilidad para emplear esta oportunidad en manifestar el parecer de la Administración municipal en los Procedimientos Abreviados de escasa cuantía y relevancia. En este tipo de procedimientos regulados en el art. 78 de la LJCA, se da traslado de la demanda cuando se requiere el expediente. El juego del art. 54.4 podría ser aprovechado para que al remitir el expediente la propia Administración municipal se oponga a la demanda, efectuando una verdadera contestación a la demanda.

3.9.5. Aportación de documentos

Con carácter general, la prueba documental y pericial de parte deberá ser aportada con la demanda y contestación o, cuando menos, indicar dónde se encuentra la documental de la que se va a hacer uso con la consiguiente explicación de por qué no pueden ser aportados a estos escritos procesales (art. 56.3 LJCA).

Debe recalarse, una vez más, que las remisiones genéricas al expediente administrativo son insuficientes para ilustrar al órgano judicial, sobre todo cuando se trata de expedientes tan voluminosos, por esto se insistió antes en la oportunidad de aportar las copias justificativas y en defensa de la postura municipal del propio expediente que obre en autos y, copias en las que, de todos modos, debe constar el número de folio.

Lo antedicho sin perjuicio de que, como señala ORDOÑEZ SOLÍS²⁴, "a pesar de la inveterada práctica forense, es preciso subrayar que el expediente administrativo no es necesario que sea recibido a prueba porque, en realidad, forma parte de las mismas actuaciones judiciales. El Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el no recibimiento a prueba en instancia y sobre la reproducción de los documentos que obraban en el expediente administrativo ha puntualizado

²⁴ ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La prueba en el contencioso-administrativo*. Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 56-57.

en su sentencia de 20 de noviembre de 2005: 'el expediente administrativo, una vez remitido por la Administración, no precisa solicitarse como documental, pues se incorpora necesariamente al proceso'".

La insistencia de aportar copia de determinados documentos que figuran en el expediente y que sean relevantes para la resolución del pleito y que las copias lo sean precisamente del que obra en autos, es para facilitar la labor judicial al permitir encontrar ya unida a la contestación la documentación de relevancia y comprobar de forma rápida su correspondencia con la numeración del expediente que obra en autos, si fuera preciso.

3.10. LA PRUEBA

3.10.1. Relevancia y principios

Como antes se dijo, el escenario del contencioso-administrativo cambió en los últimos años, de manera que se ha producido una transición de un debate fundamentalmente jurídico a un procedimiento que procura conocer y descubrir los hechos y los criterios técnicos relevantes que subyacen a la actuación impugnada. El argumentario jurídico, la presunción de la legalidad y el expediente caracterizaban al contencioso. En la actualidad la defensa de la motivación, la explicación de las razones, la prueba de los hechos y, sobre todo, las pruebas de naturaleza técnica son las que determinarán el sentido de la decisión que finalmente se adopte.

Sin entrar en profundidades, la carga de la prueba es una facultad que es menester ejercer para obtener un interés, de manera que las consecuencias de no asumirla lo serán para aquella de las partes que tuviese la carga de probar²⁵. En el campo de lo contencioso-administrativo podría pensarse que la presunción de legalidad de la actuación administrativa se traduce en que la carga de probar le corresponde al recurrente, pero esto no es así. Otramente, en orden a alcanzar ese principio de igualdad efectiva de las partes en el proceso, la jurisprudencia viene interpretando muchas de las veces que le corresponde la carga de probar a la Administración por tener esta una "mayor facilidad probatoria", como una manifestación del principio de buena fe procesal.

²⁵ Con la reciente modificación de la LJCA se introduce un artículo que establece la inversión de la carga de la prueba en supuestos en que se alegue la discriminación de la mujer: esto podemos ponerlo en relación con el art.10.1.c) del TRLS08, aunque se debe confesar que no se logra imaginar este supuesto, lo cierto es que este precepto señala como criterio básico de utilización del suelo un deber de las administraciones públicas de "atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente".

En definitiva, la jurisprudencia va igualando la posición de las partes y controla la actividad administrativa profundizando y analizando bien a fondo las entrañas de la decisión administrativa adoptada y desde una perspectiva de garantía de los derechos ciudadanos. En este contexto, es preciso que la Administración reflexione sobre su estrategia jurídica, que agote las pruebas propias, comenzando por una buena formación del expediente administrativo en que efectivamente se encuentre de forma ordenada la expresión documental de la motivación de la decisión adoptada, y realice las oportunas comprobaciones en cuanto se le reclama el dicho expediente. Se hace así imprescindible explicar las razones de fondo sobre la decisión o norma recurrida y también explicar lo gestionado en vía administrativa mediante los oportunos informes técnicos.

En el campo del urbanismo en general, es necesario emplear todos los medios técnicos en la defensa del trabajo municipal desarrollado, aunque sea para minimizar la cantidad y costo de los fracasos judiciales y de las responsabilidades de su personal. Estos medios normalmente serán medios técnicos y, en la mayor parte de las veces, será suficiente con que los técnicos especialistas de la Administración expliquen los criterios seguidos en su actuación. Esto también les será de utilidad y a partir de lo resuelto en la sentencia podrán trabajar con mucha mayor seguridad jurídica, abandonado el criterio sostenido si la sentencia es estimatoria, y manteniendo y continuando con su aplicación pero contando ahora con respaldo en una resolución judicial²⁶.

Respecto del planeamiento general, en concreto, hay que tener muy presente que la jurisprudencia le concede una extraordinaria relevancia a todos y cada uno de los documentos técnicos del plan y refuerza también su carácter multidisciplinar al plasmarse en sus sentencias un control que abarque desde la racionalidad de las previsiones de crecimiento hasta el estudio económico, pasando por la documentación ambiental del plan y los impactos paisajísticos o la defensa del patrimonio histórico, y afirmando el carácter reglado de cada vez más determinaciones del plan. De ahí que la necesidad de practicar prueba a través de distintos medios periciales, gráficos y técnicos va a ser ineludible.

Dado que, en muchas ocasiones, el Ayuntamiento no va a disponer de sociólogos, arqueólogos, economistas, expertos paisajistas etc., debe recogerse en el pliego de contratación para la selección del equipo redactor un recordatorio claro de los principios profesionales y de lealtad contractual en el sentido de que responden de la autoría técnica e intelectual de la documentación integrante del plan. Esto es: que

²⁶ Es de justicia destacar que, más allá de los casos concretos, la labor de los juzgados de lo Contencioso en la mejora de la calidad de la actuación de la Administración municipal es uno de sus efectos más beneficiosos, suministrando muchas veces fundados criterios que les confieren mayor seguridad a los funcionarios que sirven en ella y mayores garantías a los vecinos.

tendrán que explicarla, ratificarla y responder de su autoría y de la calidad de su labor en futuros contenciosos, debiendo ser llamados al proceso como testimonial-pericial, simplemente para ratificar y responsabilizarse de la corrección de su trabajo técnico, y esto sin perjuicio de que pueda resultar conveniente aportar un informe técnico escrito sobre el que después pedir aclaraciones, como pericial. En este caso, si se trata de la elaboración de un nuevo informe, resultará más complicado tenerlo previsto en el pliego de cláusulas contractuales pero, en cualquier caso, se propone una reflexión sobre esta cuestión, hoy en día fundamental dada la creciente litigiosidad y, sobre todo, en materia urbanística, y el alto coste de los informes periciales externos.

