



UNIVERSIDAD
DE MÁLAGA

Dictamen jurídico-urbanístico sobre la situación generada tras la declaración de nulidad de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella de 2010.

Dr. Luciano Parejo Alfonso.
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Carlos III. Madrid.

Dr. José María Baño León.
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense. Madrid.

Dr. Manuel Rebollo Puig.
Catedrático de Derecho administrativo.
Universidad de Córdoba.

Dr. Diego J. Vera Jurado.
Catedrático de Derecho administrativo.
Universidad de Málaga.



La nulidad del PGOU de 2010 y sus efectos

SUMARIO

I. OBJETO.....	1
II. ANTECEDENTES	1
1. El PGOU de 1986 y su publicación en 2000.....	1
2. El imaginario PGOU de 1998.....	3
3. Las anulaciones judiciales de licencias y otros actos por fundarse en el PGOU de 1986 cuando no estaba publicado o en el nunca aprobado PGOU de 1998	3
4. El PGOU de 2010.....	4
5. En especial, la normalización o regularización en el PGOU de 2010.....	6
6. Modificaciones del PGOU de 2010.....	7
7. Ejecución del PGOU de 2010.....	9
8. Anulación del PGOU marbellí de 2010.....	9
a) Las dos SSTs de 27 de octubre de 2015.....	9
b) Las posteriores sentencias del TS reiterando la nulidad del PGOU marbellí de 2010. Referencia a sus votos particulares.....	12
c) Publicación de los fallos anulatorios del PGOU de 2010.....	16
9. Las posteriores sentencias del TSJ de Andalucía resolviendo recursos contra el PGOU de 2010	16
10. La reacción inmediata del Ayuntamiento de Marbella ante la anulación del PGOU de 2010	17
III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD DE LOS PLANES	18
1. Premisas: los planes son reglamentos cuyos vicios determinan su nulidad de pleno derecho	18
2. Efectos jurídico-materiales de la anulación de planes.....	20
a) Efectos para el futuro (eficacia prospectiva) y efectos para el pasado (eficacia retroactiva o ex tunc)	20



c) Reviviscencia del plan anterior.....	21
d) Imposibilidad de conservación de trámites y de convalidación por subsanación o por el transcurso del tiempo.....	23
IV. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL PGOU 2010. EFECTOS SOBRE PLANES DE DESARROLLO Y ACTOS APLICATIVOS.....	24
1. Objeto de estudio y sistematización	24
2. Efectos sobre las disposiciones administrativas basadas en el Plan anulado dictadas antes de la sentencia anulatoria	25
a) Nulidad de pleno derecho de los planes de desarrollo del plan anulado: el “efecto cascada”	25
b) Nulidad de las modificaciones del plan anulado y de su refundición	28
3. Efectos sobre los actos administrativos de aplicación del plan anulado	31
a) Punto de partida: validez o invalidez (con nulidad o con anulabilidad) de los actos de aplicación del plan anulado.....	31
b) Las normas que matizan ese punto de partida. En especial el artículo 73 LJCA 33	
c) Distinción entre actos sancionadores y el resto de actos; y distinción entre actos firmes y no firmes; precisiones sobre esos conceptos	35
d) Efectos para los actos administrativos no sancionadores y no firmes de aplicación del plan anulado.....	39
e) Consecuencias para los actos administrativos no sancionadores firmes de aplicación del plan anulado.....	41
f) La especificidad de los actos sancionadores: la afectación a las sanciones firmes cuando no estén completamente ejecutadas.....	51
4. Efectos sobre situaciones jurídicas producidas directamente (sin acto administrativo de aplicación) por el plan anulado.....	54
5. Consecuencias para las sentencias firmes que hubiesen aplicado el plan anulado .56	
V. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE ANULAN LICENCIAS.....	58
1. Justificación y objeto de este estudio.	58
2. La idea según la cual las sentencias anulatorias de licencia comportan la reposición de la realidad física alterada y, por ende, en su caso, la demolición.	59
3. La Administración como parte condenada en estas sentencias. La actuación que debe realizar y plazo para la ejecución judicial forzosa.	62



4. Imposibilidad de ejecución de sentencias anulatorias de licencias. La aplicación en este supuesto del art. 105.2 LJCA: requisitos y medidas alternativas a la demolición.	66
5. En concreto, la supuesta imposibilidad material de demoliciones parciales: su eventual conversión en demoliciones totales.	70
6. En especial, la imposibilidad legal de ejecución de sentencias anulatorias de licencias por aprobación de nuevo planeamiento.	71
7. El plan que aporta una causa de imposibilidad es sólo el ya definitivamente aprobado.	72
8. El nuevo plan no puede haber sido aprobado con el fin de evitar la ejecución de la sentencia anulatoria de licencia. Las sentencias anulatorias de licencias como límite a la potestad de planeamiento.	73
9. Exigencia de legalización administrativa para que el tribunal declare la imposibilidad de ejecutar la sentencia por aprobación de nuevo plan.	76
a) La exigencia de previo pronunciamiento de la Administración	77
b) El particular que pretenda que el Tribunal declare esta causa de inexecución debe antes pedir la legalización a la Administración	79
c) El procedimiento administrativo previo a la manifestación del artículo 105.2 LJCA y el valor y contenido del pronunciamiento de la Administración.	80
10. La exigencia de que el plan sea válido. El supuesto en el que el plan que fundamentó la declaración de imposibilidad es después anulado. Su aplicación en Marbella.	82
11. Ejecución de sentencias anulatorias de licencias y terceros de buena fe (art. 108.3 LJCA)	85
12. Rectificación: no todas las sentencias que anulan licencias han de conducir a la demolición; necesidad de procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad y posibilidad de legalización administrativa.	87
13. El reforzamiento actual de la idea de que sólo algunas sentencias anulatorias de licencias entrañan la demolición: la necesidad de motivación especial de la demolición.	91
14. La regla general de la procedencia del procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad tras sentencias anulatorias que no contengan inequívoco pronunciamiento sobre la demolición.	93
15. Precisiones sobre el procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad tras sentencia anulatoria de licencia: legalización pese a ilegalidades; cumplimiento por equivalente	94
a) Plan que hay que tener en cuenta para decidir legalizar o demoler	95



b) Cabe la legalización administrativa pese a irregularidades insustanciales si su corrección exige actuaciones desproporcionadas	96
c) Supuesto en el que, acordada por la Administración la reposición, resulta imposible: sustitución administrativa por cumplimiento económico equivalente...	97
d) Plazo para el restablecimiento de la legalidad en estos casos y consecuencias de su superación.....	99
16. La intervención judicial en estas legalizaciones: no se trata de que el Tribunal declare la imposibilidad de ejecutar la sentencia pero sí puede haber control judicial.	100
17. El supuesto de las sentencias penales anulatorias de licencias y su ejecución....	102
a) Diversidad de pronunciamientos penales sobre las actuaciones urbanísticas realizadas	102
b) Cuestión previa: la intervención en los procesos penales de los interesados en mantener la validez y eficacia de las licencias	104
c) La demolición acordada en sentencias penales	108
d) La anulación de licencias en sentencias penales	116
18. Repercusión de la anulación de licencias de obras sobre otras licencias	118
VI. MARCO JURÍDICO DEL PLANEAMIENTO MARBELLÍ DESPUÉS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN DEL PGOU DE 2010.	121
1. Imposibilidad de basar ninguna nueva actuación en el plan anulado (PGOU de 2010) y deber de aplicar el revivido (PGOU de 1986).....	121
2. La posibilidad de refundición del PGOU de 1986.	122
3. La adaptación del PGOU de 1986 a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.....	127
a) La adaptación automática e informal a la LOUA de los planes anteriores a ella	127
b) La adaptación formal a la LOUA de los planes anteriores a ella	129
c) En especial, el suelo que debe considerarse urbano consolidado en virtud de la adaptación a la LOUA	131
4. Procedimientos administrativos que se inicien tras la declaración de nulidad del Plan.	136
5. Procedimientos administrativos que estuvieran tramitándose cuando se anuló el PGOU de 2010.	137
6. Procesos judiciales en curso cuando se anuló el PGOU de 2010.....	138
7. ¿Reanudación de procedimientos iniciados para la aplicación del PGOU de 1986? En cualquier caso, habrá que respetar la regulación ahora vigente.	139

8. En especial, la necesidad de Evaluación Ambiental Estratégica.....	145
9. Sobre el futuro ejercicio de la potestad de planeamiento y del <i>ius variandi</i> . Efectos de las SSTs que anularon el PGOU de 2010 sobre la futura Revisión del PGOU de 1986.	147
a) Posibilidad de coincidencias con la ordenación del Plan anulado; pero la reiteración de los vicios que llevaron a la anulación no sólo será ilegal sino que se considerará incumplimiento de la sentencia.	147
b) Especial deber de justificación y motivación.	150
c) La clave de la Evaluación Ambiental Estratégica	151
d) La nueva regulación sobre planificación e integración de actuaciones irregulares; en especial, la incidencia de la Ley autonómica 2/2012 de modificación de la LOUA	154
VII. LÍMITES CONCRETOS QUE DEBE RESPETAR EL PLANIFICADOR EN LA ORDENACIÓN	160
1. Metodología.....	160
2. Suelo urbano histórico anterior al PGOU de 1986 o devenido urbano en ejecución legal del PGOU de 1986.....	161
3. Suelos urbanizados ilegales.....	162
A) Proyectos de reparcelación y urbanización derivados de planeamiento anulado.....	163
B) Edificación con licencia anulada.	163
C) Edificación con licencia no anulada, pero otorgada al amparo de Plan declarado nulo o que por otra circunstancia es ilegal.....	164
D) Edificaciones en curso o paralizadas.	166
E) Suelos urbanizados con Plan Parcial aprobado no edificadas.	166
F) Suelos urbanizables sin Plan Parcial aprobado	168
VIII. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE ASIMILADO A FUERA DE ORDENACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.....	168
IX. SOBRE LAS PREVISIONES INDEMNIZATORIAS DEL NUEVO PLAN: NO CONSIDERACIÓN DE LAS ACTUACIONES ILEGALES, YA QUE EL NUEVO PLAN NO PUEDE AFECTAR A LO QUE ES NULO	171
X. CONCLUSIONES	174



Constituye el objeto de este estudio, la redacción de Dictamen Jurídico-Urbanístico sobre la situación generada tras la declaración de nulidad de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella de 2010, así como la elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas particulares y criterios de valoración de propuestas para la contratación de la redacción de la revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella (EXPTE. SE 21/17), conforme al Pliego de Prescripciones Técnicas aprobado por el Concejal Delegado de Hacienda y Administración Pública del Ayuntamiento de Marbella el 29 de diciembre de 2016 por Decreto nº 12920/2016.

En lo que sigue desarrollaremos el Dictamen. La propuesta de los pliegos de prescripciones técnicas y criterios de valoración se presentan en documento separado.

II. ANTECEDENTES

1. El PGOU de 1986 y su publicación en 2000

Aunque lo que interesa a este dictamen es lo sucedido con el PGOU de 2010 y las consecuencias de su anulación judicial, es conveniente, incluso para comprender la situación creada con esa anulación, recordar brevemente la realidad anterior y su contexto.

El municipio de Marbella aprobó primeramente un PGOU en 1968 que, en principio, no planteó problemas.

En 1986 se aprobó definitivamente la revisión del anterior PGOU (formalmente "Revisión-Adaptación del PGOU de Marbella"). Así lo hizo la Resolución del Consejero de Política Territorial de 3 de junio de 1986 pero con una serie de salvedades



Plaza de los Naranjos, S/N 29601 Marbella Tl.- 952 76 11 00
Marbella - Málaga

que imponían la subsanación de ciertas deficiencias o la corrección de varias determinaciones (Resolución publicada en el BOJA de 26 de junio de 1986). En cumplimiento de esa Resolución, el Ayuntamiento elaboró "expediente de cumplimiento" en el que, además de las subsanaciones y corrección que exigía el Consejero, se introdujeron algunos cambios derivados de la estimación de recursos de reposición. Esto dio lugar a la Resolución del Consejero de Obras Públicas y Transportes de 12 de marzo de 1990 (BOJA de 30 de marzo de 1990) que aprobó el expediente de cumplimiento pero, aun así, imponiendo todavía que se introdujeran algunas adiciones o correcciones. Esto, al parecer, sólo se ha hecho muchos años después por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 24 de febrero de 2017.

El PGOU de 1986 fue objeto de al menos veintiocho modificaciones puntuales. Hubo un intento de formular un Texto Refundido del PGOU de 1986 (aprobado inicialmente por el Pleno del Ayuntamiento el 15 de marzo de 1991) pero que no llegó a tener aprobación definitiva. Además, claro está, el PGOU de 1986 fue desarrollado por diversos planes (sobre todo planes parciales, algunos de ellos modificados, más algunos planes de reforma interior y planes especiales) y ejecutado por multitud de actos municipales.

Este PGOU de 1986, sin embargo, no se publicó debidamente, con su normativa, hasta el año 2000 (concretamente en el BOP de Málaga de 28 de noviembre de 2000, publicación ordenada por Resolución del Delegado Provincial en Málaga de la Consejería de Obras Públicas y Transportes del anterior 13 de noviembre). En realidad, lo que se publicó fue el PGOU y una serie de documentos e instrumentos que cambiaban su redacción inicial producidos durante su tramitación o con posterioridad a su aprobación definitiva.

Durante los años que median entre su aprobación definitiva y su publicación, según diversas sentencias (conformes con una jurisprudencia general aplicable a todos los casos de falta de publicación de los planes urbanísticos), ese PGOU de 1986 era ineficaz con las consecuencias que ello comporta para las actuaciones municipales que durante ese mismo periodo pretendieron desarrollarlo y aplicarlo. Por tanto, para ese

periodo de catorce años que va desde el 5 de junio de 1986 hasta el 28 de noviembre de 2000 los tribunales han considerado que aquella Revisión del PGOU no podía legitimar ninguna actuación urbanística (concluyendo planes de desarrollo, actuaciones de gestión, licencias, etc.).

2. El imaginario PGOU de 1998

En 1998 el Ayuntamiento de Marbella dio por aprobada una nueva Revisión del PGOU. En concreto, el Pleno en sesión de 7 de agosto de 1998 lo declaró aprobado por silencio administrativo. En consecuencia, durante cierto tiempo el Ayuntamiento actuó como si ese PGOU de 1998 estuviese aprobado y fuese válido y eficaz de modo que realizó múltiples y diversas actuaciones sobre la base de ese supuesto PGOU de 1998. Incluso a veces lo aplicó antes de esa supuesta aprobación definitiva. Sin embargo, esa Revisión de 1998 no obtuvo realmente su aprobación definitiva ni por acto expreso de la Junta de Andalucía ni por silencio positivo. No hubo acto expreso de aprobación porque lo que hizo la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga por acuerdo de 20 de julio de 1998 fue denegar una parte de la Revisión y dejar suspendida la otra hasta que se aprobara un Texto Refundido; pero, en suma, como esto no se hizo nunca, la Revisión no llegó a aprobarse respecto a ninguna de sus determinaciones. Y no hubo tampoco aprobación por silencio administrativo como así lo declaró la STSJ de Andalucía/Málaga 1647/2004, de 8 de noviembre (al resolver el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía, tramitado con el nº 3069/1998; RJCA 138 de 2005). En este caso, no se trata de un plan nulo sino de un plan en sentido propio inexistente.

3. Las anulaciones judiciales de licencias y otros actos por fundarse en el PGOU de 1986 cuando no estaba publicado o en el nunca aprobado PGOU de 1998

Muchas sentencias contencioso-administrativas y penales han ido extrayendo las consecuencias de la falta de eficacia del PGOU de 1986 hasta 2000 y, sobre todo, de la falta de aprobación del supuesto PGOU de 1998. Incluso hay sentencias muy posteriores (como la del TSJ de Andalucía/Málaga, 848/2007, referida a hechos de

1999) que dicen que el PGOU de 1998 era la "única normativa aplicable". En concreto, han declarado con frecuencia la nulidad de licencias otorgadas en aplicación de esos planes de 1986 (durante los catorce años que transcurrieron hasta su publicación) y de 1998. Muchas de las sentencias penales no sólo han condenado a quienes adoptaron decisiones administrativas sobre tales bases (destacadamente por hacerlo en aplicación del *non nato* PGOU de 1998) sino que además han pronunciado expresamente en sus fallos la nulidad de tales decisiones, especialmente la nulidad de las licencias otorgadas con supuesto fundamento en ese irreal PGOU de 1998.

4. El PGOU de 2010

Tras diversas vicisitudes que no hacen al caso (entre las que destaca la disolución misma del Ayuntamiento de Marbella con constitución de una Comisión Gestora, así como la atribución a la Consejería correspondiente de las potestades municipales de planeamiento), se emprendió la Revisión del PGOU de Marbella que tuvo su *aprobación inicial* el 19 de julio de 2007. El 23 de octubre de 2008 se adoptó acuerdo de *aprobación provisional*. El 29 de julio de 2009 se adoptó acuerdo de "*segunda aprobación provisional*".

La *aprobación definitiva* se produjo por Orden del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio de 25 de febrero de 2010. La aprobación definitiva lo fue "con la reserva de simple subsanación de las deficiencias observadas" que se enumeraban. Establecía que "una vez verificada por la Dirección General de Urbanismo la subsanación de deficiencias... se procederá al registro y publicación...". No obstante, además acordaba "suspender la Revisión del PGOU" en cuanto a sus determinaciones de tres "sectores" y tres "ámbitos", así como respecto al art. 6.5.16.7 de las normas urbanísticas. La anterior Orden *se publicó* en el BOJA de 24 de marzo de 2010 por Resolución de la Dirección General de Urbanismo de 5 de marzo de 2010. El 30 de abril de 2010 el Pleno del Ayuntamiento aprobó el documento de cumplimiento de la anterior Orden en lo que concernía a la *subsanación de deficiencias*. El Director General de Urbanismo por Resolución de 6 de mayo de 2010 lo informó favorablemente. Por Orden de la Consejera de Obras Públicas y Vivienda de 7 de mayo de 2010 se acordó la

publicación de la normativa urbanística de la revisión del PGOU y su inscripción en el correspondiente registro autonómico. Efectivamente se publicó la normativa urbanística del PGOU de 2010 en el BOJA de 20 de mayo de 2010.

Como se ha dicho, la Orden de aprobación definitiva del PGOU la suspendía respecto a parte de sus determinaciones. Por eso se dictaron otras Órdenes de la Consejería que, tras su corrección, procedieron a la *aprobación definitiva de las determinaciones que habían quedado suspendidas*. En concreto, las siguientes:

- Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 29 de septiembre de 2010 por la que se aprueban las determinaciones de la Revisión del PGOU de Marbella sobre ciertos ámbitos del frente litoral (BOJA de 26 de enero de 2011). Aprobaba las relativas a Los Magnolios y Vistamar. Pero mantuvo la suspensión de las atinentes a Parque Arroyo de la Víbora y al art. 6.5.16.7.
- Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 24 de junio de 2011 por la que se aprueba definitivamente el apartado 7 del art. 6.5.16 de las normas urbanísticas del PGOU (BOJA de 18 de agosto de 2011).
- Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 23 de agosto de 2011 por la que se aprueban las determinaciones de la Revisión del PGOU de Marbella sobre Los Magnolios y Vistamar y se dispone la publicación de la normativa de esos ámbitos (BOJA de 2 de septiembre de 2011).
- Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 27 de octubre de 2011 por la que se aprueban las determinaciones de la Revisión del PGOU de Marbella sobre los sectores de San Francisco Norte, Chorraero y Arroyo Segundo y se dispone la publicación de su normativa (BOJA de 14 de noviembre de 2011).

Este PGOU de 2010 fue objeto de *corrección de errores* propuesta por el Pleno del Ayuntamiento en sesión de 29 de octubre de 2010 y aprobada definitivamente por Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 15 de diciembre de 2011 (publicada en el BOJA de 17 de mayo de 2012), Orden que aclara que se trata de una

corrección de errores que afecta a determinaciones de ordenación estructural del PGOU" y que por ello ha sido objeto de información pública. Otra corrección de errores tuvo igual tramitación y se culminó con su aprobación definitiva por Orden de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de 20 de diciembre de 2011 (BOJA de 15 de febrero de 2012). Por el contrario, la Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 20 de mayo de 2014 (BOJA de 29 de mayo de 2014) denegó la aprobación definitiva de la Modificación relativa al sector Altos de Marbella Sur (o Alto de los Monteros Sur), corrección de error con la que se pretendía pasar de 5 a 10 viviendas/hectárea. La denegación se justifica por no tratarse de una simple corrección de error.

5. En especial, la normalización o regularización en el PGOU de 2010

La Revisión de 2010 era, como no podía ser de otra forma, Revisión del PGOU de 1986 (único realmente vigente tras la publicación de su normativa en 2000) aunque se enfrentaba con una situación en buena parte conformada por el fantasmal PGOU de 1998 y en parte por actuaciones al margen incluso de cualquier apariencia o simulacro de plan. Se encontraba, pues, con numerosas edificaciones erigidas al amparo de licencias ilegales, muchas de ellas, además, declaradas nulas por los tribunales; mayoritariamente, por los tribunales contencioso-administrativos, pero en algunos casos por los tribunales penales.

Ante ello, la Revisión de 2010, entre otras determinaciones, ideó sistemas de normalización y regularización de actuaciones realizadas ilegalmente (ya fuesen realizadas sin licencia o realizadas con licencia anulada por sentencia o acto administrativo). Para ello estableció distintos tipos de Áreas (de planeamiento incorporado, de reforma interior con fines de normalización, de regularización, de transferencia de aprovechamiento subjetivo con fines de normalización, unidades de ejecución deficitarias...), compensaciones económicas y coeficientes de normalización, nuevos deberes urbanísticos para propietarios o promotores, etc., técnicas todas ellas tendentes, según expresiones de la memoria, a que "no pueda confundirse con una mera amnistía" y a establecer la participación de los beneficiarios en los costes de las

infraestructuras y obtención de dotaciones propia necesaria. Era evidente que el PGOU imponía ciertos deberes a los promotores de actuaciones ilegales aunque ya no fueran propietarios. Además calificaba ampliamente como suelos urbanos no consolidados ciertos espacios desarrollados ilegalmente con la finalidad de imponer esos deberes. Todo esto, sin embargo, se condicionaba a una verificación administrativa de la conformidad de aquellas actuaciones ilegales con la Revisión y al cumplimiento de los deberes urbanísticos lo que debía realizarse en procedimientos de normalización. En principio estos procedimientos debían iniciarse a solicitud de los interesados; pero pasados los plazos establecidos para ello, el Ayuntamiento podía o bien autorizar el abono de una compensación económica sustitutiva o bien sustituir esa iniciativa y cambiar el sistema de normalización por el de gestión sistemática con delimitación de una unidad de ejecución discontinua. Entretanto se culminaban estos procedimientos, según se disponía en la normas urbanísticas de la revisión, las edificaciones quedaban en "situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación".

6. Modificaciones del PGOU de 2010

El PGOU de 2010 fue objeto de alguna Modificación. En concreto nos consta la aprobada definitivamente por Orden de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de 6 de agosto de 2012 (BOJA de 23 de noviembre de 2012) que afectó a los ámbitos de La Gitana, Lomas del Río Verde y Hacienda Cortés en cuanto a su delimitación, número de viviendas y reservas para vivienda protegida. En cambio otras Modificaciones propuestas por el Ayuntamiento no fueron aprobadas. Son expresión de ello las siguientes Órdenes:

- Orden de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de 21 de diciembre de 2012 (BOJA de 2 de enero de 2013) que, por contener deficiencias sustanciales, suspendió la aprobación definitiva de la Modificación del art. 6.7.2 de las normas urbanísticas con la finalidad de desafectar subsuelo de parcelas municipales y destinarlas a aparcamientos privados.

- Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 15 de octubre de 2013 (BOJA de 31 de octubre de 2013) que suspendió, por deficiencias sustanciales y por no contemplar reservas para compensar el aumento de población, la aprobación definitiva de la Modificación relativa a la parcela Hotel Escuela Bellamar que pretendía cambiar en parte su destino y excluir un inmueble del Catálogo de Protección del Patrimonio Urbano.
- Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 27 de junio de 2014 (BOJA de 4 de julio de 2014) que suspendió la aprobación definitiva de la Modificación relativa a varios artículos de las normas urbanísticas (entre ellos el 6.7.2, que ya antes se habría intentado modificar) realizada con el fin de permitir la desafectación de subsuelo de titularidad municipal y poder destinarlo a aparcamientos privados. Se consideró que la Modificación presentaba deficiencias sustanciales porque las medidas propuestas eran inadecuadas para compensar el incremento lucrativo.
- Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 15 de junio de 2015 (BOJA de 18 de junio de 2015) que suspendió la aprobación definitiva de la Modificación relativa a aparcamiento subterráneo en el ámbito del Mercado de abastos. Esta modificación estaba ligada a la anterior y, al rechazarse aquélla, ésta se suspendió porque “carece de sustento normativo y pierde su finalidad”.
- Orden de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de 5 de octubre de 2015 (BOJA de 14 de octubre de 2015) que suspendió por falta de medidas compensatorias la aprobación definitiva de la Modificación relativa al sector Lomas de Marbella que pretendía excluir del sector una superficie de 4.555 m2 y modificar el trazado del Cordel de Banahavis a Ojén a su paso por el sector.

Aunque todas estas órdenes dicen “suspender” las respectivas modificaciones y no excluyen, por tanto, que con cambios pudieran ser aprobadas, no consta que ninguna lo haya sido.



naturalmente, una vez vigente el PGOU de 2010 se realizaron numerosas actuaciones urbanísticas (planes de desarrollo, actos de gestión, otorgamiento de licencias, etc.) a su amparo y en su ejecución.

Sobre todo, importa recoger que, entre esas actuaciones, se iniciaron los “procedimientos de normalización” previstos en el PGOU de 2010, algunos relativos a actuaciones cuyos títulos administrativos habían sido anulados por sentencias (muchas de ellas, a su vez, en fase de ejecución judicial) y otros relativos a otras actuaciones igualmente consideradas ilegales pero respecto a las que no se habían planteado recursos ni había, por tanto, sentencias. Con cinco excepciones en que estos procedimientos llegaron a término con una resolución de normalización que, además, no ha sido impugnada, la inmensa mayoría de ellos no llegaron a terminarse con una resolución de normalización, como ahora se verá.

La iniciación de estos procedimientos de normalización se comunicó a los órganos judiciales en los que pendían procesos de ejecución de sentencias anulatorias de las actuaciones que ahora se trataban de regularizar. Tras ello, los jueces y tribunales acordaron medidas de suspensión de la ejecución judicial. En algunos de los casos que hemos conocido el Ayuntamiento, al comunicar la incoación de estos procedimientos de normalización, promovió por medio de su representación procesal incidentes de ejecución lo que dio lugar a que se dictaran Autos que acordaron lo que denominaron “archivo provisional de la ejecutoria”.

8. Anulación del PGOU marbellí de 2010

a) Las dos SSTs de 27 de octubre de 2015

El PGOU de 2010 fue objeto de numerosos recursos directos. Formal y más exactamente, lo que se recurrían eran las Órdenes de la Consejería de 25 de febrero y 7

de mayo de 2010 que, como ha quedado dicho, respectivamente aprobaron la revisión del PGOU y acordaron la publicación de su normativa. En principio, por lo general los recursos fueron desestimados por el TSJ de Andalucía (no obstante, algunas SSTSJ sí estimaron una nulidad de alguna determinación del PGOU y reconocieron algún derecho de los recurrentes). Incluso la Sala de Málaga aceptó decididamente la figura de la "normalización" que ocupaba un papel central en el PGOU de 2010. Por ejemplo, en la STSJ de Andalucía/Málaga 1822/2014, de 29 de septiembre (recurso 599/2010; RJCA 273 de 2015), se lee que "ninguna objeción plantea a la Sala la adecuación de la normalización al ordenamiento jurídico" y ello tras explicar "la situación excepcional de Marbella" y desarrollando después prolijos y sólidos argumentos.

Pero, interpuestos contra las sentencias del TSJ andaluz recursos de casación, fueron estimados por una larga serie de sentencias del TS que anularon el PGOU. Esa serie de SSTS arranca de dos, ambas de 27 de octubre de 2015, que importa sintetizar.

La primera de ellas resolvió el recurso de casación 313/2014 interpuesto por la Comunidad de Propietarios las Lomas de Puente Romano (Ar. 5581).

En concreto, se ejercía la pretensión anulatoria frente a la declaración de unos terrenos como suelo urbano no consolidado (los recurrentes mantenían que era consolidado aunque eso se hubiera logrado con actuaciones ilegales del propio Ayuntamiento). Pero en general se impugnaba todo el proceso de normalización y regularización ideado por el PGOU de 2010 y las diversas técnicas que el propio PGOU ponía al servicio de tal propósito.

La STS reseñada, casando la recurrida STSJ de Andalucía, anuló la revisión del PGOU por las siguientes razones:

1ª) El PGOU pretendía "modular la legalización de lo ilegalmente construido" lo que, teniendo en cuenta que eso puede afectar a lo declarado por sentencias, contradice las previsiones legales sobre ejecución de sentencias, merma los poderes de los jueces para lograrla y, en suma, vulnera el derecho a la tutela judicial, así como la

jurisprudencia según la cual un cambio de plan no produce la automática legalización pues se requiere una concreta resolución legalizadora.

2ª) El PGOU alteraba o desfiguraba el concepto legal de suelo urbano no consolidado al adscribir generalizadamente parcelas a tal tipo sin acreditar un concreto déficit de dotaciones lo que conducía a consecuencias incompatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

3ª) El PGOU atribuía deberes urbanísticos a los promotores de obras ilegales aunque ya no fuesen propietarios con lo que se vulneraba el régimen sobre subrogación en tales deberes de los adquirentes; y

4ª) EL PGOU imponía deberes urbanísticos sin fundamento legal que “en el fondo pretenden penalizar las antiguas infracciones”.

El fallo de la sentencia es simplemente anulatorio del PGOU sin reconocimiento de ninguna situación jurídica individualizada respecto al recurrente y los terrenos de que era propietario pese a que la demanda impugnaba concretamente la calificación de estos como suelo urbano no consolidado.

La segunda STS de 27 de octubre de 2015 resolvió el recurso de casación 2180/2014 interpuesto por Ale Investment SL (Ar. 5580). Parece que sólo se recurría en cuanto la Revisión del PGOU no incluía determinada parcela como suelo urbano consolidado sino como no consolidado. El TS, casando la STSJ de Andalucía, anula las dos referidas Órdenes y la Revisión del PGOU por dos causas:

- Falta de Evaluación Ambiental Estratégica.
- Falta del Informe de Sostenibilidad Económica.

Además, siguiendo a la STS de la misma fecha que resolvió la casación 313/2014, declara también la nulidad por las razones expuestas en ésta, que reitera.

Como en el caso anterior, el fallo de la sentencia es simplemente anulatorio sin reconocimiento de ninguna situación jurídica individualizada respecto al recurrente y los terrenos de que era propietario.

b) Las posteriores sentencias del TS reiterando la nulidad del PGOU marbellí de 2010. Referencia a sus votos particulares.

Desde las dos referidas SSTs de 27 de octubre de 2015, en cerca de un centenar de ocasiones ha debido enfrentarse el TS con pretensiones relativas al mismo PGOU.