El personal de la Administración municipal conoce perfectamente su territorio, debe saber manejar el documento y ser el sujeto que tenga el conocimiento más profundo del plan; conoce la tramitación y los informes que hay en el procedimiento; conoce la realidad física que además es fácilmente acreditable a través de fotografías aéreas que, hoy en día, están accesibles en la red; conoce los motivos de las ordenaciones, los antecedentes y el planeamiento anterior; si las edificaciones son nuevas, disponen o no de licencia, o si son espontáneas resultado de un desarrollo urbanístico desordenado u ordenado; conoce la realidad preexistente al planeamiento y también la ordenación conjunta y contigua del suelo al recorrido etc. Por tanto, la defensa del plan va a pasar ineludiblemente por el esfuerzo de los servicios municipales del Ayuntamiento implicado.

Aportar documentación gráfica que permita conocer la realidad física enjuiciada y expresar la justificación de la decisión de planeamiento ayudará a hacer jurídicamente aceptable la decisión urbanística adoptada.

3.10.2. La solicitud de apertura del período probatorio

Las reglas que rigen la prueba respecto del procedimiento contencioso-administrativo son claras al establecer que debe señalar la parte recurrente los puntos de hecho sobre los que debe versar la prueba art. 60.2. LJCA. Es preciso subrayar que no se trata de señalar medios de prueba, sino de hechos. Que la prueba se practica sobre hechos también es una obviedad que recoge el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷ (en adelante LEC). Para practicar prueba el actor tiene que señalar en tiempo y forma los hechos ordenados sobre los que practicarla en la demanda y como prevé el artículo 60.1 de la LJCA. O, en segundo lugar, señalar aquellos hechos nuevos que resultasen controvertidos de la contestación de la demanda a través del escrito de petición de

²⁷ “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener del proceso”

recibimiento a prueba del recurso previsto en el artículo 60.2 de la LJCA. También se puede pedir en el escrito de alegaciones complementarias. La Administración solicitará la apertura del mismo modo, indicando puntos de hecho, en la contestación a la demanda.

La ley prevé la posibilidad de que se declare concluso el procedimiento sin más trámites y, por lo tanto sin abrir el período de prueba. La ley faculta al órgano judicial a que acuerde diligencias de prueba, si ya se practicó el trámite de vista o conclusiones, con la posterior apertura de un trámite de audiencia a las partes. Este es un aspecto en que parte de la doctrina destaca la existencia de una de las más notables diferencias entre el proceso contencioso y el ordinario civil en que se suprimieron las diligencias para mejor proveer, la vigencia del art. 61.1 de la LJCA se explica por la especial función del juez del contencioso que está sometido a principios de interés general y de legalidad y despegado en mayor medida del principio dispositivo²⁸.

En cualquier caso, si una parte solicita la práctica de prueba y la otra no, rige el principio de que abierta la prueba para una parte, se abre para todas las partes del proceso.

3.10.3. Proposición de medios de prueba

Declarada la apertura del período probatorio, las partes indicarán los medios de prueba de los que pretendan valerse a través de los escritos de proposición de prueba. Habrá que tener en cuenta que el plazo de proposición es común: el demandado no puede proponer prueba aguardando a ver la que propone el demandante y que no se puede aportar documentación más allá de la demanda y contestación (art.56).

Como ya señalamos antes, es práctica habitual señalar el expediente como prueba documental; si no se aportó con la contestación a la demanda copia de alguno de los documentos de interés para la defensa, se puede señalar o resaltar su importancia indicando los folios en los que obran, junto con la de los documentos aportados con la contestación a la demanda.

Son excepciones comunes para demandantes y demandados al límite de aportación de documentos en los escritos de demanda y contestación los siguientes:

- Documentos de fecha posterior a la demanda o a la contestación, o cuando se justifique conocerlos con posterioridad (270 LEC).
- Aportación de sentencias o resoluciones judiciales o administrativas que puedan resultar condicionantes o decisivas (272 LEC).

²⁸ Siguiendo a CHAMORRO GONZÁLEZ, ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, p. 77.

En cuanto a las pruebas periciales de parte, de acuerdo con la LEC, la prueba pericial parte que de conformidad con lo dispuesto en el art. 336.1 de la LEC se debe aportar con la demanda y no con la proposición de prueba. Lo anterior también resulta de la aplicación del apartado 4 del artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones habrá de aportarse a la demanda o contestación.

Se aporta de forma extemporánea para fraudulentamente replicar a las contestaciones y suplir las deficiencias de la demanda, con vulneración de lo dispuesto en los arts. 265.1.4, 335.1, 336.1 y 339.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando esto requeriría una justificación del recurrente de por qué no se aportó con la demanda. El recurrente también deberá anunciar su intención de hacer uso de la práctica de una pericial-judicial. Incumplir estas reglas del proceso puede generar indefensión, porque la defensa diseñó su estrategia y línea de argumentación en el trámite de contestación y ya decidió que documentos o informes aportar o señaló o dejó de señalar documentación del expediente administrativo, sin que se le abra una nueva oportunidad para hacerlo.

A la práctica de prueba pericial extemporánea se refiere la STS 30.9.2009²⁹ y un

²⁹ “Con cierto paralelismo a lo establecido en el artículo 56.3 de la LRJCA (que dispone que ‘Con la demanda y contestación las partes acompañarán los documentos en que directamente funden su derecho ...’) la LEC establece, como regla general (artículo 336), que ‘los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación ... sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley’, precepto que señala que, en el supuesto de imposibilidad de aportación en dicho momento procesal, ‘... junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretenda valerse, que habrán de aportar ... en cuanto dispongan de ellos ...’. Todo ello, a su vez, concuerda con lo establecido en el artículo 265.1.4º de la misma LEC que dispone que ‘A toda demanda o contestación habrán de acompañarse: ... 4º. Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley’. De hecho, así lo hizo la recurrente con los dos informes que aportó con el escrito de demanda.