Lo hizo ya al día siguiente en el que se dictó la STS de 28 de octubre de 2015 (Ar. 5582) que resolvió el recurso de casación 1346/2014 interpuesto por Europea de Complejos Comerciales SA que pedía la nulidad de la aprobación definitiva de la revisión del PGOU por falta de Evaluación Ambiental Estratégica y subsidiariamente que una concreta zona fuera considerada suelo urbano consolidado y se eximiera al recurrente de ciertos deberes urbanísticos (sobre todo los relativos a la ejecución de sistemas generales). Es habitual citar, junto con las dos de 27 de octubre de 2015, a esta otra como si las tres formaran el punto de arranque de la serie. Por eso la recordamos también aquí. Pero, en realidad, no hizo nada más que repetir lo que el TS había dicho el día anterior. No aporta nada nuevo, así que no es más que la primera de las muchas que se basan en las dos de 27 de octubre de 2015.

A partir de aquí hay un goteo de SSTs casi iguales. Sólo el 3 de noviembre de 2015 recayeron cuarenta y cinco SSTs sobre el PGOU marbellí de 2010.

Las SSTs de esa larga serie responden en general al mismo patrón. Todas ellas recuerdan, o incluso reproducen más o menos ampliamente, aquellas SSTs de 27 de octubre de 2015 y la de 28 de octubre de 2015 y, tras ello, declaran en sus fallos una y otra vez la nulidad de la revisión de 2010; no dicen que el recurso haya perdido su objeto por las anteriores sentencias anulatorias sino que, sirviéndose de los razonamientos de ellas, vuelven a declarar una y otra vez la misma nulidad, incluso en ocasiones aunque el recurso de casación no pidiera eso; y, desde luego, siempre

declararon la nulidad total de la Revisión de 2010, nunca solo de una parte concreta. Si va de referencia, entre las últimas, la STS 2454/2016, de 17 de noviembre (casación 1431/2015, Ar. 6590) que responde fielmente al molde general.

A veces, esa anulación general del PGOU se completa con la anulación específica de alguna de sus determinaciones. Ejemplo de ello es la STS de 3 de noviembre de 2015 que resolvió la casación 3073/2014 (Ar. 5473): además de la anulación de la revisión del PGOU, en su fallo pronuncia una expresa y concreta anulación de las determinaciones de esa revisión que inclufan cierta actuación urbanística dentro del ámbito de incremento de aprovechamiento de un área de reparto a efectos de normalización.

Mención especial merece la STS de 18 de diciembre de 2015 (casación 3459/2014, Ar. 6139) que extendió la nulidad a la Orden del Consejero de 29 de septiembre de 2010 por la que se aprobaron definitivamente las determinaciones de la revisión del PGOU sobre ciertos ámbitos del frente litoral: nos referiremos después a ella.

En cualquier caso, sigue tratándose sólo de fallos estrictamente anulatorios de la revisión de 2010. Nunca van estas SSTs más lejos; esto es, nunca resuelven sobre el reconocimiento de derechos concretos de los demandantes incluso aunque en sus demandas hubieran ejercido pretensiones de este género. Por lo general, justifican su negativa a pronunciarse sobre estas pretensiones con este párrafo o alguno muy similar:

“Declarada la nulidad del PGOU de Marbella de 2010 también en este recurso (...), no resulta procedente y carece de sentido venir ahora a pronunciarnos sobre el resto de las pretensiones esgrimidas en la demanda, más allá de la estrictamente anulatoria (...) porque el efecto típico y característico que la anulación de todo plan comporta es que recobra su vigencia la ordenación urbanística preexistente (PGOU de 1986), conforme a una jurisprudencia que tenemos reiteradamente establecida y cuya cita resulta innecesaria”.

De esta posición de la mayoría de los miembros de la Sección que conforman todas estas sentencias, discrepó el Magistrado Peces Morate que, cuando había otra pretensión, formuló voto particular en el que, para hacer efectiva la tutela judicial, entendió que el pronunciamiento anulatorio debía ser completado con otros.

Dentro de ello, lo más frecuente es que se hubiera pretendido el reconocimiento de que determinado suelo era urbano consolidado (en contra de lo establecido en el Plan de 2010 que lo calificaba como urbano no consolidado). Y, ante tal pretensión, estos votos particulares entienden que el fallo debería haber resuelto expresamente sobre ello. La concreta respuesta ya depende del caso particular. Así, algunos de estos votos particulares, pocos, consideran que, en efecto, debería haberse declarado que el suelo en cuestión es urbano consolidado (así sucede, por ejemplo, en los correspondientes a las SSTS de 2 y 16 de febrero de 2016 que resuelven respectivamente las casaciones 955 y 522/2015, Ar. 452 y 901) porque reunía los requisitos para ello y los habían alcanzado en procesos de urbanización legales. La mayoría, sin embargo, optan por la solución contraria, de ordinario tras constatar que, aunque los suelos cumplieran los requisitos materiales para ser urbanos consolidados, los habían logrado con actuaciones ilegales y en contra de las determinaciones del PGOU de 1986. Lo habitual es que lo explique con este o similar razonamiento:

“... el enjuiciamiento acerca de si la referida parcela es o no urbana debe hacerse al margen de las previsiones del PGOU declarado nulo de pleno derecho, que ha sido el contexto en el que la Sala sentenciadora enjuició las pretensiones de la demandante, sin tener en cuenta que, como se ha acreditado en la instancia, tal parcela fue urbanizada en contra del planeamiento urbanístico”.

Siempre en aplicación de la “doctrina jurisprudencial (...) según la cual el carácter reglado del suelo urbano requiere que el desarrollo urbanístico se haya realizado conforme a la ley”. Entre los numerosos votos particulares que responden a este modelo son ejemplo los formulados a las SSTS de 3 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 y 28 de enero de 2016, que resolvieron las casaciones 2712/2013, 1066/2014 y 296/2015 (Ar. 6229 de 2015 y 127 y 413 de 2016). Lo de menos a nuestros efectos es que, dentro de este grupo de votos particulares, unos se enfrentan con SSTSJ de Andalucía que ya habían declarado que el suelo era urbano consolidado y otros con SSTSJ de Andalucía que habían denegado esa calificación; y que unas resolvían recursos de casación interpuestos por el particular y otras recursos de casación interpuestos por la Administración. Lo importante es que todos rechazan la calificación

como suelo urbano consolidado cuando la urbanización y consiguiente consolidación se había alcanzado ilegalmente.

Pero no siempre la pretensión ejercida junto con la anulatoria del PGOU de 2010 era del tipo expuesto (declaración como suelo urbano consolidado de concretos terrenos) sino que las SSTs se han enfrentado con otras y las respuestas que dan los votos particulares que nos ocupan son distintas. Ofrezcamos, por simple muestreo, algunas de sus soluciones:

En el caso de una de las SSTs de 3 de noviembre de 2015, concretamente la que resolvía el recurso de casación 555/2013 (Ar. 6483 de 2016), lo que pedía el recurrente es que se declarase que sus terrenos eran suelo urbanizable y, entonces, el correspondiente voto particular considera que tal pretensión debería haber sido desestimada porque “la clasificación de un suelo como urbanizable no constituye una clasificación reglada (...) y por tanto no le está permitido, conforme a lo establecido en el art. 71.2 LJCA, a un órgano jurisdiccional declarar la clasificación que, en uso de su discrecionalidad, corresponde señalar exclusivamente a la Administración”.

En el caso de la STS de 17 de diciembre de 2015, al resolver el recurso de casación 3064/2014 (Ar. 175 de 2016), el recurrente, invocando un convenio urbanístico, pedía que determinada parcela quedara sometida a cierta ordenanza con una concreta altura, densidad, edificabilidad... Y el voto particular (en contra de lo que hizo la STSJ de Andalucía) entiende que debería haberse desestimado porque lo contrario, como en el supuesto recién expuesto, sería vulnerar el art. 71.2 LJCA e “invadir la potestad discrecional de la Administración”.

En otro supuesto, el recurrente, en virtud de un convenio expropiatorio, había pedido en su demanda, además de la anulación del PGOU, que se le reconociera el derecho a ciertos aprovechamientos urbanísticos o, subsidiariamente, a indemnización, lo que había sido desestimado por el TSJ de Andalucía. Lo volvió a pedir en el recurso de casación 2716/2013 resuelto por STS de 26 de enero de 2016 (Ar. 433). Y el voto particular considera que la pretensión principal debería haber sido expresamente

desestimada porque ningún convenio tiene fuerza vinculante para determinar de antemano cuál ha de ser el interés general a plasmar en un planeamiento"; y que igual suerte desestimatoria debería correr la pretensión subsidiaria porque no se ejerció en la previa vía administrativa.

Naturalmente, ninguno de estos votos particulares tiene efectos de cosa juzgada ni de ningún otro género. Pero expresan criterios de interés que conviene tener en cuenta en general y para los casos y terrenos concretos a los que se refieren porque, en realidad, si no fueron asumidos por el resto de los Magistrados y por las sentencias, fue sólo por razones procesales, no de fondo.

c) Publicación de los fallos anulatorios del PGOU de 2010

En el BOJA de 17 de febrero de 2016 aparecieron sendos edictos en los que, en cumplimiento del art. 72.2 LJCA, se publicaban los fallos de las dos SSTs de 27 de octubre de 2015 (las correspondientes a las casaciones 313 y 2180/2014). En el BOJA de 25 de febrero de 2016 aparece el fallo de la STS de 28 de octubre de 2015 (casación 1346/2014).

9. Las posteriores sentencias del TSJ de Andalucía resolviendo recursos contra el PGOU de 2010

Con posterioridad a las dos reseñadas SSTs de 27 de octubre de 2015, el TSJ de Andalucía, Sede de Málaga, ha debido todavía resolver en primera instancia algunos recursos directos contra el mismo PGOU marbellí de 2010. Es el caso, al menos, de sus sentencias 189/2016, de 29 enero (recurso 669/2010; JUR 2016\110616); 1662/2016, de 12 de septiembre (recurso 721/2010; JUR/2017/34596); 94/2016, de 22 de enero (recurso 722/2010; JUR/2016/110139); 2207/2016, de 14 de noviembre (recurso 1111/2010; JUR/2017/134429). Todas estas SSTSJ de Andalucía han declarado "la pérdida sobrevenida del objeto del recurso" precisamente por la previa anulación acordada por el TS.

Por otra parte, también ha tenido que resolver algún recurso indirecto contra el PGOU. Así, sucedió en la STSJ de Andalucía/Málaga 1780/2016, de 23 de septiembre (recurso 1095/2015; JUR 2017/34331): se impugnaban directamente dos convenios (relativos a unos terrenos antes destinados a jardines) e indirectamente el PGOU de 2010 (que había cambiado ese destino); el Juzgado, en primera instancia, anuló los convenios pero desestimó la pretensión anulatoria del PGOU. El demandante interpuso apelación pidiendo que se declarara nulo el PGOU y a este respecto la sentencia ahora reseñada, con cita de las SSTs de 27 de octubre de 2015, declara la pérdida sobrevenida de objeto de la apelación. Por su parte, el Ayuntamiento defendía los convenios, pero esta sentencia confirma su nulidad: los convenios se basaban en que unos terrenos que conforme al PGOU de 1986 eran demaniales habían dejado de serlo por el PGOU de 2010; al anularse éste por el TS, había que considerarlos demaniales y, por ello, no podían haber sido objeto del tráfico previsto en esos convenios. A este respecto no declara la pérdida de objeto del proceso sino que desestima la pretensión municipal.

10. La reacción inmediata del Ayuntamiento de Marbella ante la anulación del PGOU de 2010

Partiendo de la reviviscencia del PGOU de 1986 tras la anulación judicial del de 2010, el Ayuntamiento de Marbella, que prevé para un momento posterior la Revisión de aquel Plan, ha tomado una serie de iniciativas con la finalidad de clarificar la situación. Sobre todo estas:

- Por una parte adoptó de inmediato en la sesión de la Junta de Gobierno Local de 1 de diciembre de 2015 unos "criterios de actuación aplicables a los procedimientos administrativos que se tramitan en la Delegación de Urbanismo con motivo de la anulación del PGOU de 2010". Estos "criterios" o "protocolo de actuación" abordan sucesivamente la forma de proceder respecto a disciplina urbanística (licencias, protección de la legalidad, procedimientos sancionadores...) y respecto a planeamiento y gestión (según los instrumentos estén en trámite o aprobados definitivamente conforme al PGOU de 2010).

- Poco después, el 15 de diciembre de 2015, la Junta de Gobierno Local, como consecuencia de la anulación del PGOU de 2010, procedió a declarar la extinción de 119 procedimientos de normalización iniciados. Esto ha sido puesto en conocimiento de los Tribunales ante los que se había iniciado la ejecución de las sentencias anulatorias de licencias y ha determinado, a su vez, que estos declaren levantada la suspensión provisional del procedimiento de ejecución. Dicho de otra forma, ha supuesto que se reactiven las ejecuciones de las sentencias que habían declarado la nulidad de licencias u otras actuaciones.
- Por otra parte, el Ayuntamiento emprendió la formulación de un Texto Refundido del PGOU de 1986. El 29 de septiembre de 2017 el Ayuntamiento en Pleno aprobó el Texto Refundido del PGOU de Marbella de 1986. En el mismo acuerdo se indica que “previo depósito e inscripción en el Registro Autonómico y Municipal, el acuerdo de aprobación así como el contenido del articulado de sus normas se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga”. El acuerdo, en efecto, se publicó en el BOP de Málaga de 19 de enero de 2018. No nos consta que se haya publicado el contenido del articulado de sus normas.
- Y finalmente el Ayuntamiento está tramitando la adaptación parcial del PGOU de 1986 a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA). En realidad, se trata de la adaptación parcial del Texto Refundido de PGOU previamente aprobado.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NULIDAD DE LOS PLANES

1. Premisas: los planes son reglamentos cuyos vicios determinan su nulidad de pleno derecho

Las consecuencias de la anulación de los planes de urbanismo han sido determinadas por la jurisprudencia con mínima base legal. Esa jurisprudencia parte de unas premisas que parece considerar inamovibles.

La primera es que es que los planes de urbanismo son reglamentos, todos ellos y en todos sus aspectos, son normas reglamentarias. Lo han afirmado, desde tiempo atrás, infinidad de sentencias. Alguna vez la doctrina ha puesto en tela de juicio afirmación tan categórica y hasta ocasionalmente ello ha tenido reflejo en alguna STS; por ejemplo, la de 25 de junio de 1986, hablando precisamente de planes de urbanismo, dijo: "La distinción entre norma y acto tiene bastante de artificial (...). Porque la realidad muestra, más que una contraposición tajante entre acto y norma, una graduación". Pero, al margen de ello, continúa impertérrito el tratamiento de los planes de urbanismo como reglamentos sobre todo a los efectos de su régimen de impugnación y de invalidez, que es lo que aquí nos interesa.

La segunda premisa es que los planes de urbanismo -como el resto de los reglamentos- con vicios invalidantes son nulos de pleno derecho, no anulables. Son siempre nulos de pleno derecho ya sean sus vicios materiales o meramente formales o procedimentales; nunca sólo anulables. Los tribunales lo deducen así del art. 47.2 LPAC o de los preceptos equivalentes anteriores (en concreto, del art. 62.2 Ley 30/1992). Cabe dudar, acaso, que esos preceptos impongan necesariamente esa conclusión, ese grado máximo de invalidez, incluso para los planes sólo aquejados de defectos procedimentales. Pero la jurisprudencia no muestra hoy ninguna vacilación: siempre proclama esa nulidad de pleno derecho. Los ejemplos son numerosísimos. Y, desde luego, no son excepción las SSTS sobre el PGOU marbellí de 2010 que precisamente declararon su nulidad de pleno derecho.

Además, es seguro que ante los vicios de procedimiento de reglamentos o planes no importa nada, a diferencia de lo que sucede en otros casos, que el vicio formal haya afectado al contenido de la norma final o que, por el contrario, pueda barruntarse que ese contenido habría sido el mismo aunque se hubiese observado escrupulosamente el procedimiento. No ya es que esta indagación resulte imposible; es que, aunque resultara posible, sería irrelevante pues en este ámbito de los reglamentos y planes el vicio formal es esencial en sí mismo.

De esas dos premisas (los planes son reglamentos; sus vicios son de nulidad de pleno derecho) infieren los tribunales el régimen de invalidez de los planes señalando una serie de caracteres, todos asentados en un entendimiento clásico y radical de la nulidad de pleno derecho.

2. Efectos jurídico-materiales de la anulación de planes

a) Efectos para el futuro (eficacia prospectiva) y efectos para el pasado (eficacia retroactiva o ex tunc)

Los tribunales no sólo niegan al plan anulado sus efectos para el futuro, esto es, para las actuaciones que se produzcan a partir de la misma declaración de nulidad, sino que dan a las declaraciones de nulidad de planes que pronuncian una eficacia retroactiva (se retrotraen al mismo momento de aprobación del plan anulado) o eficacia *ex tunc* que se proyecta sobre los actos o disposiciones que tengan fundamento en él (*titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*) aunque sean anteriores a la declaración de nulidad.

Por eso, la declaración de nulidad de un plan, como la de cualquier reglamento, no es equivalente a su derogación: la derogación, en principio, sólo tiene efectos para el futuro pero no afecta a lo ya producido durante su vigencia; la declaración de nulidad, en principio, tiende a la destrucción de los efectos ya producidos desde que el plan entró en vigor. Una copiosa jurisprudencia insiste en los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad de reglamentos y planes. Específicamente para planes de urbanismo, dice, entre otras muchas, la STS de 19 de junio de 2013 (casación 2713/2012; Ar. 5629): “Los Planes Generales de Ordenación Urbana, así como las Normas Subsidiarias que hacen sus veces, tienen la naturaleza de disposiciones generales, por lo que la eficacia de la declaración de su nulidad se retrotrae al mismo instante de haberse dictado...”. No se admiten aquí, pues, las matizaciones que sí se han introducido para las anulaciones de leyes por el TC sino que, salvo rarísima excepción, las anulaciones de reglamentos y planes tienen efectos retroactivos devastadores.



La anulación de un reglamento o de un plan tiene efectos para todas las personas afectadas", o sea, efectos generales o *erga omnes*, no sólo entre las partes. Esta característica la consagra el art. 72.2 LJCA.

Ahora bien, el hecho de que las declaraciones de nulidad tengan efectos *erga omnes* no comporta que todas las declaraciones contenidas en esas sentencias anulatorias tengan igualmente esa eficacia general. Por el contrario, si en el mismo fallo hay también reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, aunque sean la consecuencia directa de la anulación del reglamento o plan, estas otras declaraciones quedan sometidas al art. 72.3 LJCA según el cual "la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes". Por tanto, si alguna de las sentencias anulatorias de un plan hubiese también alguno de estos pronunciamientos en favor del recurrente, sólo a él beneficiar. Cualquier otro sujeto, aunque esté en una situación sustancialmente igual, deberá ejercer su pretensión en un procedimiento administrativo o proceso judicial distinto.

c) Reviviscencia del plan anterior

La jurisprudencia afirma la llamada reviviscencia del plan que derogó o al que substituyó el plan anulado. O, por mejor decir, al que pretendió derogar o substituir el declarado nulo. Ello igual que para los reglamentos en general. Esta solución ha sido alguna vez cuestionada. Incluso algunas leyes autonómicas como la valenciana LOTUV (art. 66) prevé para los casos de planes anulados la tramitación urgente por la Comunidad Autónoma del nuevo Plan. Por otra parte, como luego veremos, la "reviviscencia" nunca puede ser completa. Por una parte, por el desfase de las infraestructuras previstas en aquel Plan con la realidad derivada de la ejecución del Plan anulado. Por otra, porque aquel Plan sólo revive en la medida en que sus disposiciones sean conformes con las leyes vigentes en el momento de su "resurrección" pues lógicamente todas las normas del plan contrarias a la ley deben entenderse derogadas.



Los tribunales suelen proclamar la reviviscencia del antiguo plan con carácter general. Entre las SSTs más recientes es buena muestra la de 2 de marzo de 2016 (casación 1626/2015; Ar. 940): “El efecto primordial de la nulidad de una disposición general, categoría a que pertenecen los instrumentos de planeamiento urbanísticos, aun sus modificaciones singulares, es que revive la vigencia de la disposición o norma derogada por la que ha sido objeto de anulación”. Como éste es un efecto automático de la anulación, naturalmente, el que una sentencia diga, al anular un reglamento o plan, que revive el anterior de ningún modo vulnera el art. 71.2 LJCA (que prohíbe a la sentencia anulatoria de una norma determinar la forma en que ha de quedar redactada la que la sustituya) pues eso no obsta a que la Administración de inmediato modifique el reglamento o el plan revivido en ejercicio de su potestad reglamentaria y de planeamiento y de su *ius variandi*. No es necesario aquí razonar mucho este efecto de la reviviscencia del plan anterior al anulado porque, como ha quedado dicho, muchas de las SSTs que han fallado la nulidad del PGOU de Marbella de 2010 han reconocido expresamente la resurrección del PGOU de 1986 que resulta a estas alturas incuestionable. Sí es oportuno añadir que, en principio, no sólo revivió el PGOU de 1986 sino todos los planes que se dictaron en su desarrollo y que pudieron verse afectados por la aparente vigencia del de 2010. Ahora bien, revive el PGOU de Marbella de 1986 con todos los cambios que se introdujeron en su aprobación definitiva y con todas las modificaciones posteriores de las que fue objeto, con las dificultades de conocimiento y la inseguridad jurídica que ello propicia. Y revive, además, como un plan no adaptado a la LOUA, con lo que ello entraña. Por ello es oportuno que dediquemos algunas consideraciones específicas a la posibilidad de formular un texto refundido de ese plan de 1986 y de afrontar su adaptación a la LOUA que, como ya dijimos, son tareas que ha emprendido el Ayuntamiento de Marbella tras la anulación del PGOU de 2010.

La suma de esta consecuencia a la de los efectos *ex tunc* comporta que el plan reviviscente habrá que entenderlo vigente durante todo el tiempo sin solución de continuidad. Es decir, que su recuperación de vigencia tiene la misma eficacia retroactiva que la declaración de nulidad del posterior. Así, habrá que entenderlo

vigente no solo hasta que fue (supuesta y usualmente) sustituido por el otro y desde la anulación de este otro; sino también durante todo el tiempo que medió entre la aprobación del posterior y su anulación.

Aplicado todo esto a lo que nos ocupa aquí, comporta que hay que entender que el PGOU de 2010 no tuvo ni tiene ninguna eficacia, tampoco antes de su declaración de nulidad en 2015, que sólo tuvo "aparente vigencia". Y que el PGOU de 1986 realmente permaneció siempre vigente: no sólo lo está desde 2015 sino que hay que entender que lo estuvo desde su publicación completa en 2000 hasta hoy.

d) Imposibilidad de conservación de trámites y de convalidación por subsanación o por el transcurso del tiempo

La jurisprudencia ordinaria niega la posibilidad de conservación de trámites y la de convalidación por subsanación de los planes nulos, aunque la nulidad obedezca a vicios formales. Unas veces se basan los tribunales en que los preceptos legales sobre estas figuras (arts. 49.1, 51 y 52 LPAC; o los idénticos arts. 64.1, 66 y 67 Ley 30/1992) se refieren sólo a actos, no a los reglamentos, y otras en que la convalidación sólo cabe ante la anulabilidad, no ante la nulidad. Sea como fuere, y aunque quizá sería sostenible otra solución, rechazan la conservación de trámites y la subsanación de los planes urbanísticos declarados nulos.

De este modo, en principio, según la jurisprudencia dominante, ante el reglamento o plan con defectos de procedimiento invalidantes sólo cabe su pura declaración de nulidad sin que sea pertinente ordenar que se retrotraiga el procedimiento al momento en que se cometió el vicio (o sea, no cabe la llamada "nulidad de actuaciones"). Por eso, si la Administración, tras la sentencia, intenta elaborar un nuevo reglamento o plan conservando los trámites anteriores y realizando sólo aquél en que se cometió el defecto y los subsiguientes, volverá a incurrir en vicio de procedimiento determinante otra vez de nulidad; y así lo declaran los tribunales, incluso en ejecución de aquella sentencia. Por tanto, las sentencias anulatorias de planes implícitamente comportan la necesidad de, si la Administración desea aprobar uno

nuevo en sustitución del anulado y del revivido, llamad una vez todo el procedimiento desde el principio. Comporta, pues, la "vuelta a la casilla de salida". Aun así, en contra de ello, a veces son los mismos tribunales los que, al anular un plan por motivos formales, acuerdan retrotraer el procedimiento al trámite en el que se incurrió en defecto, conservando, por tanto, los anteriores.

En cualquier caso, lo que sí es seguro es que los planes nulos, como cualquier reglamento nulo, y, en realidad, como los actos nulos, no se convalidan por el paso del tiempo: aunque pasados dos meses desde su publicación ya no quepa recurso directo contra ellos, siempre cabe, además de la revisión de oficio (art. 107.2 LPAC), el recurso indirecto que, con o sin el complemento de la cuestión de ilegalidad, puede conducir a su declaración de nulidad.

IV. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL PGOU 2010. EFECTOS SOBRE PLANES DE DESARROLLO Y ACTOS APLICATIVOS

1. Objeto de estudio y sistematización

Lo que nos ocupará ahora son los efectos de la declaración de la nulidad del PGOU de 2010 sobre las actuaciones realizadas con anterioridad a esa declaración en aplicación de ese plan anulado mientras estuvo aparentemente vigente. Todos ellos basados, como ya sabemos, en la eficacia *ex tunc* de estas declaraciones de nulidad y, por tanto, en su diferencia esencial con una derogación.

Esas actuaciones anteriores a la declaración de nulidad del reglamento o plan de las que tan genéricamente hablamos pueden ser de distintas clases y estar en situaciones diversas. Y no todas tienen la misma solución.

Al menos hay que distinguir entre normas de desarrollo y actos administrativos de aplicación; esto es, para nuestro caso, entre los planes dictados al amparo y en desarrollo del PGOU de 2010 y los actos administrativos dictados en su ejecución. También hay que distinguir respecto a los actos administrativos, según hayan o no

alcanzado nimeza. 1, aun dentro de todo esto, hay que hacer un lugar especial para los actos sancionadores. Además, conviene tener en cuenta la posible existencia, no ya de actos firmes, sino de sentencias firmes que hubiesen aplicado el reglamento o plan aprobado. Por último, hay también que considerar la posibilidad de efectos directos del reglamento o plan aprobado sin mediar ningún acto administrativo de aplicación. La necesidad de estas distinciones se desprende en parte directamente del art. 73 LJCA y la han reconocido los tribunales; pero en parte obedece también exclusivamente a construcciones jurisprudenciales. Todo esto nos lleva a la siguiente sistematización: 1) Efectos sobre los planes conectados con el anulado, con dos variantes según se trate de planes de desarrollo o de modificaciones del plan anulado; 2) Efectos sobre los actos administrativos de ejecución donde habrá que distinguir según sean firmes o no y, dentro de aquéllos, hacer un lugar específico para los sancionadores; 3) Efectos sobre relaciones jurídicas materiales producidas sin mediación de acto administrativo; y 4) Efectos sobre las sentencias firmes.

2. Efectos sobre las disposiciones administrativas basadas en el Plan anulado dictadas antes de la sentencia anulatoria

a) Nulidad de pleno derecho de los planes de desarrollo del plan anulado: el "efecto cascada"

Cuando se trata de planes de desarrollo de un plan anulado (en el caso paradigmático, planes parciales de desarrollo de un plan general anulado) la respuesta de los tribunales es inequívoca: el plan de desarrollo también es nulo, nulo de pleno derecho. Es lo que se ha denominado a veces el "efecto cascada" que conlleva que toda la ordenación urbanística construida sobre el plan anulado se derrumba como un castillo de naipes. Por supuesto que los tribunales se refieren a planes de desarrollo aprobados antes de que se declarase la nulidad del plan en que se fundamentaban y sin que se vislumbre ni atisbo de una intención de incumplir sentencias ni nada similar. Y no hacen distinciones ni matices de ningún género. Lo mismo que proclaman para planes lo consagran igualmente los tribunales cuando se trata de la declaración de nulidad de verdaderos y propios reglamentos y sus efectos sobre otros reglamentos de desarrollo,

jurisprudencia de la que la relativa a planes generales y de desarrollo es solo aplicación. Pero como lo que nos interesa aquí es justamente esa jurisprudencia en relación con los planes de urbanismo, recojamos una muestra de las SSTS más recientes y expresivas precisamente atinentes a esos planes:

- STS de 19 de junio de 2013 (casación 2713/2012; Ar. 5629) que decía:

“...con la anulación de la Modificación de las Normas Subsidiarias en el ámbito de (...), el Plan Parcial de desarrollo ha devenido nulo, porque ha quedado privado de cobertura.

Los Planes Generales de Ordenación Urbana, así como las Normas Subsidiarias que hacen sus veces, tienen la naturaleza de disposiciones generales, por lo que la eficacia de la declaración de su nulidad (...) comporta igualmente la nulidad de los planes secundarios dictados en su desarrollo, como es el caso de los planes parciales.”

- STS de 8 de octubre de 2013 (casación 2786/2010; Ar. 6916):

“... con la anulación de los planes generales (...), el planeamiento secundario o de desarrollo deviene nulo al quedar privado de cobertura. Ello es debido a la naturaleza de los planes como disposiciones generales, por lo que la eficacia de la declaración de su nulidad se retrotrae al mismo instante de haberse dictado, y, en consecuencia, comporta igualmente la nulidad de los planes secundarios dictados en su desarrollo, como sucede con los Planes Parciales”.

- STS de 15 de octubre de 2013 (casación 3765/2010; Ar. 7358):

“... resulta improcedente tratar de sostener ahora la legalidad de una norma (pues esa es la naturaleza de los planes de ordenación) como la aquí concernida, que es desarrollo de la que (...) ya ha sido declarada nula por una sentencia firme y que, por tanto, deviene igualmente nula al ser nula la norma de la que trae causa; pues es evidente que el Plan Parcial no puede subsistir sin el planeamiento superior que le servía de cobertura.

Así lo ha dicho esta Sala en una jurisprudencia reiterada, que recuerda que la declaración de nulidad de un plan de urbanismo determina que los instrumentos de planeamiento jerárquicamente subordinados al declarado nulo devienen asimismo nulos, justamente por haber quedado desprovistos de sustento normativo...”

- STS de 3 de marzo de 2015 (casación 4063/2013; Ar. 1951)

"...el Acuerdo impugnado (...) en desarrollo del PGOU -hoy definitivamente anulado- aprobaba el Plan Especial de Iniciativa Pública para parcelas destinadas a vivienda protegida en los Sectores (...) Desaparecido el Plan General, obvio es que el Plan Especial impugnado carece de soporte jurídico..."

- STS 1285/2016 de 2 junio (Ar. 3123):

la nulidad de un plan "comporta igualmente la nulidad de los planes secundarios dictados en su desarrollo, como es el caso de los Planes Parciales".

- STS 2003/2016, de 20 de julio (casación 4402/2012; Ar. 4818):

"Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de éstas al tratarse de una nulidad ad initio".

La solución contraria a la expuesta (...), además de infringir lo dispuesto en los arts. 9.3, 24 y 118 CE, 18.1 y 2 LOPJ, 72.2 y 103.4 LJCA y 62.2 y 65 a 67 Ley 30/1992 (...) pretende hacer tabla rasa sobre la diferencias entre la nulidad plena y la mera anulabilidad.

Algunos de los argumentos del TS podrían ser discutibles o cuando menos son susceptibles de alguna matización; sobre todo, teniendo en cuenta que, como se ha visto en la citada STS de 3 de marzo de 2015, extiende esa nulidad a los planes especiales cuya dependencia de los planes generales no siempre se produce en los mismos términos. Pero sin entrar en ello lo cierto es que, como se ha visto, la jurisprudencia es terminante: la declaración de nulidad de un plan comporta la nulidad de los planes que lo desarrollaron.

Por tanto, todos los planes que se hubieran aprobado en desarrollo del PGOU de Marbella de 2010 durante el tiempo de su aparente vigencia son nulos de pleno derecho.