Por otra parte, la LEC —junto a tal momento de aportación inicial de los dictámenes periciales ‘de parte’ con la demanda o contestación— igualmente regula el supuesto, distinto del anterior, en el que demandante o demandado consideran conveniente la práctica en el período probatorio de una prueba pericial; a tal efecto el artículo 339.2 dispone que ‘El demandante o demandado ... también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial del perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial’. Designación que se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 341 de la misma Ley. Mas, lo que queda patente en el citado artículo 339.2 es que —párrafo segundo— ‘salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente’.

Hemos de examinar, no obstante lo anterior, dos supuestos, también contemplados en las leyes procesales de precedente cita, y a los que se hace referencia en el desarrollo del motivo que examinamos:

a) De una parte el supuesto, previsto en el artículo en el artículo 56.4 de la LRJCA (que se refiere a la

Auto del TSXG de 1 de julio de 2007 limita la posibilidad de admisión de dictámenes periciales con posterioridad al escrito de demanda, siempre que se trate de periciales judiciales y siempre que fuesen interesados y anunciados en los respectivos escritos de demanda y contestación. Con todo, hay que advertir que en esta materia la jurisprudencia del contencioso no consigue establecer unas reglas claras, la jurisprudencia del TS muestra una tendencia a realizar una interpretación flexible sobre el momento de presentación de dictámenes y solicitud de la pericial judicial.

3.10.4. La prueba pericial

Frente a la pericial de parte, privada, prevalecen los informes técnicos elaborados por los funcionarios. Respecto del valor de los mismos, en la jurisprudencia se observa cierta constancia en dar preeminencia a los informes emitidos por los servicios administrativos³⁰ (STS 5.1.2010) por encima de los hechos informados por un técnico contratado por la recurrente y que emite su parecer previa petición de pago de un particular.

Los informes técnicos obrantes en el expediente merecen la consideración de pericia de la Administración y al estar incorporados a aquel no precisan de ser aportados junto con la contestación a la demanda, ni tampoco de ser sometidos a un trámite especial de ratificación a pesar de ser impugnados (STS de 7.3.2006).

aportación posterior de 'los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto desconformidad en los hechos', y que coincide con el previsto en el artículo 338.2 de la LEC, según el cual 'Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda se aportarán por las partes ...', añadiéndose en el párrafo 2º que 'el tribunal podrá también acordar en este caso la presencia de los peritos en el juicio o vista ...'.

Sin embargo, no es este el supuesto de autos por cuanto los hechos a los que, pretendidamente, iba dirigida la prueba de referencia es un hecho anterior y previamente constatado en la demanda y contestación; esto es, la negación de los mismos por la contestación a la demanda no resulta algo novedoso por cuanto resultaba suficientemente conocido con anterioridad al inicio del litigio, sin constituir, en consecuencia, un hecho nuevo.

b) De otra parte, tampoco nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 340.2 de la LEC, que regula —cual prueba pericial especial— la emisión de 'dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia'. No es, efectivamente, el supuesto de autos; basta con examinar el contenido de las periciales propuestas para comprobar que nos encontramos ante una prueba pericial normal, a desarrollar, en su caso, por peritos designados por el procedimiento previsto en el artículo 341 de la LEC. Por otra parte, las instituciones que se citan tampoco encajan en el ámbito subjetivo de las Academias o Instituciones culturales o científicas a las que el precepto se refiere. Y, por último, lo que resulta más significativo, es que tal tipo especial de prueba pericial no queda excluida de la regla general de proposición con la demanda del artículo 339.2 de la LEC (...)."

³⁰ Analiza esta cuestión, sobre el valor de las pericias procedentes de órganos y personal al servicio de las Administraciones BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*. Ed. Aranzadi, 2006, pp. 296-311.

Ahora bien, sobre las anteriores normalmente prevalece la prueba pericial judicial porque su designación aleatoria de la lista de peritos de esta clase, le presupone una mayor imparcialidad al ser un tercero completamente ajeno a las dos partes en conflicto. Lo que sucede es que pocos recurrentes hay que decidan asumir las consecuencias de un perito imparcial sin conocer previamente su parecer técnico. La aportación de informes suscritos por funcionarios/técnicos municipales sitúa a la recurrente en la necesidad de presentar y costear peritajes judiciales³¹, con el riesgo que eso conlleva.

En los pleitos del planeamiento se añade la dificultad de que los profesionales de las listas de las que resulta seleccionado el perito judicial, en ocasiones, pueden no estar especialmente cualificados en el campo del urbanismo y en concreto del planeamiento, y la experiencia muestra dictámenes en que se confunden conceptos que son evidentes y manejan fácilmente aquellos que desarrollan su actividad profesional en relación con instrumentos de planeamiento o los técnicos y juristas municipales y autonómicos. De ahí que cobren especial relevancia dos momentos procesales previstos en el procedimiento: las alegaciones sobre los puntos sobre los que se pide la pericial judicial, y la formulación de aclaraciones al autor de la pericia judicial.

También cabe la posibilidad de contratar la emisión de dictámenes e informes a terceros no funcionarios, por ejemplo a miembros del equipo redactor para que amplíen los trabajos realizados. En este caso, al igual que si se tratase de informe pericial de parte, deberán ser ratificados por sus autores en la Sala. Si es coherente con lo tramitado y, en ausencia de pericial judicial, simplemente equilibra las posiciones.

Hay que advertir que puede ser útil emplear en la aclaración de las pruebas periciales la posibilidad prevista específicamente en el art. 60.5 de la LJCA, de delegar en un funcionario público la facultad de intervenir en la práctica de dicha prueba teniendo en cuenta su carácter técnico.

No es admisible la prueba sobre pronunciamientos o argumentos jurídicos que están excluidos de la prueba al no tratarse de una de las excepciones prevista en el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ni costumbre ni Derecho extranjero). En ocasiones, se pretende que el perito se pronuncie sobre "el ajuste a la legalidad"; lo que se pretende por el recurrente en estos casos es enmascarar la sustitución del pronunciamiento judicial sobre unos hechos —indeterminados— por otra voluntad contratada que decida que hechos va a comparar para concluir que son legales. A esta clase de supuestos da respuesta el Tribunal Supremo en su

³¹ PARICIO RALLO, E.: "La defensa de las Administraciones locales en pleito". *Cuadernos de Derecho local*, nº 5, junio 2004, p. 70-81.

sentencia de 14.6.2002, que señala:

"al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1956, 1890; NDL 18435) (LJCA), opone en primer lugar la parte recurrente que la Sala de instancia ha infringido el artículo 74 LJCA, al rechazar una diligencia de prueba propuesta oportunamente y que, a su juicio, era de indudable trascendencia para la resolución de pleito. Alega que la prueba propuesta debía haber sido admitida porque existía disconformidad entre las partes acerca de los hechos sobre los que aquélla había de versar. Sin embargo, en contra de lo afirmado por la parte recurrente, la prueba propuesta no se refería a hechos sino a apreciaciones jurídicas, pues se trataba de una prueba pericial en la que los peritos designados habrían de emitir dictamen respecto a la adecuación a la normativa urbanística aplicable de la construcción que estaba ejecutando INDITEX, por lo que es claro el acierto de la Sala de instancia rechazándola."