Cosa distinta es como se puede hacer valer esa nulidad de los planes derivados. Desde luego es posible atacar los dos planes en el mismo proceso. Es lo que, por ejemplo, sucedía en el caso de la citada STS de 8 de octubre de 2013 (casación 2786/2010; Ar. 6916). Decía la sentencia recurrida: "Será de recordar que (...) nos hallamos ante una impugnación directa de dos figuras de planeamiento urbanístico, una de planeamiento general y otra de planeamiento derivado". Y en ese contexto afirmaba que "si prospera y concurre la nulidad de la figura de planeamiento general de suyo y por consecuencia carece de cobertura jurídica la figura del planeamiento parcial determinándose su nulidad". Así que el fallo podía y debía anular los dos planes. Pero lo que suscita dudas y problemas es si, declarada la nulidad del plan general y sólo ella, la del plan de desarrollo hay que aceptarla sin más, esto es, sin necesidad de una declaración expresa de la nulidad de ese plan de desarrollo. Y, caso de que se busque una declaración expresa de la nulidad de ese plan de desarrollo si ello requiere un proceso judicial o de un procedimiento administrativo *ad hoc* o si cabe hacer esa declaración en ejecución de la sentencia que anuló el plan general. Esto lo abordaremos después.

b) Nulidad de las modificaciones del plan anulado y de su refundición

Distinto en principio de lo anterior (nulidad de los planes de desarrollo del plan anulado) es el caso de las modificaciones del plan anulado ¿También estas modificaciones quedan afectadas por la declaración de nulidad del plan anulado? ¿Quedan afectadas en los mismos términos y condiciones que si se tratara de un plan de desarrollo del anulado? La cuestión tiene interés para Marbella en tanto que el PGOU de 2010 fue objeto de alguna modificación (al menos, como recogimos en los antecedentes, la aprobada definitivamente por Orden de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de 6 de agosto de 2012, BOJA de 23 de noviembre de 2012).

Las diferentes sentencias anulatorias del PGOU de Marbella no se han pronunciado sobre esto. Sí sobre un aspecto aparentemente similar pero, en el fondo, jurídicamente muy distinto. Recuérdesse que cuando se aprobó definitivamente el PGOU

ue 2010 la aprobación quedó suspendida para parte de sus determinaciones que fueron objeto después de separada aprobación definitiva. Fue el caso de algunas determinaciones relativas a ámbitos del frente litoral que, tras correcciones, necesitaron para su aprobación de una Orden posterior de 29 de septiembre de 2010. Pues bien, la STS de 18 de diciembre de 2015 (casación 3459/2014, Ar. 6139) extendió la nulidad de las Órdenes que había aprobado en conjunto el PGOU a esta otra Orden de 29 de septiembre de 2010: "... declarada la nulidad del PGOU de Marbella de 2010, procede ahora extender dicho pronunciamiento anulatorio a la Orden de 29 de septiembre de 2010 (...) en tanto que dicha Orden es resultado y trae su única causa de la suspensión de la Revisión del PGOU de Marbella en los ámbitos y sectores que contempla...". O sea, que lo que aprobó esa Orden no era más que un texto del mismo PGOU que se aprobó diferidamente y consecuentemente su contenido es tan nulo como el resto. Pero el caso de las modificaciones es diferente de éste de las determinaciones del mismo PGOU aprobadas mediante un acto posterior.

Cabría sostener que la modificación de un plan no es desarrollo de ese plan modificado sino algo por completo distinto por cuanto que lo que precisamente persigue y realiza es su reforma. Cabría añadir en la misma dirección que la modificación no encuentra su fundamento en el plan al que pretende modificar. Y acaso por todo ello se podría mantener que la nulidad de un plan no arrastra a la nulidad de su modificación posterior. Pero, en general, por el mismo significado y naturaleza de los planes, esa solución resultará en exceso formalista y normalmente absurda y semillero de incongruencias. De ordinario, salvo excepciones, la modificación de un plan urbanístico no tendrá sentido ni coherencia sino es en el conjunto del plan al que parcialmente modifica, en el conjunto de sus determinaciones no modificadas. Por lo demás, el TS, cuando se ha ocupado de este problema ha optado por la nulidad de la modificación y lo ha hecho incluso respecto a reglamentos ordinarios. Reveladora es la STS de 23 de septiembre de 2008 (casación 6967/2005; Ar. 7233):

Nos hallamos ante la pura aplicación del llamado efecto cascada, es decir, que tras la anulación (...) de los Estatutos, quedan anulados cuantos actos deriven de aquella *como es su modificación parcial*.

Debe insistirse en que no cabe conferir sustantividad propia a la pretendida modificación cuando "modificar" en el uso del castellano es reformar algo. Y no

cabe reformarlo lo que no existe por lo que no se da la pretendida independencia respecto unos Estatutos de 81 artículos que recibe nueva redacción en cuatro de sus artículos y a los que se agrega cuatro nuevos apartados que se adicionaban a otros cuatro artículos. Anulada la inscripción de los Estatutos originarios no cabe pretender la incorporación al Registro de una modificación parcial.

Estamos ante un claro ejemplo en que la invalidez (...) se comunica a la posterior aprobación de modificación estatutaria, siendo innegable la relación de causalidad entre la modificación de los Estatutos y los Estatutos primigenios. Aquella invalidez repercute, por tanto, en la validez de la pretendida modificación (...) Lo esencial es que no podía modificarse lo que no existía.

Si esa es la solución del TS para reglamentos ordinarios, con mayor razón hay que aceptarla para las modificaciones de planes que, como hemos dicho, serán irracionales y estrambóticas separadas del resto de las determinaciones del plan que dejan intactas.

Y es la solución acogida ya precisamente para planes de urbanismo por la STSJ de Madrid 181/2000, de 2 de marzo (recurso 878/1995; JUR/2000/304445). Resuelve un recurso contra una Modificación de PGOU aprobada en 1995 en un caso en el que el PGOU modificado había sido anulado por sentencias devenidas firmes en 1998. Y el TSJ lacónicamente dice:

Gozando de la condición de disposición general los Planes de Ordenación Urbana, la eficacia de la declaración de nulidad del Plan General de 1991 se retrotraerá al mismo instante de haberse dictado y, en consecuencia, comportará igualmente la nulidad de las sucesivas modificaciones del mismo, como la que aquí nos ocupa.

Quizá en algún caso quepan excepciones; por ejemplo, si la modificación encaja perfectamente con el plan revivido que, en realidad, era a ese respecto idéntico al anulado y si, desde luego, los vicios del plan originario no se dan en la modificación. Pero rarísima vez esas excepciones serán admisibles y seguramente no concurren en el caso de la modificación del PGOU de Marbella aprobada por Orden de la Consejería de 6 de agosto de 2012 que cambió para tres ámbitos (La Gitana, Lomas del Río Verde y Hacienda Cortés) su delimitación, número de viviendas y reservas para viviendas protegidas.

similares argumentos invoca el TS para considerar nulos los textos en que se refunde un plan anulado.

Ahora bien, afirmar que la modificación de un plan declarado nulo es también nula no dice todavía nada sobre si procede y es necesaria una declaración específica de esa nulidad (y cuál es el cauce para conseguirla) o si todos, incluyendo el propio Ayuntamiento, pueden prescindir sin más de esa modificación sin necesidad de un pronunciamiento formal de tal nulidad.

3. Efectos sobre los actos administrativos de aplicación del plan anulado

a) Punto de partida: validez o invalidez (con nulidad o con anulabilidad) de los actos de aplicación del plan anulado

En puridad, las consecuencias de la declaración de nulidad de un reglamento o de un plan sobre los actos dictados en su aplicación durante el periodo de su aparente vigencia, dados los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, habrían de ser éstos:

- Si el acto encontrase cobertura plena en otra norma distinta de la anulada (por ejemplo, directamente en la Ley; o en un reglamento o plan superior; o en el reglamento o plan redivivo) podría ser considerado válido. Tendría, acaso, un defecto de motivación en tanto que hubiera invocado la norma anulada y debiera haber invocado otra; pero eso normalmente no se considerará vicio invalidante, al menos, no en este tipo de supuestos. En nuestro caso, habrá invocado el PGOU de 2010 pero el PGOU de 1986 también le daría cobertura suficiente y permitiría sostener su validez; o quizá -muy rara vez- pudiera darle cobertura directamente la LOUA o, incluso, un plan de ordenación territorial.

- Si el acto perdiese su fundamento porque sólo se lo daba la norma anulada (en nuestro caso el PGOU de 2010), no sería conforme con el ordenamiento jurídico. Daría igual que además contradijera lo dispuesto en la norma que realmente estaba vigente, o

sea, la que infructuosamente intentó derogar la anulada (en nuestro caso el PGOU de 1986); aunque esto no se produjera, el acto habría perdido su fundamento y consecuentemente sería ilícito. Por tanto, ese acto devendría inválido (en realidad, lo sería desde su origen). Su grado de invalidez dependería de si ahora, prescindiendo de la norma anulada que lo fundamentó, sus vicios encajasen en alguno de los supuestos del art. 47.1 LPAC, en cuyo caso sería nulo de pleno derecho, o no encajase en ninguno de ellos, en cuyo caso sería sólo anulable. Como normalmente se admite que la regla general en nuestro Derecho es la anulabilidad de los actos administrativos viciados, partiendo de esa regla general, lo mismo habría que decir de la invalidez de los actos ilícitos por anulación del reglamento o plan que les daba sustento. Por tanto, como regla general serían anulables y sólo en algunos casos nulos de pleno derecho.

Es todo esto lo que mantiene la doctrina dominante. También lo que acepta el TS.

Desde luego, admite que los actos dictados en aplicación del reglamento o plan anulado pueden ser válidos. Lo explica la STS de 30 de enero de 2014 (casación 3045/2011; Ar. 802): "... puede suceder que el acto de aplicación (por ejemplo, el otorgamiento de una licencia) pudiera encontrar todavía una cobertura propia, si no en la norma (o el plan) de la que directamente procede y a cuyo socaire se aplica, acaso en alguna otra norma asimismo integrante del mismo ordenamiento jurídico. De esta manera, podría justificarse la falta de comunicación a los actos posteriores de las consecuencias anudadas a la anulación de la norma reglamentaria bajo cuya cobertura se dictan aquéllos". Y lo ejemplifica la STS de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626). Esta sentencia mantuvo una serie de actos de gestión (proyecto de urbanización, de reparcelación, cuotas...), pese a que se basaban en un plan anulado, porque eran firmes. Pero lo que ahora interesa es que también los mantiene porque, aunque anulado el plan parcial que ejecutaban, encontraban cobertura en el planeamiento general, en concreto en unas Normas Subsidiarias: "la nulidad no alcanza a las previsiones del planeamiento general (...) es decir, se mantiene para las actuaciones desarrolladas en ejecución del planeamiento de desarrollo la cobertura que directamente otorga este instrumento urbanístico de carácter general".

Y para los casos en que no se sostenga la validez, no se afirma siempre la nulidad de pleno derecho. Dice la STS 1997/2016, de 6 de septiembre (casación 3365/2014; Ar. 5776) "... no siempre será la nulidad (...) la respuesta procedente respecto de los actos dictados en aplicación de una disposición nula". La respuesta más completa está en la STS, ya añosa pero que conserva plena validez y constituye referencia obligada, de 12 de julio de 1991 (recurso 5740/1990; Ar. 5594). Explica que en relación con los actos de aplicación de un reglamento anulado "pueden darse las siguientes hipótesis: 1) que los actos incurran en alguno de los casos de nulidad absoluta...; 2) que los actos sean anulables por infracción manifiesta de la Ley...; 3) que los actos sean anulables pero no incurran en la comentada infracción manifiesta, supuesto en que la Administración, y sólo ella, puede declararlos lesivos y proceder a su impugnación contenciosa...; y 4) que los actos sean válidos y legales, en cuyo caso quedarán plenamente subsistentes".

Todo lo anterior llevaría en nuestro caso a la siguiente situación: los actos administrativos municipales dictados en aplicación del PGOU de 2010 antes de que el TS declarase su nulidad serían en unos casos perfectamente válidos (sobre todo, si encontrasen fundamento suficiente en el PGOU de 1986), en otros anulables y en algunos tendrían vicios de nulidad de pleno derecho si es que, prescindiendo del PGOU de 2010, el acto incurre en alguna de las causas del art. 47.1 LPAC. Habría que analizar caso por caso para adscribirlos a una u otra situación pero, en principio, cabe mantener, conforme a la más estricta ortodoxia, que sólo excepcionalmente serán nulos de pleno derecho, es decir, que serán simplemente anulables.

b) Las normas que matizan ese punto de partida. En especial el artículo 73 LJCA

Cuanto acabamos de exponer como consecuencia pura de la aplicación de la nulidad dominante está matizado por el art. 73 LJCA.

En parte una idea similar lucía ya en el art. 120.1 LPA/58. En su regulación de los recursos administrativos -téngase en cuenta que entonces cabían recursos

administrativos directos contra reglamentos" ese art. 120.1 disponía que "la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma". Pero aunque, en efecto, había una salvedad en favor de los actos firmes, como en el art. 73 LJCA, aparecía en el contexto de una asimilación de la declaración de nulidad a la derogación de la que ya no quedan ni vestigios.

No existía nada semejante en la LJCA de 1956 para los recursos contencioso-administrativos contra reglamentos. Pero los tribunales entendieron que la regla del art. 120.1 LPA/58 también era aplicable en este ámbito y que determinaba los efectos de sus sentencias anulatorias de reglamentos y planes. Es más, está ahí el origen de la jurisprudencia que todavía hoy se mantiene y acaso el de algunos equívocos a los que daba pábulo esa referencia a la "derogación". Lo cierto es que todavía en la actualidad se siguen dictando sentencias que recuerdan aquel art. 120.1 LPA/58 y que alegan las sentencias que lo aplicaron, lo parece una erudición que no contribuye a la claridad ni al correcto enfoque.

Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su redacción originaria no contenía ninguna regla al respecto, lo que en realidad era resultado de que no preveía ni recursos administrativos ni revisiones de oficio contra reglamentos. Pero tras su reforma por Ley 4/1999, al hilo de su regulación de la revisión de oficio, paso a decir en su art. 102.4: "Las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda (...); sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, *subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma*".

Exactamente lo mismo y en idénticos términos aparece ahora en el art. 106.4 LPAC.



Por otro lado, en el texto regulado de la Ley de Haciendas Locales precepto que, con algún matiz, refleja la misma idea. En concreto, su art. 19, rubro “recurso contencioso-administrativo”, dice en su apartado 2:

Si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados acuerdos locales o el texto de las ordenanzas fiscales, la entidad local obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que a cabo con posterioridad a la fecha en que aquella le sea notificada. Si expresamente lo prohibiera la sentencia, *se mantendrán los actos firmes consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente anulada o modificada.*

Una primera idea debe destacarse de ese origen en la LPA de 1958 permanencia ahora en el art. 106.4 LPAC: esta salvedad en favor de los actos firmes es peculiar de las sentencias anulatorias de reglamentos y planes sino común a la pronunciamiento de nulidad de reglamentos y planes, aunque se contenga, no en sentencia, sino en una resolución administrativa. Además, no se proyecta sólo sobre procesos sino también sobre todo género de relaciones jurídicas. Así que, propiamente hablando, aunque se contenga en una ley procesal, como es la LJCA, no es una ley procesal sino jurídica sustantiva.

Por otra parte, tanto antes como después del art. 73 LJCA, los tribunales que se trata de una moderación de la eficacia *ex tunc* de los pronunciamientos de nulidad, de una regla que “atempera” esa eficacia retroactiva por razones de seguridad jurídica (por tanto, ancladas en el art. 9.3 CE) de las declaraciones de nulidad judiciales o administrativas. Esa justificación en el principio constitucional de seguridad jurídica es crucial.

c) Distinción entre actos sancionadores y el resto de actos; y distinción entre actos firmes y no firmes; precisiones sobre esos conceptos

Las correcciones o matizaciones del art. 73 LJCA se establecen sobre una clara diferenciación: actos sancionadores y no sancionadores; y para estos últimos distinción entre firmes y no firmes.