Si se pretende que la pericial consista en realizar comparaciones, en este caso hay que insistir en que la comparación con otras situaciones puede ser irrelevante o improcedente. Por ejemplo, la jurisprudencia —y la del Tribunal Constitucional hasta la saciedad—, ha fijado el alcance del principio de igualdad en el sentido de que solo opera en el marco de la legalidad, repitiendo que no caben invocaciones apodícticas de tal principio con el que siempre podría conectarse cualquier alegación de vulneración de la Ley. Lo que se puede y es legítimo es exigir el cumplimiento de la Ley. Los hechos que concurren en los demás predios tendrían relevancia si el recurrente interpusiese recurso contra estas otras ordenaciones, pero no en caso contrario. Si los hechos se refieren a otros predios fuera del ámbito de la ordenación discutida, esta prueba sería intrascendente.

3.10.5. Supuestos que requieren de un especial esfuerzo probatorio

Conviene tener en cuenta que hay supuestos en que se produce una verdadera carga de prueba para la Administración planificadora; así sucede, por ejemplo, en el supuesto de los convenios urbanísticos en que, aunque ya tiene que quedar suficientemente acreditado el interés público en el plan, requerirá un especial refuerzo probatorio en el procedimiento contencioso; y el mismo refuerzo probatorio requerirán los cambios de clasificación del suelo.

Especial referencia merecen los supuestos de aquellas ordenaciones del plan que interfieran en la ejecución de una sentencia. Estos supuestos quieren una específica motivación en las memorias, especialmente en relación con la

adaptación al entorno, con su incidencia medioambiental, con sus determinaciones que nunca pueden contener parámetros edificatorios de excepción y deben ser coherentes con la ordenación del suelo en el resto de los ámbitos del plan general etc. Probar la generalidad y el interés público de la ordenación que debe perseguir la actividad de planeamiento será ineludible en los contenidos que contra este tipo de ordenaciones se interpongan. Debe procurarse siempre poner esta ordenación en relación con las demás que contemple el plan, y destacar que la ordenación es resultado de un proceso de revisión y no de modificación.

Cando se apruebe un Plan que incida en la ejecución de una sentencia es trascendental la justificación que sustente la ordenación del ámbito afectado, porque de lo contrario la aplicación del art. 103.4 conducirá a apreciar que se trata de una desviación de poder por intentar con esta ordenación eludir la ejecución de la sentencia.

La carga de la prueba e corresponde a la Administración municipal. En este sentido la STS 31/1/2006 explica que la Administración sigue disponiendo de sus facultades de Ordenación y de *ius variandi* pero "si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, debe demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico".

En el mismo sentido la STS de 28/9/2009:

"Ello significa que, para introducir una nueva ordenación urbanística cuya aprobación comporta la ineffectividad de esos pronunciamientos jurisdiccionales o hará inviable su cumplimiento, la Administración debe necesariamente realizar un especial esfuerzo para justificar el cambio de ordenación llamado a tener tan grave consecuencia, y, en fin, para disipar cualquier sospecha de que el planeamiento se altera con la intención de impedir el cumplimiento de la sentencia. Cuando no existe tal justificación, o cuando las razones que se aducen para respaldar la modificación no hacen sino revelar que la finalidad perseguida es precisamente la de eludir la ejecución del fallo, la conclusión no puede ser otra, según lo dispuesto en el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, sino la declaración de nulidad de ese cambio de planeamiento, siendo muestra de ello, entre otros, los pronunciamientos contenidos en sentencias de esta Sala de 5 de abril de 2001 (casación 3655/96) y 10 de julio de 2007 (casación 8758/03)."

3.11. Vista y conclusiones

Se regulan en los arts. 62 y ss. LJCA. Parece conveniente solicitar que se formulen

conclusiones en lugar de vista, habida cuenta de la complejidad de este tipo de contenciosos sobre el planeamiento urbanístico. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la fase de contestación a la demanda en que primero contesta la demandada principal y a continuación los demás codemandados, en este caso tanto la parte demandada como las partes codemandadas deberán formular su escrito de conclusiones simultáneamente.

Deben reforzarse los argumentos empleados pero, sobre todo, valorar ordenadamente la prueba practicada. Si la recurrente ha aportado documentos de fecha posterior, habrá de responder a las cuestiones que de esa nueva aportación documental resulten y debe mostrar su frontal oposición a cuestiones que no hayan sido suscitadas en el escrito de demandas o contestación, tal y como señala el art. 65.1.

3.12. Terminación

La terminación del procedimiento (arts. 67-77 LJCA) se producirá por sentencia que deberá cumplir con las exigencias de congruencia a las que se refiere la ley de jurisdicción en distintos preceptos, previendo mecanismos a los que ya se hizo referencia. Los pronunciamientos de la sentencia serán estimatorios, desestimatorios o de declaración de inadmisibilidad.

Asimismo, podrá concluir el procedimiento en los casos de desistimiento, allanamiento (art. 75 LJCA), reconocimiento en vía administrativa de lo pretendido, con la garantía de que si luego la Administración se echase atrás, el recurrente podrá pedir que continúe el pleito (art. 76 LJCA), transacción (art. 77 LJCA), o por la desaparición sobrevenida de objeto. Tratándose de un recurso contra el planeamiento y más en el caso del planeamiento general que es resultado de un procedimiento bifásico, la satisfacción extraprocesal, el allanamiento y la transacción no son modos de terminación que se produzcan en la práctica³².

³² Ni tan siquiera el Ayuntamiento puede desistir del planeamiento después de la aprobación provisional y su remisión a la Administración competente para su aprobación definitiva. Así lo apreció la STS, Sec. 5^ª, 15.12.2009, en el Recurso de Casación número 4606/2005, porque “el Ayuntamiento carece (...) de competencia al no encontrarnos en un procedimiento en el que quien formula el desistimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la Administración Foral, careciendo, por ello —desde tal momento— de la potestad de desistir en relación con la tramitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados que, por su parte, como dispone el artículo 91.2 de la LRJPA, se encuentran habilitados para solicitar la continuación del procedimiento iniciado, en el término de diez días a contar desde la

En cuanto al desistimiento del recurrente, sus requisitos se regulan en el art. 74 LJCA, no se produce la terminación de forma automática, sino que se dará audiencia a las partes y también al Ministerio Fiscal, porque si se apreciase daño para el interés público no se aceptará el desistimiento y continuará el procedimiento hasta su resolución. La audiencia al Ministerio Fiscal es una previsión interesante también para los supuestos en que se trate de verdaderos recurrentes de los que habitualmente ejercitan la acción pública, ya que debería permitir indagar —si fuese el caso—, las verdaderas razones que llevan a ese desistimiento.