La afectación de la nulidad de un reglamento o plan es distinta según se trate de actos sancionadores o de otro género. Si se trata de actos sancionadores lo importante, además de que la anulación produzca efectos favorables para el sancionado (que la anulación comporte “la exclusión o la reducción de la sanción”), es si están o no completamente ejecutados, no si son firmes o no lo son. Lo desarrollaremos luego. Lo que ahora conviene señalar es que en ocasiones no es fácil saber cuándo se está ante un acto sancionador y cuándo ante un acto que, aun siendo perjudicial o de gravamen, no tiene naturaleza sancionadora. Esto, que es presupuesto necesario para abordar muy distintos problemas, también tiene que tomarse en consideración para aplicar correctamente el art. 73 LJCA. Aquí sólo procede decir que el problema es más simple y está prácticamente resuelto en el Derecho urbanístico: sanciones son sólo las multas y las medidas complementarias (en la LOUA, por tanto, las referidas en sus arts. 208 y 209); pero no son sanciones, aunque sean incluso más gravosas, las medidas de restablecimiento de la legalidad o las de ejecución forzosa, incluidas las multas coercitivas.

Para los actos administrativos no sancionadores su distinción entre los firmes y no firmes hace oportuna algunas precisiones.

Ningún acto administrativo es firme por su propia naturaleza; ninguno nace firme; sino que se convierte en firme, deviene firme o gana firmeza -expresiones todas ellas empleadas y sinónimas- por circunstancias posteriores a su producción. En concreto, por una de estas tres: a) porque no fue recurrido en plazo; b) porque fue objeto del pertinente recurso administrativo pero, desestimado ese recurso, no se interpuso en plazo recurso contencioso-administrativo contra esa resolución del recurso administrativo; y c) porque el acto fue objeto de recurso contencioso-administrativo pero fue desestimado por sentencia irrecurrible desde el principio o por el transcurso del plazo para recurrirla.

Lo primero que es capital afirmar radicalmente es que la declaración de nulidad del reglamento o plan no reabre los plazos para impugnar los actos que lo aplicaron; no cabe volver a contarlos desde esa declaración de nulidad. Es decir, que el acto que




devino firme con anterioridad a la anulación del reglamento o plan, firme se queda, y que el acto que todavía no había alcanzado firmeza cuando se anuló el reglamento o plan que aplicó alcanzará su firmeza contando los plazos de recurso desde que se notificó tal acto sin que influya nada la fecha de la resolución anulatoria del reglamento o plan.

Lo segundo que hay que resolver para aplicar o no el art. 73 LJCA es si este precepto exige que la firmeza se haya ganado en algún momento determinado. No lo exige. Sólo dice que ha de tratarse de actos “administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación ganara efectos generales”. Por tanto, el acto en cuestión ha de ser anterior a que la sentencia anulatoria del reglamento o plan alcanzara efectos generales (momento éste que luego precisaremos). Pero no exige el art. 73 LJCA que el acto haya ganado firmeza antes de ese momento. En consecuencia, siendo el acto anterior a los efectos generales de la sentencia anulatoria del reglamento o plan, es indiferente que también hubiese devenido firme antes de ese momento o que gane firmeza después. Aplicándolo a nuestro caso y ejemplificándolo con licencias: quedan protegidas de los efectos aniquiladores de la nulidad por el art. 73 LJCA las licencias que se otorgaron por el Ayuntamiento de Marbella antes de que la STS anulatoria del PGOU de 2010 tuviera efectos generales, ya alcanzaran tal firmeza antes o después de ese momento. Y esto concuerda con lo que dijimos antes: si hubo un acto administrativo de aplicación del plan que cuando éste fue anulado con efectos generales podía todavía ser recurrido (o sea, que a la sazón no era firme) pero no se recurrió en lo que quedaba del plazo, devino firme y protegido por el art. 73 LJCA.

La tercera observación deriva del hecho de que la firmeza de un acto depende de que fuese correctamente notificado a los sujetos legitimados para impugnarlo. Si no fue así, ni el acto, aunque antiguo, será firme ni, por ende, estará protegido por el art. 73 LJCA. Exponente de ello es la STSJ de Madrid 440/2014 de 1 abril (JUR\2014\1504): un sujeto pidió que se anulara una providencia de apremio como consecuencia de que la Ordenanza en que se basaba su deuda había sido judicialmente anulada; frente a ello, el Ayuntamiento alegó el art. 73 LJCA; y la Sala madrileña contestó que no era de aplicación el art. 73 LJ porque no había acto firme ya que no fue correctamente

notificado. No podemos entender como firmes y consentidas en este caso las liquidaciones de las que traen causa los apremios aquí impugnados porque no consta en autos que tales liquidaciones fueran notificadas... Así pues, cuando se dictó por el Tribunal Supremo (...) la sentencia firme que confirmó la declaración de nulidad (...) de la Ordenanza de autos, las liquidaciones no podían considerarse firmes y consentidas por no haber sido previamente notificadas y por ser susceptible, en este caso, de invocarse su nulidad de pleno derecho como causa de impugnación de sus apremios".



La cuarta observación deriva del hecho de que un acto alcanzará firmeza para uno u otro sujeto según la fecha en que a cada uno se le notificó y de la concreta acción que ejerza. Así que un acto puede ser firme para un sujeto y no para otro. En el urbanismo esto tiene una virtualidad mayor al existir la llamada acción pública que en muchos supuestos tiene un plazo de ejercicio superior al ordinario (actualmente lo recoge el art. 62.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2015 según el cual, cuando esté motivada por la ejecución de obras ilegales, podrá ejercitarse hasta que transcurra el plazo en el que pueden adoptarse medidas de protección de la legalidad urbanística). Así las cosas, puede suceder que una licencia ilegal, aunque fuese notificada correctamente a todos los que debieron ser notificados y aunque para todos ellos alcanzó firmeza, sea todavía impugnable mucho después por el actor público que no fue notificado ni tuvo conocimiento de aquella licencia. La cuestión es ¿será un freno al ejercicio de esta acción pública el art. 73 LJCA? ¿Lo será una vez que hayan transcurrido los plazos ordinarios de impugnación o sólo cuando se hayan superado los plazos muchos más extensos previstos para la acción pública por el art. 62.2 TRLS 2015?. No es una pregunta que se pueda responder con absoluta certeza ni que los tribunales hayan abordado. Pero, en principio, parece lo más razonable considerar (aunque no cabe excluir como absolutamente infundada postura distinta) que habrá que estar a los plazos normales de los recursos ordinarios. De lo contrario, teniendo en cuenta la amplitud de la acción pública y que los periodos durante los cuales la Administración puede reaccionar contra ilegalidades son extensos o incluso inexistentes, nos encontraríamos que el art. 73 LJCA no protegería en realidad a ningún acto dictado en virtud de planes anulados ni preservaría la seguridad jurídica que es a lo que aspira.

A todo lo anterior todavía conviene añadir que el silencio administrativo negativo nunca es asimilable a un acto firme porque realmente ni siquiera es un acto administrativo y porque siempre cabe recurso contra él. Así que, por seguir con un ejemplo sobre licencias, si contra una de ellas se interpuso recurso de reposición y no fue resuelto, aunque se haya producido el silencio negativo, no habrá acto firme de ningún género ni, consiguientemente, aplicación del art. 73 LJCA.

Hechas estas precisiones veamos ahora el significado y alcance de las correcciones que en las ideas generales ya expuestas introduce el art. 73 LJCA. Lo haremos refiriéndonos primero al supuesto general de los actos no sancionadores; y después nos ocuparemos de los sancionadores.

d) Efectos para los actos administrativos no sancionadores y no firmes de aplicación del plan anulado

Si no eran firmes y ya habían sido objeto de impugnación antes de la declaración de nulidad de la norma o son impugnados después de ésta porque todavía se está en plazo de hacerlo quedan sometidos fielmente y sin matices ni excepciones a las reglas que hemos que hemos expuesto. O sea, que serán válidos, anulables o nulos según lo que resulte de su confrontación con el ordenamiento jurídico prescindiendo ya del reglamento o plan anulado.

El art. 73 LJCA no altera nada de ello: al contrario, en cuanto sólo señala una excepción para los actos firmes queda claro que los no firmes permanecen en la regla general sin que el art. 73 LJCA alce ningún obstáculo. Por tanto, dentro de lo que sea objeto de cada proceso, deberán ser confrontados con el ordenamiento (incluyendo el reglamento o plan revivido y prescindiendo de la norma anulada que ha quedado expulsada *ex tunc* del ordenamiento) y concluir si son válidos o si no lo son: en el primer caso se desestimaré el recurso y en el segundo se estimará. A estos efectos poco importa, en realidad, que el vicio sea de nulidad o de anulabilidad. Tampoco importa que cuando la Administración dictó el acto aun no hubiese recaído la sentencia

anulatoria del reglamento o plan. Si el acto estaba recurrido y antes de resolverse ese recurso se anula el reglamento, esta nulidad del reglamento deberá ser tomada en consideración aunque no hubiera podido ser conocida por la Administración cuando realizó la actuación impugnada.

En esos procesos (o eventualmente, si ante ello se está, en los procedimientos para resolver recursos administrativos o revisiones de oficio) la sentencia anulatoria del reglamento o plan desplegará los efectos prejudiciales de la cosa juzgada; o sea, que habrá que partir de la premisa indiscutible de la nulidad del reglamento o plan y, a partir de ahí, resolver la pretensión que se plantee: si es sólo la nulidad del acto de aplicación, habrá que estimarla o desestimarla sobre esa base y sobre las reglas expuestas decidir si el acto es inválido; si hubo otra pretensión (reconocimiento de una situación jurídica individualizada, de una indemnización, etc.) habrá que resolver sobre iguales bases. Y puede que se trate de recursos indirectos, esto es, contra actos pero basándose precisamente en la ilegalidad e invalidez del reglamento o plan que aplicaron: como en el supuesto que analizamos la nulidad del reglamento o plan ya está resuelta, se tratará sólo de dilucidar la del acto de aplicación y no será procedente pronunciarse otra vez sobre la del reglamento o plan (ni, en su caso, plantear cuestión de ilegalidad).

Lo dicho vale para todo tipo de actos no firmes de ejecución del plan anulado (salvo los sancionadores), ya sean licencias, proyectos de urbanización, estatutos y bases de actuación de juntas de compensación, proyectos de compensación o reparcelación, liquidaciones de cuotas... También, por supuesto, órdenes de restablecimiento de la legalidad o actos de legalización de edificios inicialmente ilegales. De esto último se ocupó la STS de 23 de noviembre de 1999 (casación 2278/1994; Ar. 9767) ante una legalización *a posteriori* de 120 viviendas, legalización que se hizo en virtud de un plan después anulado. La sentencia simplemente afirma que procede su anulación como en todos los casos de "actos que no hayan obtenido firmeza, al estar pendiente de resolución un recurso interpuesto contra ellos...". Tiene interés recordarlo porque, desde luego, lo mismo habría que decir de las resoluciones con las que eventualmente hubiesen terminado los procedimientos de normalización previstos en el PGOU marbellí de 2010 en tanto que hubiesen sido recurridos en tiempo.

Ahora bien, esos actos no tienen que ser impugnados. Si no lo son (y si no lo son en plazo) devendrán firmes con las consecuencias inherentes a ello. De nada de lo expuesto -ni tampoco de una supuesta interpretación *a contrario* del art. 73 LJCA- se desprende que los actos administrativos no firmes que aplicaron el plan anulado haya que entenderlos inválidos automáticamente y que la Administración o los particulares puedan prescindir y desentenderse de ellos sin mediar ninguna declaración que pronuncie su nulidad (si son considerados nulos de pleno derecho) o los anule (si se consideran anulables). Si ya estaban impugnados y sólo se está pendiente de resolución judicial o administrativa, nada hay que añadir. Pero si no estaban impugnados y todavía se está en plazo para ello, habrá que impugnarlos. Y si no se hace así devendrán firmes y consentidos por mucho que ahora haya fundamentos sólidos para pensar que son anulables o incluso nulos al faltar el reglamento o plan que les daba sustento. Por tanto, lo que aporta a este respecto la sentencia anulatoria del reglamento o plan es un fundamento en el que basar el recurso que proceda y la resolución que en respuesta se dicte; un fundamento, además, incuestionable por la cosa juzgada. Pero el recurso y la resolución de éste serán necesarios. No hay ninguna razón para negar a esos actos su presunción de validez, ejecutividad y ejecutoriedad. Al contrario, lo que hemos expuesto, en tanto que demuestra que todavía es posible que el acto sea válido (por encontrar una cobertura en otra norma) o que sea anulable, justifica que sólo con una declaración formal de nulidad o con una anulación se destruya su presunción de validez, su ejecutividad y su ejecutoriedad. Y esto lo tiene declarado el TS: por ejemplo, en su sentencia de 7 de marzo de 2012 (casación 4941/2009; Ar. 4907) se lee: "cualquier pronunciamiento al respecto requerirá la impugnación de los concretos actos de aplicación". Por ejemplificarlo para nuestro caso, las licencias que otorgara el Ayuntamiento de Marbella poco antes de anularse el PGOU de 2010, si no fueron impugnadas -e impugnadas con éxito- en plazo hay que seguir considerándolas válidas y eficaces.

e) Consecuencias para los actos administrativos no sancionadores firmes de aplicación del plan anulado

- El acto administrativo firme que sobrevive a la anulación de la norma que aplicó es eficaz como si fuese válido; consecuencias para las actuaciones administrativas posteriores: posibilidad de nuevos actos para hacer ejecutivo aquél

El acto que por esa razón de seguridad jurídica pervive incólume no es que sea propiamente un acto sin vicios, un acto válido porque no se le contagien los vicios de la norma que aplica. Es sencillamente un acto que, aunque con vicios (y, por tanto, un acto ilegal), será mantenido como válido o como si fuese válido. Por eso lo que se preserva, como dice acertadamente el art. 73 LJCA, es su "eficacia" (no afectará "a la eficacia", dice).

Y si se preserva su eficacia no es sólo que no se deba anular sino que se debe cumplir y que, si no se cumple, se deberá imponer su cumplimiento, en su caso, por ejecución forzosa. Así que, caso de incumplimiento por el particular al que ese acto imponga una conducta, la Administración podrá proceder por ejecución forzosa sin que quepa oponerle los vicios del acto ejecutado basados a su vez en la nulidad de la norma aplicada. Dicho de otra forma: ni cabrá atacar al acto declarativo ni a los actos de ejecución (providencia de apremio y subsiguientes, acuerdo de ejecución subsidiaria, multas coercitivas...) para llevar a la realidad aquél. Y si alternativamente el acto en cuestión comportaba deberes para la propia Administración el particular beneficiado podrá exigirle el cumplimiento (incluso por la vía del art. 29 LJCA) sin que la Administración pueda oponer una excepción de nulidad del acto: su pretensión deberá ser estimada sin que quepa invocar en contra la nulidad de la norma de origen.

Todavía hay más y muy importante: no se trata sólo de la validez de los actos para la pura ejecución de aquel acto firme sino también de todos aquéllos encaminados a su eficacia en su sentido más amplio. Aquel acto salvado por el art. 73 LJCA debe ser tomado como referencia necesaria y en cualquier caso eficaz para cualquier otra decisión que pretenda tomar la Administración. Esto es, que en todos sus actos posteriores la Administración debe partir de ese acto como si fuese válido y proceder en consecuencia. Piénsese en una licencia de obras y en todos los actos que deben partir de la existencia de esa licencia; en la aprobación de un proyecto de urbanización y en todos

los actos que han de partir de esa aprobación, etc. Concretaremos esta idea para los distintos supuestos que se plantean. Digamos sólo por ahora que lo contrario conduciría a la inutilidad absoluta de la preservación de actos firmes que consagra el art. 73 LJCA: tendríamos un acto que se salva de la aniquilación pero que no serviría para nada.