En relación a la desaparición sobrevenida del objeto, como explica, entre otras muchas, la STS 4.2.2002 se trata de un modo de terminación del procedimiento:

“En sus recientes sentencias de 19 (RJ 1999, 4156) y 21 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4160), 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7690) y 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4019) ha recordado este Tribunal que la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada en muchas otras, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real (así en sentencias de 24-3-1997 [RJ 1997, 2499], 28-5-1997 [RJ 1997, 4449] o 29-4-1998 (RJ 1998, 3334); como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia (así en sentencias de 31-5-1986 (RJ 1986, 2783), 25-5-1990 [RJ 1990, 4564], 5-6-1995 [RJ 1995, 4867] y 8-5-1997 [RJ 1997, 3921]).”

Este supuesto sí que se aplica con cierta frecuencia en la práctica, y así puede terminarse el procedimiento cuando el plan que está siendo objeto del recurso es sustituido por un nuevo plan general. Tal es el caso de la STSXG 479/2010, de 29.4.2010, dictada en el procedimiento ordinario 4816/1993:

“sobre la pérdida sobrevenida de objeto del recurso afirma la constante

notificación de la posible adopción del acuerdo de desistimiento. Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad” (FJ 5^º).

jurisprudencia que cuando se impugna una disposición de carácter general, su derogación supone la desaparición sobrevenida del objeto del recurso y, en consecuencia, a terminación del proceso contencioso-administrativo, y no porque en su momento no estuviese vigente y fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real (...). En el mismo sentido, el artículo 72.2 de la vigente LRJCA (no la anterior, que nada disponía) corrobora la no necesidad de que exista un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento la disposición normativa, con eficacia general "ex nunc", pues, a tenor de aquel precepto, "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". / Y este es el caso, por lo que debe acogerse el motivo de inadmisibilidad planteado de oficio, al perder este recurso su objeto (artículo 69.c) de la LJCA), lo que impide que se deba entrar en el análisis de fondo".

Otro ejemplo nos lo ofrece la STS de 5.3.2010 que declara la desaparición del objeto del recurso, pues en este se impugnaba la revisión de un plan general que fue totalmente anulado en sentencia firme anterior y explica que:

"Así las cosas, sólo cabe concluir que este recurso de casación carece de objeto, pues es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (expresada en sentencia de 25 de noviembre de 2008 —casación 7405/2004—, 21 de julio de 2003 —casación 11865/1998— y las que en ellas se citan) la que afirma que la anulación total de una disposición de carácter general por sentencia firme hace desaparecer el objeto de los procesos ulteriores promovidos contra la misma disposición, porque priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real. Por añadidura, esta tesis excluye la posibilidad de sentencias contradictorias, con respeto a los principios de seguridad jurídica e igualdad consagrados, respectivamente, en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, evitando la contradicción con el fallo de una sentencia firme anterior dictada sobre el mismo objeto y con la misma causa de pedir."

3.13. Recurso de casación

La técnica casacional y su complejidad excede de la perspectiva que se adopta en este estudio que pretende aproximar el contencioso a la vía administrativa a fin de que ya en esta vía se piense en el enfoque de la posterior defensa del actuado, sobre todo en los supuestos como los de planeamiento, en que se conoce que va a ser siempre objeto de posteriores recursos. De ahí que, apuntada esta complejidad, solo se señale que, de conformidad

con lo dispuesto en los arts. 86.3 y 86.4 de la LJCA, contra las sentencias que declaren la nulidad o la conformidad a Derecho de las disposiciones generales y, por tanto de los planes urbanísticos, siempre cabrá recurso de casación, pero nunca si se fundamenta en el Derecho autonómico. Se tiene que invocar Derecho estatal o comunitario europeo relevante y determinante del fallo, siempre y cuando fuese oportunamente invocado en el proceso. Esto habrá que tener en cuenta en los diferentes escritos de defensa, pero también será útil y conveniente que en el procedimiento tramitado en vía administrativa se conozca la relevancia de emplear unas y otras fuentes del Derecho en el momento de fundamentar las resoluciones de aprobación del planeamiento y en los informes a las alegaciones presentadas.

4. LA SENTENCIA ANULATORIA DEL PLAN

4.1. EL FALLO

Resultarán aplicables todas las previsiones relativas a las sentencias de los recursos contra disposiciones generales, de manera que tal y como dispone el art. 70 LJCA, la sentencia será desestimatoria cuando se ajuste a Derecho la disposición impugnada; y será estimatoria cuando la disposición incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

A este respecto hay que tener presente que tal y como señalan las SSTs de 18.5.2009 y 28.10.2009, entre otras, toda infracción, incluida la formal o procedimental de un plan urbanístico, comporta su nulidad radical con arreglo al art. 62.2 LPAC, a diferencia de los actos administrativos que pueden incurrir en vicios de nulidad o anulabilidad y que, por tanto, no son susceptibles de validación (STS 8.4.2010).

En segundo lugar, qué se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, y, específicamente, que la jurisprudencia entiende comprendido dentro de este supuesto el supuesto de nulidad previsto en el art. 103.4 LJCA y, más concretamente, aquellos casos en que se modifique el planeamiento con el fin de eludir el cumplimiento de los fallos judiciales. Así se apreciará si con el exclusivo fin de eludir una sentencia de derribo se modifica el planeamiento (STS 25.5.2009):

“Es por otra parte reiterada la jurisprudencia que considera incursas en desviación de poder (artículo 70.2 LRJCA) las modificaciones puntuales del planeamiento efectuadas con el propósito principal de legalizar o regulari-

zar edificaciones ilícitamente construidas (Sentencias de 18 de febrero de 2004 —casación 2565/2001—, 10 de julio de 2007 —casación 8758/2003— y 7 de octubre de 2008 —casación 5877/2004—).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 71 LJCA, si la sentencia es estimatoria, anulará total o parcialmente la disposición general, en este caso el planeamiento u ordenación del planeamiento que fuese objeto del recurso, pero con una limitación clara: en ningún caso podrá determinar la forma de la redacción de sus determinaciones excepto en los supuestos reglados derivados de la legislación urbanística (por ejemplo, en el supuesto de la clasificación del suelo urbano).

Así lo acaba de declarar la STS de 29.4.2011:

“Es evidente que, conforme al resultado del proceso, la atribución de nuevos parámetros no era —aunque se hubiese pedido en la demanda y se hayan planteado incluso ofertas de modificación de los parámetros por la propia Administración— la única opción posible de donde resulta el vicio que se invoca en el motivo de casación (...)

La Sala a quo no se ha limitado a controlar la legalidad de la actuación urbanística y su sometimiento a las normas que la justifican (artículos 106.1 CE y 8LOPJ), sino que ha sustituido en su sentencia la voluntad de la Administración urbanística, determinando en forma imperativa la forma en que tiene que quedar redactada la Unidad de actuación litigiosa, cuando ésta admite otras soluciones posibles en sustitución de la prevista en el Plan. El Tribunal a quo ha suprimido así la discrecionalidad que debía restar a la Administración, tras respetar el resultado del proceso, para adoptar otras soluciones diferentes. Se ha vulnerado el artículo 71.2 LRJCA determinando el contenidos del acto anulado, incurriendo en un abuso de jurisdicción.”

4.2. EFECTOS DE LA SENTENCIA ANULATORIA

Tal y como establece el art. 72.2 de la LJCA, la anulación de una disposición general tendrá efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo diario oficial en que fuese publicada la disposición anulada, en este caso el plan anulado. Aunque en el caso de las administraciones implicadas y parte en el procedimiento, es obvio que estos efectos las obligan desde que son concedoras de la sentencia anulatoria (STS 26.6.2009).

Ahora bien, el artículo 73 de la LJCA limita los efectos de la sentencia anulatoria en el tiempo, al disponer que la anulación de las disposiciones generales —y los instrumentos de planeamiento gozan de esta naturaleza—, per-

mite la subsistencia de los actos firmes dictados en su aplicación. La STS de 26.6.2007 consideró que de este modo se está "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".

Ahora bien, en estos supuestos puede ejercitarse la acción de nulidad contra los actos dictados en ejecución de una disposición general nula, dando lugar a su revisión de oficio (STS de 3.2.2005 y STS de 24.10.2000), o más concretamente contra las licencias cuando se anule el planeamiento en el que estaba amparada.

Las importantes indemnizaciones a las que podría dar lugar el surgimiento de construcciones después de la concesión de licencias que se sabe van a quedar desprovistas de amparo legal por ser inminente la derogación de un plan, pueden aconsejar la adopción de una medida cautelar de suspensión en el ámbito de planeamiento de que se trate, con fundamento en el art. 77 de la LOUG, con el fin de estudiar la elaboración del planeamiento que sustituirá el anulado.

4.3. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL PLAN

Después de la declaración de nulidad de un plan, las reglas que se han de aplicar sobre la situación creada por la sentencia anulatoria son confusas. Los planes son normas sustitutorias y no derogatorias: si la anulación es parcial, el suelo de la ordenación anulada quedaría vacío, sin ordenación. Si la anulación es total, no solo se anula el texto sustitutorio sino que desaparece del mundo jurídico y se produce el efecto inevitable de dejar sin efecto la eficacia sustitutoria del plan anulado respecto del anterior. Y, por consiguiente, se produciría la reviviscencia del plan inmediatamente anterior al anulado.

En ocasiones, en la mayoría de ellas, el plan que revive será completamente obsoleto no solo respecto de la realidad del territorio del término municipal, sino también respecto de las normas urbanísticas y sectoriales vigentes, lo que origina una grave situación de confusión, inseguridad jurídicas y complejidad aplicativa.³³

³³ No es extraño que en este contexto se opte por soluciones como la adoptada por la Consejería de Fomento de Castilla y León, en su Orden de 14.10.2009 en que ante la reviviscencia del Plan General de Zamora de 1986 la consecuencia de la anulación del Plan de 2001 por STS de 11.5.2009 y 29.6.2009, y la petición de la propia Corporación local, suspende la vigencia de este instrumento de planeamiento de 1986, con motivo en la defensa de intereses de naturaleza supralocal (medioambientales y de

4.4. INCIDENCIA DE LA SENTENCIA ANULATORIA DEL PLAN SOBRE SUS DESARROLLOS NORMATIVOS Y ACTOS DICTADOS EN SU EJECUCIÓN

Si la sentencia anula un plan general pone en jaque el planeamiento secundario, los instrumentos de gestión y las licencias concedidas (si se trata de un plan parcial, los instrumentos de gestión y licencias concedidas).

- a) En cuanto al planeamiento, la sentencia anulatoria provocará que tanto en los restantes recursos contenciosos que pendan contra ese mismo plan anulado como en los planes secundarios de desarrollo del plan anulado, se declare la terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida del objeto del recurso. En el caso de estos últimos, al quedar sin soporte jurídico, supone su anulación; ahora bien, la STS 15.10.2010 exige que el órgano juzgador tiene que someterlo a las partes como una cuestión nueva.

Los planes de desarrollo que no fuesen recurridos quedarían incurso en una causa de nulidad de pleno derecho (art. 62.2 LPAC), de manera que serían de aplicación varias de las vías de impugnación: recurso indirecto, revisión de oficio, inaplicación.

- b) Cuando se anula un planeamiento general o un planeamiento secundario, en cualquiera de estos dos casos, los instrumentos de gestión, ejecución y licencias que fuesen firmes se mantienen³⁴.

Esto lo explican las SSTs de 4.1.2008 y de 12.2.2008 en que es más importante expulsar el plan anulado del ordenamiento jurídico que los efectos que hubiese producido en el pasado. Es por razones de seguridad jurídica que se atempera el principio de eficacia general o erga omnes de las sentencias anulatorias de las disposiciones generales respecto de los actos administrativos que adquiriesen firmeza con anterioridad a la sentencia anulatoria del planea-

patrimonio cultural) otorgando un plazo de siete meses para que el Ayuntamiento afectado remita la revisión del plan provisionalmente aprobada.

Debe tenerse en cuenta que el art. 179 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, en desarrollo del art. 56.2 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, faculta al consejero de Fomento para suspender la vigencia de los instrumentos de planeamiento urbanístico, para garantizar su adecuación a los instrumentos de ordenación del territorio o para defender otros intereses de ámbito supramunicipal.

³⁴ GONZÁLEZ SANFIER (“Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo” en SANTANA RODRÍGUEZ, JJ.: *Estudios sobre planeamiento territorial* y urbanístico. Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2011, PP. 285-307) señala que no obstante la regla de la subsistencia de los actos firmes dictados al amparo de un plan anulado no significa que en determinadas circunstancias no sea posible la revisión de oficio.

miento. Y, por consiguiente, la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes. Lo mismo señala la STS de 17.6.2009 respecto de los instrumentos y gestión y ejecución aprobados en aplicación del plan anulado.

4.5. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DEL PLANEAMIENTO

De la ejecución de sentencias se ocupan los arts. 103 la 113 de la LJCA.