Así que esta pervivencia de la eficacia de los actos firmes dictados en ejecución de la norma anulada hace que incluso sean posibles nuevas actuaciones administrativas (típicamente, nuevos actos administrativos) que encuentran fundamento en aquéllos y en el art. 73 LJCA, aunque ya no en la norma anulada.

Desde luego, el art. 73 LJCA y su jurisprudencia no es específica sobre la anulación de planes de urbanismo sino aplicable, y hasta más naturalmente, a la anulación de reglamentos propiamente dichos. Un ejemplo ilustrativo y radical suministran las SSTs de 27 de noviembre de 2012 (casación 398/2012; Ar. 11021) y de 26 de septiembre de 2014 (casación 4042/2013; Ar. 5764). Se había anulado un plan de estudios universitarios en cuanto a la denominación "graduado o graduada en Ingeniería de Edificación" y el tribunal de instancia decretó además la invalidez de cuantos títulos universitarios se hubieran expedido con esa denominación. Pero el TS, tras afirmar que un plan de estudios es una norma reglamentaria, aplica el art. 73 LJCA y considera que no procede anular los títulos, de graduado en Ingeniería de la Edificación, ya expedidos y firmes.

Pero aunque propio de la anulación de cualquier reglamento, lo cierto es que en especial y por lo que aquí importa se aplica ante la anulación de planes de urbanismo. De ello nos ocuparemos ahora distinguiendo distintos géneros de actos.

- En particular, consecuencias para las licencias firmes otorgadas en aplicación del plan anulado. Licencias de ocupación de edificios con licencias de obras firmes. Edificios fuera de ordenación

Supuesto muy típico es el de las licencias otorgadas al amparo del plan anulado. Por no remontarnos más lejos, buena referencia ofrece la STS de 12 de febrero de 2008

(casación 5955/2005; Ar. 1865). Se anuló por sentencia un Estudio de Detalle, pero antes se había otorgado licencia y se estaba construyendo un edificio. Quien en su momento recurrió contra el plan pidió que en ejecución de la sentencia anulatoria que se declarase "la falta de vigencia de la licencia" y se suspendieran las obras. Pero para la sentencia reseñada, si la licencia se concedió antes de la sentencia anulatoria y ha devenido firme, la nulidad del plan no le afecta. Recuerda la jurisprudencia según la cual "la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes". Y añade: "Del art. 73 LJCA se deduce inequívocamente que la sentencia que anuló el Estudio de Detalle (...) no conlleva por sí misma la anulación de los actos firmes derivados de él". En el caso dice que "la licencia es anterior a la (sentencia que anuló el plan), no consta que haya sido impugnada, será, en consecuencia, firme, y entra de lleno en la reserva del art. 73 LJCA". Muy similar es la STS de 19 de junio de 2009 (casación 5491/2007; Ar. 5785): también aquí una sentencia había anulado un Estudio de Detalle y, con esa base, se pedía en ejecución de la sentencia anulatoria del plan que se anulase la licencia otorgada y se demoliese el edificio; pero la sentencia, atendiendo a que aquella licencia ya era firme, rechaza la pretensión. Como la pretensión se ejercitaba en la ejecución de la sentencia anulatoria del plan, dice: "... de conformidad con una reiterada línea jurisprudencial (...) obvio es que la ejecución de la sentencia que nos ocupa no puede extenderse a la demolición del edificio (...) al encontrarse el mismo construido al amparo de una licencia de obras firme y no impugnada". Entre las más recientes citemos la STS 6/2017, de 16 de diciembre de 2016 (Ar. 137 de 2017): anulado un Plan Especial e indirectamente algunas determinaciones del planeamiento general, los recurrentes promovieron incidente de ejecución de sentencia pidiendo la demolición de 59 viviendas construidas en virtud de esos planes y subsidiariamente que el Ayuntamiento convirtiera otro suelo residencial en suelo de equipamiento para compensar el incremento de población. Tanto el TSJ como luego esta STS declararon no haber lugar a la ejecución en los términos solicitados pues ello iría más lejos de lo decidido en la sentencia y porque sería contrario a la jurisprudencia según la cual la anulación de planes no afecta a licencias firmes.

Esto es lo que hay que afirmar respecto a las licencias que concediera el Ayuntamiento de Marbella al amparo y en aplicación del PGOU de 2010 con anterioridad a su anulación y que hayan devenido firmes.

Por tanto, si esas licencias firmes subsisten y con plena eficacia, lo realizado a su amparo debe ser tratado como lícito. Apliquémoslo a las licencias por antonomasia, las de obras: si la licencia de obras firme queda incólume, el edificio construido a su amparo debe ser considerado lícito y, por tanto, susceptible de ocupación y de usos lícitos. De modo que al decidir después sobre el otorgamiento de una licencia de ocupación habrá que partir necesariamente de la licencia de obras como si fuese perfecta y plenamente válida. Acaso quepa denegar la licencia de ocupación por otra razón, pero no por la invalidez de la licencia de obras que mantiene su eficacia y, consiguientemente, su presunción de validez y su ejecutividad.

Y lo afirmado para las licencias de ocupación vale *mutatis mutandis* para el otorgamiento de las licencias de obras de conservación, reforma... que deberán de partir de la inicial licencia de obras como si fuese plenamente válida.

Lo que sí es posible -y más que probable- es que la construcción realizada al amparo de esa licencia sea disconforme con el Plan que ha revivido. Pero entonces lo lógico es considerar que queda en situación de fuera de ordenación; no de asimilado a fuera de ordenación, sino verdaderamente en situación de fuera de ordenación. Y, por tanto, debe dársele el régimen jurídico correspondiente a esa situación que, en tanto que la LOUA lo remite en gran medida a las determinaciones de los planes, podrá ser objeto de regulación por una futura revisión del PGOU. Ello permitirá (e incluso obligará), con las limitaciones en cada caso aplicables, otorgar nuevas licencias de ocupación, cambio de uso, obras de conservación... Pero ello no resta un ápice a lo aquí sostenido. Al contrario. Supone darle el mismo trato que a una licencia de obras perfectamente legal que después resulta disconforme con un nuevo plan.

- En particular, consecuencias para los actos administrativos de legalización firmes dictados en aplicación del plan anulado. Edificios fuera de ordenación



Naturalmente, cuanto acabamos de decir para las licencias firmes hay que extenderlo en los mismos términos a los actos administrativos de legalización dictados en aplicación del plan anulado. A fin de cuentas esas legalizaciones (normalmente de edificios que nunca contaron con licencia) entrañan la concesión de una licencia *ex post*. Incluso se materializan y exteriorizan como un otorgamiento de licencia con la única singularidad de producirse *a posteriori*. Siendo así, no hay más remedio que dar a esas legalizaciones firmes el mismo trato que a las puras licencias firmes. Aquellas legalizaciones, por tanto, se benefician en igual medida del art. 73 LJCA. De modo que si, bajo la vigencia de un plan y por su conformidad con él, se legalizó una obra u otra actuación y si el acto que acordó esa legalización ha devenido firme permanecerá incólume ante la anulación del plan que aplicó.

Lo mismo hay que decir de las llamadas por el PGOU marbellí de 2010 normalizaciones o regularizaciones que, a fin de cuentas, aunque con algunas peculiaridades, pertenecen al género de las legalizaciones.

Para todos estos casos, consiguientemente, procede reiterar lo dicho sobre la situación de fuera de ordenación en que quedarán las correspondientes edificaciones y sobre la posibilidad de, con las limitaciones en cada caso aplicables a ese régimen, otorgar nuevas licencias de ocupación, cambio de uso, obras de conservación...

- En particular, consecuencias para los actos administrativos de gestión del plan anulado. Matizaciones jurisprudenciales; en especial, los actos expropiatorios

Pero esta jurisprudencia no se circunscribe a las licencias. Igualmente se ha aplicado a los actos de gestión como los proyectos de urbanización, los proyectos de reparcelación o compensación, los estatutos de juntas de compensación, las cuotas giradas, etc. Todos ellos, aunque se hayan producido en virtud de un plan anulado, si son firmes se mantienen a salvo.





Entre las muchas sentencias que así lo declaran es oportuno recordar la del TS de 26 de abril de 1996 (Ar. 5282) por producirse en recurso de casación en interés de la ley (nº 2737/1993). En el caso se trataba de la anulación de ciertas normas urbanísticas de Sevilla, anulación en cuya virtud se pidió y se concedió por la sentencia de instancia la devolución de lo pagado en virtud de una reparcelación. La sentencia recurrida negó que la firmeza del acto que impuso el pago fuese un freno porque las normas urbanísticas habían sido anuladas por razones sustanciales y no meramente formales "por lo que los actos firmes individuales dictados en aplicación de tales normas no están legitimados y su exigencia ya no tiene base alguna". El TS rechazó categóricamente ese argumento. Dijo que "aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho (...) produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica (...) se encuentra atemperada por el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en el que con indudable aplicabilidad tanto en los supuestos de recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula (...) 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». Y así declaró "gravemente dañosa y errónea la doctrina y conclusión a que se llega en la sentencia objeto del presente recurso, y con estimación del mismo, debe establecerse como doctrina legal, que la estimación de un recurso interpuesto contra una disposición general -en el presente caso, determinadas Normas de un Plan General de Ordenación-, en cuanto implique la declaración de nulidad de aquella y su derogación, sin distinción del motivo que sirvió de fundamento para tal declaración, no afectará a los actos firmes dictados en aplicación de la misma, los cuales permanecerán subsistentes".

Muy similar es la STS de 30 de octubre de 2000 (Ar. 9032) que resolvió una casación para la unificación de doctrina (nº 6473/1994). De nuevo se trataba de una petición de devolución de lo pagado como liquidación a cuenta de una reparcelación

economica practicada en virtud de unos preceptos del PGOO de Madrid declarados nulos por sentencia y de nuevo el tribunal de instancia había estimado esa pretensión. Pero esta STS, en aplicación del art. 120 LPA/58, reitera “la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación”. Incluso aclara que ello también se produce ante una “liquidación provisional” porque era un acto impugnabile y su falta de impugnación determinó su firmeza, con independencia de que después la liquidación definitiva también fuese impugnabile por otras razones.

Esta jurisprudencia, que ahora cuenta con el apoyo explícito del art. 73 LJCA, se ha consolidado. Entre las muestras más recientes citemos éstas:

- STS de 19 de junio de 2013 (casación 2713/2012; Ar. 5629) que decía que la anulación “de un Plan previo (...) no hace devenir la nulidad automática de los instrumentos aprobatorios de la gestión, pues, para acordarla, habrá de seguirse el trámite del artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con audiencia de las personas que puedan verse afectadas por la ejecución, singularmente las entidades urbanísticas...”. Y “... puede operar el artículo 73 LJCA...”.

- STS de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626). Se enfrenta con un caso en el que, en ejecución de la sentencia anulatoria de un plan, se pedía la anulación de diversos actos de aplicación; en concreto, entre otros, de un proyecto de reparcelación (que había sido confirmado por sentencia), de un proyecto de urbanización (que no se recurrió en tiempo) y de la liquidación de la cuota de urbanización (tampoco impugnada en su momento), así como la devolución de ésta. La sentencia, tras reproducir otras y distinguir entre los efectos de la nulidad de un plan sobre los planes que lo desarrollaron y sobre los actos administrativos que lo aplicaron, añade que “la eficacia expansiva de la nulidad ha de matizarse, en cambio, cuando se trata de actos de aplicación dictados en el desarrollo de una norma reglamentaria. En estos supuestos, en virtud del art. 73 LJCA, la declaración de nulidad de la norma reglamentaria comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, a salvo, sin embargo, que dichos actos sean anteriores -esto es, se hayan dictado antes de que la

anulación de la norma general produzca efectos generales- y hayan ganado firmeza - porque sus destinatarios no los recurrieron en tiempo y forma o porque, si lo hicieron, resultaron confirmados mediante sentencia firme”.

Sin embargo, hay sentencias que se apartan de esta doctrina y acogen la idea contraria de que la anulación de un plan sí que arrastra la nulidad de estos instrumentos de gestión, aunque hubiesen devenidos firmes.

Así puede verse en la STS de 12 de noviembre de 2010 (Casación 6045/2009; Ar. 8294) que, anulado un Plan Parcial por sentencia, declara en ejecución de esa sentencia la nulidad de los Estatutos de la Junta de Compensación, la constitución de esa Junta, la aprobación del proyecto de urbanización y la del de reparcelación. La verdad es que la sentencia es confusa y que, además, parece que en el caso esos actos de gestión eran posteriores a la sentencia anulatoria del plan por lo que habría bastado ese dato para enervar la aplicación del art. 73 LJCA y haber concluido su invalidez. Pero lo cierto es que apunta unos argumentos que van más lejos y que parecen excluir el freno del art. 73 LJCA para este tipo de actos aunque fuesen firmes:

Interesa destacar que ha de tratarse de actos de aplicación -«que lo hayan aplicado» dice el art. 73- porque en el caso examinado los actos posteriores, que antes hemos citado, no son meros actos de aplicación de una disposición general, sino que añaden una cualidad superior, que son actos dictados en ejecución del propio plan parcial declarado nulo. Si esto es así, no resulta coherente considerar que no adolecen de vicio de invalidez alguna los actos dictados en ejecución de un plan parcial nulo, pues la única invalidez en que puede incurrir una disposición general (...) es la nulidad de pleno derecho.

No estamos, en definitiva, ante un acto firme que carece del soporte normativo que le proporciona la disposición general, sino ante una norma reglamentaria, un instrumento de desarrollo urbanístico, que precisa, para consumarse sus previsiones y llevarse a la práctica sus determinaciones, de una serie de actos posteriores de ejecución.

Esta extraña idea de diferenciar entre actos de aplicación y actos de ejecución, aparece también en alguna sentencia de Tribunales Superiores. Así, la STJ de la Comunidad Valenciana 191/2017 de 23 marzo (JUR\2017\147893) dice:

no es aplicable el art. 73 LJCA (...) porque además no son actos de aplicación, sino que tanto estos como el Proyecto de Reparcelación y Urbanización, aludidos por el apelante, son instrumentos de gestión y ejecución...

La verdad es que en este caso, como en el anterior, ni el proyecto de reparcelación ni el de urbanización eran firmes sino impugnados en su momento por lo que habría bastado esto para su anulación sin contemplaciones y sin que el art. 73 LJCA lo impidiera.

Quede constancia de que hay ahí un extraño argumento para dejar al margen de la permanencia de los actos firmes dictados en aplicación del plan anulado para los prototípicos actos de gestión urbanística. En todo caso debe notarse que, si la nulidad de un plan -típicamente, la de un plan parcial- no arrastra la invalidez del correspondiente proyecto de compensación o reparcelación por el hecho de ser firme, se crea una situación problemática en la medida en que comporta la permanencia de un instrumento adoptado para ejecutar un plan declarado nulo. Y ello con importantes consecuencias en la configuración de las situaciones jurídicas individuales relacionadas con todo el suelo afectado. En un plano dogmático podría quizás replantearse si la naturaleza de ciertas decisiones sobre la gestión (como la aprobación de un proyecto de reparcelación o de un proyecto de urbanización) es realmente la de simples actos administrativos o si están más próximos a los planes de desarrollo para los que, como se explicó más arriba, se mantiene su nulidad como consecuencia de la declaración del plan al que desarrollan sin distinguir entre firmes y no firmes.

Pero sin entrar aquí en ello, lo cierto es que, con la salvedad de esas sentencias aisladas, la jurisprudencia da a todos esos actos de gestión urbanística el trato de actos administrativos que, si ganan firmeza, quedan amparados por el art. 73 LJCA de suerte que quedan indemnes aunque se anule el plan que pretenden ejecutar.

Ahora bien, esta jurisprudencia no prejuzga la cuestión de lo que ocurre con los proyectos de reparcelación o de urbanización cuando se anula el plan que les sirve de soporte, si no existen licencias concedidas. En ese caso hipotético (proyecto de reparcelación o de urbanización respecto de parcelas que no cuentan con licencia o

respecto de las cuales no se iniciarán o continuarán las obras) parece claro que devendrán ineficaces los proyectos al desaparecer la ordenación que les servía de soporte (Véase pág. 163-164).