Respecto de si es necesario ejecutar estas sentencias aprobando un nuevo plan u ordenación sustitutoria, señala la STS de 30.4.2009:

"el ámbito jurisdiccional concluye, con una declaración anulatoria, consecuencia de un control de legalidad materializado en contrastar el planeamiento o actuación urbanística discutidos con la legalidad vigente. Pero, obvio y conocido es que dicho el contenido de la actuación jurisdiccional, concretado en la anulatoria, ni la misma impone la sustitución del planeamiento anulado por otro, ni, mucho menos, puede ser determinante, en su caso, del sentido del mismo, ya que, el control de legalidad de referencia queda circunscrito exclusivamente al ámbito anulatorio expresado".

Por lo que atañe a la ejecución forzosa debe tenerse en cuenta, con carácter general, que en materia de urbanismo, a pesar de la dicción literal del art. 104 LJCA, el Tribunal Supremo viene considerando que la acción pública también se extiende a la fase de ejecución. Así, en la STS de 23.4.2010 se estudia la posibilidad de que aquellos que no fuesen parte en el recurso puedan presentarse en la fase de ejecución para ejercitar las acciones previstas para el cumplimiento de las sentencias.

Esto hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el art. 103.4 LJCA, por ejemplo, en los supuestos de incorporación de un planeamiento anulado. Como ya se expresó antes, debe recordarse que los planes, en cuanto disposiciones generales, solo pueden ser nulos de pleno derecho y, en cualquier caso, no cabe validación alguna. Esta amplia legitimación en fase de ejecución también es una medida para evitar determinadas transacciones o acuerdos que se pudiesen dar para evitar la ejecución de las sentencias. Debe tenerse en cuenta además la legitimación reconocida al Ministerio Fiscal.

4.6. IMPOSIBILIDAD LEGAL DE EJECUTAR LA SENTENCIA ANULATORIA DE UN PLAN

El art. 105.2 de la LJCA regula los incidentes de los que puede resultar la imposibilidad de ejecutar la sentencia. En el campo del planeamiento, puede pro-

ducirse la imposibilidad legal de ejecutar las sentencias anulatorias del plan³⁵.

Así, podría concurrir esta causa cuando se produjese una validación legislativa posterior. El funcionamiento de esta causa de imposibilidad legal sobrevenida cuando se produce una posterior reforma legislativa, fue ampliamente estudiado en el caso del embalse de Itoiz. Es imaginable que se produzca esta causa, por ejemplo, en el caso de que el plan incumpla un estándar legal que luego se modifica por una ley posterior, de manera que el plan anulado se ajustase a la nueva norma.

También puede suceder que ante la anulación de un Plan secundario se produzca una revisión del planeamiento general que haga suyas las previsiones del plan anulado. Este es el caso analizado en la STS de 1.2.2008.

En relación con terceros adquirentes de buena fe que no fueron parte en el proceso, la jurisprudencia ni aprecia la concurrencia de un supuesto de nulidad de actuaciones ni de imposibilidad ejecutoria. Resulta de interés al respecto, la SAP de Cantabria de 22/3/2007 que condena por delito de estafa a los vendedores de un terreno afectado por sentencia que obligaba el derribo y que ocultaron tal situación a los adquirentes.

En lo que respecta a la tramitación del incidente de inexecución, reviste especial interés la cuestión probatoria. CHAVES GARCÍA³⁶ señala que en los supuestos previstos en el art. 105.2 corresponderá la acreditación de la imposibilidad de ejecución a la Administración y también el momento en que se produce, pues el art. 104 limita el plazo de su invocación a dos meses desde que se produce la causa. "En cambio, si se acreditase la imposibilidad legal de la ejecución, por utilización del *ius variandi* (...) tendrá el perjudicado la carga de probar que la modificación de la norma urbanística tenía como finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia firme".

5. MEDIDAS CAUTELARES (ARTS. 129 LA 136)

5.1. SOLICITUD

La solicitud de las medidas cautelares puede producirse en el escrito de

³⁵ Sobre la crisis de la ejecución de las sentencias urbanísticas y la inexecución y demás supuestos, FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: "La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda)". *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010/1, pp.15-47. La parte primera en el número anterior 20, 2009/2.

³⁶ CHAVES GARCÍA, J.R.: *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Ed. Universitas, s.a. Madrid 2007.

interposición o en la demanda.

5.2. SUSPENSIÓN

La regla general es la preeminencia del interés público urbanístico y la denegación de la medida cautelar de suspensión. Más allá de esto, hay muchos supuestos en que los perjuicios se derivarían de desarrollos u operaciones de gestión del plan recurrido. Ahora bien, como señala, COMINGES³⁷:

“No obstante, la experiencia demuestra la conveniencia de adoptar dicha medida cautelar cuando se constate al inicio del proceso la ‘aparición de buen derecho’ (fumus boni iuris) de la pretensión del recurrente. De lo contrario la sentencia firme que en definitiva se dicte (tras un litigio muy dilatado en el tiempo) resultará en la práctica inejecutable. Por este motivo, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se está mostrando proclive a admitir esa suspensión cautelar, pudiendo citarse como ejemplo sus Sentencias de 17 de julio de 2008 (casación 1510/2006), 28 de mayo de 2004 (casación 3449/2002), 9 de febrero de 2006 (casación 7724/2003) y 18 de julio de 2002 (casación 7593/2000), referida esta última a un instrumento de planeamiento del Concello de Vilagarcía de Arousa.

(...) Cuando el artículo 130-1 de la L. J. permite acordar la medida cautelar (aquí, suspensión) en los casos en que ‘la ejecución del acto (...) pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso’, no se está refiriendo sólo a los casos en que la ejecución impida la finalidad del recurso de forma definitiva y fatal, sino también a aquellos en que la ejecución del acto puede obstaculizar gravemente y hasta extremos dificultosísimos la efectividad de la posterior sentencia estimatoria”.

En esta nueva línea jurisprudencial se insertan las SSTs de 21.10.2009, 29.1.2010, 1.2.2010 y 8.10.2010, que acordaron la suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés ambiental³⁸.

Así lo explica la STS 8.10.2010: se trataba de un plan sobre el cual había emitido informe negativo el organismo de cuenca, ante la insuficiencia de recursos hídricos:

“Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la preeminencia del

³⁷ COMINGES CÁCERES, F.: “Los Planes urbanísticos generales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia”. *Revista Xurídica Galega*, nº 56, 2007, p. 13-41.

³⁸ Al respecto puede consultarse el Comentario de jurisprudencia de RUÍZ LÓPEZ, M. A.: “La suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés medioambiental”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, pp.233-241.

interés público derivado de la aprobación del planeamiento frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos. (...) Ante todo, ya hemos visto que ese alegato sobre la pretendida preeminencia del interés público urbanístico queda en buena medida desvirtuado por la alegación de la propia recurrente relativa a que no es necesario suspender el acuerdo de aprobación del instrumento de planeamiento porque éste carece de efectividad. (...) Tampoco se puede olvidar que, como afirmamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2008 (RC 2161/2007): 'No cabe duda que existe una línea jurisprudencial reticente a la suspensión de los instrumentos de ordenación general, que requieren, a su vez, (...) para su efectiva y última ejecución, actos concretos de aprobación de proyectos o la concesión de licencias de obras, pero también existe una corriente jurisprudencial paralela que, en evitación de múltiples recursos o impugnaciones en vía administrativa y sede jurisdiccional, viene accediendo a suspender la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento cuando hay riesgo, como en este caso, de que, de no suspenderse la aplicación o ejecución del ordenamiento urbanístico aprobado, pierda su legítima finalidad el recurso contencioso-administrativa ... [En este concreto caso], de no suspenderse su ejecutividad, cuando se dictase una sentencia estimatoria, se habría llevado a cabo la ejecución de un planeamiento urbanístico radicalmente nulo, lo que contradice el más elemental principio de que cualquier actuación urbanística debe ajustarse a la legalidad, que es por lo que, en cualquier caso, debe velar la jurisdicción al decidir acerca de la suspensión o no de decisiones en esta materia, en la que los sucesivos instrumentos de ordenación concatenados, seguidos de actos de ejecución, suelen hacer irreversibles las situaciones, que, como el propio Ayuntamiento admite al articular su recurso de casación, sólo tienen solución a través de revisiones del planeamiento urbanístico o de las consiguientes demoliciones, de compleja y muy costosa realización ésta, y conducentes, de ordinario, aquéllas a declaraciones de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias, que realmente encubren auténticos incumplimientos de sentencias firmes'(Sentencia 6 de julio de 2009 (recurso de casación nº 658 / 2008). En definitiva, 'la suspensión decretada por la Sala de Valencia resulta conforme a Derecho, en cuanto suspende la aprobación definitiva de un Plan General Municipal que se ha llevado a cabo sin tener asegurada la existencia de agua para los desarrollos urbanísticos previstos en él, cosa que exige la suspensión pues en otro caso se perdería la finalidad legítima

del recurso. (Artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98)' (Sentencia de 25 de febrero de 2009 dictada en el recurso de casación nº 872 / 2008).

Téngase en cuenta que en el caso examinado consta el informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar, al que se refiere la resolución judicial impugnada, que es de carácter negativo y que alerta de los peligros derivados de la inexistencia de recursos hídricos suficientes para satisfacer las nuevas necesidades de consumo de agua que comportará la ejecución del plan."

También es de interés la STS de 29.1.2010, en que se suspendía cautelarmente el planeamiento secundario resultado de un procedimiento en el que se había omitido la Evaluación ambiental estratégica:

"En contraposición al interés público antes aludido, y alegado por la Entidad local recurrida, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente, pues se concreta en la protección del medio ambiente, cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio. La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales, eficaces y sostenibles. En este sentido, los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible" (FJ 5º).

Exigir caución o garantía por los perjuicios que se derivarían de la adopción de la medida cautelar puede ser un elemento disuasorio para el recurrente o un buen termómetro de la seriedad del recurso (art. 133 LJCA).

En caso de que se acuerde la suspensión del plan impugnado será de aplicación lo dispuesto en el art. 134.2, que ordena publicar la suspensión de la vigencia de las disposiciones generales.

5.3. ANOTACIÓN PREVENTIVA

Los arts. 67 al 72 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística regulan los requisitos de la solicitud de esta medida cautelar, así como la documentación que la debe acompañar.

Pesa sobre el solicitante de la anotación la obligación de identificar las "fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado". Por eso obliga la norma a que la solicitud de anotación vaya "acompañada de certificación registral de dominio y cargas". El RD 1093/1997 obliga a que sea el recurrente el que ofrezca "indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación". Y nuevamente reitera esta norma que "Será requisito para la práctica del asiento el haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, así como la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior".

6. COSTAS

Su regulación las hace poco disuasorias, ya que en el caso de la jurisdicción contenciosa el criterio de imposición de las costas no es el del vencimiento, por el momento, aunque es uno de los aspectos sobre el que incidirá la reforma en tramitación. Así, el art. 139 LJCA establece que en la primera instancia solo se impondrán en caso de interposición con mala fe y temeridad de forma motivada. En segunda instancia, si se desestima el recurso, se le impondrán a la parte a la que se le desestime, excepto que concurran circunstancias que justifiquen su no imposición, también de forma motivada.

7 BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2006): *La prueba en el procedimiento administrativo*. Ed. Aranzadi.
- CHAVES GARCÍA, J. R. (2007): *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Universitas.
- COMINGES CÁCERES, F. (2007): Los Planes urbanísticos generales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. *Revista Xurídica Galega*, 56, pp. 13-41.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1997): *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Pamplona: Civitas.
- DOMINGO ZABALLOS, M. A., Dir. (2010): *Impugnación y revisión de la actividad de los Entes locales (Teoría y Práctica)*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.

- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2010): La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 21, 2010/1, pp. 15-47.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2001): *Alcance actual del control judicial de la actividad de la Administración. Ámbito, objeto y eficacia del recurso contencioso-administrativo*. Granada: Comares.
- GEIS I CARRERAS, G. (2009): *La ejecución de sentencias urbanísticas*. Barcelona: Atelier.
- GONZÁLEZ SANFIER (2011): Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo. En SANTANA RODRÍGUEZ, J. J.: *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*. (pp. 285-307). Valencia: Tirant lo blanch.
- HERNÁEZ SALGUERO, E. (2005): La Jurisdicción Contencioso-Administrativa ante el Urbanismo. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 21, 01 mayo 2005. Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno. D.G. Servicios Jurídicos Madrid.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2010): La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 21, 2010/1, pp.15-47.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2007): Memoria elevada al Gobierno de S. M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Volumen I. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2011): *La prueba en el contencioso-administrativo*. Ed. Reus, Madrid.
- PARICIO RALLO, E. (2004): La defensa de las Administraciones locales en pleito. *Cuadernos de Derecho local*, 5, junio, pp. 70-81.
- PECES MORATE, J. E. (Dir.) (2010): Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. *Estudios de Derecho Judicial*, 154. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2010): La impugnación directa de los planes de urbanismo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, octubre, pp. 26-36.
- REBOLLO PUIG, M. (2000): *Impugnación de normas locales: ordenanzas y planes*. Intervención en el Seminario de Derecho local. Barcelona, 14 de abril.
<http://seminari.fmc.cat/ARXIUS/autors99-00/03.doc>
- RUÍZ LÓPEZ, M. A. (2010): La suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés medioambiental. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, pp.233-241.
- TRIBUNAL SUPREMO: Base de datos de Jurisprudencia. En: <http://www.poderjudicial.es>
En especial: Tribunal Supremo: "Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2009-2010". <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm>.