Todavía en la misma dirección hay que añadir que la solución acogida por los tribunales para las expropiaciones fundadas en planes de urbanismo anulados. Consideran que, anulado el plan en que se sustenta la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, todo el procedimiento expropiatorio y todos sus actos son nulos sin que quepa invocar contra ello el art. 73 LJCA y sin que, por ende, queden a salvo los que devinieron firmes antes de la anulación del plan. Sean o no sean firmes, todos son nulos de pleno derecho. En su caso, si es que ya se realizó la ocupación y si la devolución del bien expropiado resulta imposible, procederá la indemnización, pero ello sin perjuicio de su nulidad. Exponente fiel de esta jurisprudencia es la STS de 23 de junio de 2009 (casación 4806/2005; Ar. 6766). Tras sintetizar la jurisprudencia sobre la repercusión de la anulación de planes de urbanismo en las expropiaciones realizadas para su ejecución, en concreto, por lo que ahora nos interesa, dice:

Tampoco puede compartirse la invocación del art. 73 LJCA cuya aplicación al caso, en cuanto a la no afectación de los actos del procedimiento expropiatorio firmes que se pretende por la parte, resulta contrario a la interpretación que efectúa la jurisprudencia de manera constante en los términos que antes se han expuesto. La anulación del planeamiento que justifica el procedimiento expropiatorio priva al mismo de la *causa expropriandi*...

f) La especificidad de los actos sancionadores: la afectación a las sanciones firmes cuando no estén completamente ejecutadas

Tras la notable excepción para los actos firmes, el art. 73 LJCA establece una excepción a la excepción. Los actos administrativos sancionadores firmes sí que quedan afectados por la anulación del reglamento pero con dos condiciones: primera, que ello beneficie al sancionado; no si le perjudica (sólo si la anulación del reglamento supone "la exclusión o la reducción de las sanciones", dice el precepto); y segunda que las sanciones no estén todavía "ejecutadas completamente".

Por tanto, hay que distinguir según se trate de resoluciones sancionadoras no firmes o firmes; y, dentro de éstas, hay que diferenciar dependiendo de que estén o no completamente ejecutadas.

- Si se está ante resoluciones sancionadoras no firmes quedan afectadas por la declaración de nulidad del reglamento o plan en que se apoyen en los mismos términos que antes vimos para cualquier otro género de acto. Por tanto, el recurso que ya estaba interpuesto o el que todavía se pueda imponer por haber plazo cuando se anula el reglamento o plan habrá que resolverlo sobre la base de la total inaplicabilidad de éste y, en su caso, aplicando la norma resucitada. Esto último, sin embargo, no es del todo así por las singularidades del Derecho sancionador: no se admite que al resolver el recurso se cambie el fundamento de la sanción y, por tanto, que allí se sustituya la norma reglamentaria invocada en la resolución sancionadora (el reglamento anulado) por otra que sí le dé fundamento válido. Esto obedece a causas específicas (el derecho a conocer la acusación, las especiales garantías para asegurar al máximo el derecho de defensa...). Lo cierto es que en estos supuestos lo que procederá en todo caso será simplemente anular la sanción (sin posibilidad de buscarle un fundamento alternativo) y, si acaso, si no ha prescrito la infracción, empezar un nuevo procedimiento sancionador en el que desde el principio se sostenga la acusación con la invocación de la norma válida. Ejemplo de todo ello, en relación con la anulación de planes urbanísticos, ofrece la STSJ de Andalucía/Sevilla 1029/2014, de 20 de noviembre (apelación 444/2014; JUR 2015/129415). Un Ayuntamiento impuso una sanción por realizar una construcción en contra de la ordenación establecida en un PGOU, plan que, entretanto se resolvía el recurso interpuesto contra aquélla, había sido anulado. Aunque la STSJ recuerda el art. 73 LJCA, dice que “no es éste nuestro caso pues: de una parte, no nos encontramos ante actos administrativos firmes (...); y, de otra, estamos ante actos de naturaleza sancionadora no ejecutados y en los que la nulidad del PGOU comporta (...) la falta de cobertura jurídica a partir del mismo hecho de los hechos objeto de sanción”. Aun así, el Ayuntamiento sostenía que, aunque el PGOU había sido declarado nulo, la construcción vulneraba igualmente las Normas Subsidiarias anteriores que resultaron reviviscentes tras la anulación del PGOU. Pero el TSJ afirma que no cabe confirmar la sanción con ese nuevo apoyo por el carácter revisor de la jurisdicción

comercioso-administrativa. lo que esta comula es el acto impugnado adoptado con base en las previsiones contenidas en aquel PGOU" anulado. Dice que lo que podría hacer el Ayuntamiento es iniciar un nuevo procedimiento sancionador en aplicación de aquellas Normas Subsidiarias con derecho de defensa y plenitud de garantías, tarea que "no puede ser realizada en el marco de un procedimiento jurisdiccional en sustitución de competencias que le corresponden (...) a la Administración".

- Si se está ante *resoluciones sancionadoras firmes y completamente ejecutadas* (sea por cumplimiento voluntario o en ejecución forzosa) la anulación del reglamento o plan en que se sustentaban no altera nada; o sea, que si se trata de una multa, como es lo normal para infracciones urbanísticas, y si éstas están satisfechas en su totalidad, nada habrá que devolver ni nada cambia. Por tanto, para esta hipótesis los actos sancionadores tienen el régimen de cualquier acto administrativo devenido firme y permanecen incólumes ante la anulación del reglamento o plan que aplicaron. A este respecto son de gran interés, aunque no se refieran específicamente a anulación de planes de urbanismo sino de otros reglamentos, una serie de SSTS sobre sanciones impuestas en virtud del Reglamento de la Denominación de Origen Rioja que después resultó anulado por defectos de procedimiento (falta de dictamen del Consejo de Estado). Como en esas sentencias la cuestión que ahora nos concierne se mezcla con la de si es posible o no la revisión de oficio de los actos dictados al amparo de un reglamento anulado, lo que nos ocupará después, las expondremos con esa ocasión. Aquí basta dejar constancia de que esas SSTS se infiere que las sanciones firmes completamente ejecutadas quedan incólumes tras la anulación del reglamento en que se apoyaban.

- Y las *resoluciones sancionadoras firmes pero no ejecutadas* (al menos, no completamente ejecutadas) sí quedan afectas por la declaración de nulidad del reglamento o plan que aplicaron. Aquí sólo es donde está la excepción a la excepción. En este caso, la Administración no debe intentar la ejecución de la sanción y, si lo intentara, contra los actos de esa ejecución cabrán recursos que deberán prosperar. Así, si la sanción consiste en multa, como es lo normal, al sancionado le bastará no pagarla y, si quiere, recordarle a la Administración la declaración de nulidad del reglamento o

plan, y si, pese a ello, la Administración procede por la vía de apremio, cabrá impugnar la providencia y otros actos de ejecución. La resolución sancionadora será firme, pero estos actos de ejecución no y en este supuesto cabrá recurrirlos con apoyo en el art. 73 *in fine* LJCA.

Todo esto es trasladable a las sanciones urbanísticas que haya impuesto el Ayuntamiento de Marbella durante la aparente vigencia del PGOU de 2010. De las tres consecuencias vistas, según el caso en el que se encuentren, la más importante es que las sanciones ya firmes y completamente ejecutadas no se ven afectadas por las SSTs que anularon aquel plan. Pero ante las no cobradas, aunque fuesen impuestas por resoluciones que han alcanzado firmeza, no debe proceder a reclamarlas y menos todavía a su ejecución forzosa. Y si hay otras impugnadas en tiempo ante el mismo Ayuntamiento mediante el oportuno recurso administrativo, deberán ser anuladas; esto es, que el recurso administrativo deberá ser estimado; ello sin perjuicio de que ocasionalmente pudiera ser posible incoar nuevo procedimiento sancionador para reprimir la misma infracción pero ahora sobre la base de las determinaciones del PGOU de 1986.

4. Efectos sobre situaciones jurídicas producidas directamente (sin acto administrativo de aplicación) por el plan anulado

La exposición que precede está construida sobre la base de que los reglamentos se proyectan de ordinario sobre relaciones jurídicas concretas por mediación de actos administrativos. Pero no siempre es así. Sin necesidad de nada de ello el reglamento puede haber producido efectos directos. Por ejemplo, puede haber sucedido que en virtud del reglamento un sujeto haya hecho pagos en favor de la Administración sin mediar acto administrativo. E igualmente pueden producirse situaciones de este género en relaciones entre sujetos privados cuando, en aplicación de un reglamento luego anulado, un sujeto realizó prestaciones en favor de otro. También todo esto puede tener origen en planes de urbanismo anulados que asimismo producen efectos directos de otro orden, como el que se da cuando establecen vinculaciones singulares o cuando

comportan automáticamente la alteración de la calificación jurídica de bienes públicos (de patrimoniales a demaniales y viceversa).

Es claro que ante la anulación de este género de reglamentos no cabrá considerar que sigue produciendo efectos en el futuro: así, por ejemplo, el bien que era de patrimonial antes del plan volverá a serlo y el que era demanial y perdió esa condición en virtud del plan recuperará su condición originaria de bien de dominio público. Asimismo no cabrá exigir a partir de la declaración de nulidad nada de lo que el reglamento imponía. Los efectos pro futuro de la declaración de nulidad lo impiden. Y nadie podrá pedirlo con éxito ni ningún juez de cualquier orden jurisdiccional podrá acordarlo ni aplicar el reglamento. Tampoco la Administración podrá dictar ningún acto de reacción frente al supuesto incumplimiento de aquél reglamento anulado. Ni siquiera aunque se refieran a momentos anteriores a la formal declaración de nulidad. Esto no es más que reiteración de lo ya dicho antes.

El problema, una vez más, se centra en los efectos que se produjeron bajo la (aparente) vigencia del reglamento anulado: en los efectos que efectivamente produjo, en los cumplimientos de la norma que se realizaron antes de su anulación.

Se dice que en estos supuestos el art. 73 LJCA no es de aplicación en tanto que, por hipótesis, no hay acto administrativo (ni firme ni no firme). Precisamente en relación con la vinculación singular de un plan lo dice la STS 1253/2017, de 13 julio (Ar. 3226): el art. 73 LJCA...

... no resulta de aplicación, dado que la vinculación singular no nace de ningún acto de aplicación del PGOU declarado nulo, sino del propio contenido del Plan, de lo que se deduce que declarada su nulidad, la regulación que imponía tal vinculación ha desaparecido con él.

Sólo hay que matizar que el art. 73 LJCA sí que puede resultar de aplicación en tanto que salva, no ya a los actos administrativos firmes, sino a las sentencias firmes. Si hubiera con anterioridad a la anulación del reglamento alguna sentencia aplicándolo (por ejemplo, condenando a un sujeto a un pago en virtud del reglamento luego

anulado) y hubiera ganado firmeza, esta también sería inmutable y no afectada por la que después anule el reglamento. De inmediato volveremos sobre ello.

Pero si no hay ni acto ni sentencia firme, no encontrando ese límite del art. 73 LJCA, hay que aplicar la regla general que, según sabemos, es la de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad del reglamento o plan y, en consecuencia, la de aspirar a la aniquilación de los efectos producidos. En principio cabrá, por tanto, exigir que la situación vuelva a la situación que correspondería si no se hubiese aprobado ese reglamento y que ahora hay que entender como inexistente en todo momento. Por ejemplo, habrá que entender que el bien que era demanial y que el plan anulado convirtió en patrimonial, no sólo es que vuelva a serlo, sino que siguió siendo de dominio público durante todo el tiempo. E igualmente será posible exigir la restitución de lo entregado en (aparente) cumplimiento de ese reglamento. Serán prestaciones realizadas *solvendi causa* (para cumplir el reglamento) que han quedado sin ninguna justificación jurídica. Al igual que, por ejemplo, las realizadas en virtud de un contrato después anulado. Ahora bien, todas esas pretensiones basadas en la nulidad de un reglamento pueden verse enervadas y frustradas por diversas razones: prescripción de acciones, imposibilidad material (por destrucción, por transmisión a un tercero, por incorporación a otro bien, etc.) de restitución de lo entregado, producción de un enriquecimiento injusto... Porque, a despecho de la teoría, lo cierto será que al socaire del reglamento anulado se habrán producido hechos a veces irreversibles que el Derecho tiene en cuenta.

5. Consecuencias para las sentencias firmes que hubiesen aplicado el plan anulado

El art. 73 LJCA no sólo salva a los actos firmes sino también a las sentencias firmes. Aquí hay que entender por sentencia cualquier resolución judicial (también, por ejemplo, los autos dictados en ejecución de sentencias).

Esto tiene un campo de aplicación mayor que el que hemos visto para los actos administrativos pues puede haber sentencias firmes que apliquen un reglamento al margen de cualquier acto administrativo de aplicación. Incluso puede tratarse de

sentencias civiles que, con aplicación de un reglamento luego anulado, hayan declarado derechos y obligaciones entre dos sujetos en relaciones de Derecho privado. Si tal es el caso, lo declarado en esa sentencia firme permanecerá intacto e incólume ante la nulidad del reglamento que aplicó. A lo sumo en alguna ocasión cabría plantear la responsabilidad patrimonial de la Administración que aprobó el reglamento en tanto que se considerase que causó un daño antijurídico irreversible: la causa del daño sería la aprobación del reglamento ilegal y la obligación de su cumplimiento; la sentencia firme que lo aplicó sería sólo la causa de su irreversibilidad; y la sentencia que anuló el reglamento será la que pondría de manifiesto la antijuridicidad del daño y a partir de la cual habría que contar el plazo anular para exigir la indemnización.

Pero frecuentemente se tratará de sentencias firmes que habrán confirmado (o eventualmente anulado) un acto administrativo en aplicación del reglamento después anulado. En tal caso, el supuesto de la sentencia firme no añade nada al del acto firme porque en realidad se trata de un tipo de acto firme. Recuérdese que acto firme es tanto el que no fue recurrido en su momento como el que sí lo fue y ha sido confirmado por la sentencia que resolvió el recurso.

Así, la STS 1984/2016, de 26 de julio (Ar. 3806; casación 3499/2015) se enfrentó con el caso de una licencia firme concedida para la construcción de un hospital en virtud de la anulación de la modificación de un PGOU. Y aplica la doctrina que ya hemos expuesto sobre la permanencia de las licencias firmes aunque en el caso lo era, no por no haber sido recurrida, sino por haber sido recurrida y confirmada por sentencia firme. El caso es que, pedida la anulación de la licencia en ejecución de la sentencia que declaró la nulidad del plan, la denegó con invocación del art. 73 LJCA.

Y sugerente es la STS de 19 de octubre de 2011 (casación 6157/2008; Ar. 1302 de 2012) que concluye que "debe desestimarse el presente recurso (...) toda vez que las peticiones (... deducidas ante la Sala de instancia en el incidente de ejecución del que dimana el recurso) o bien estaban referidas a sentencias firmes que se habían pronunciado sobre actos administrativos de aplicación del Decreto anulado, o bien a actos administrativos firmes dictados en aplicación de la citada disposición". Es pues

mantenerse a estos efectos que se este ante actos firmes por no haber sido recurridos o de sentencias firmes que confirmaron actos administrativos.

Si acaso cabe añadir que si el acto es firme no por su falta de impugnación sino por haber sido confirmado por sentencia firme, se potencia su normal intangibilidad por el refuerzo que le presta la cosa juzgada. Por eso la STS de 12 de marzo de 2015 (casación 1881/2014; Ar. 3626), que aborda la pretensión de nulidad de varios actos de ejecución del Plan Parcial previamente anulado (proyecto de reparcelación, de urbanización, cuotas...), aunque rechaza todas las pretensiones anulatorias por tratarse de actos firmes, se muestra especialmente enérgico respecto del proyecto de reparcelación: había sido confirmado por sentencia firme y esto constituye “un límite infranqueable”. Pero, en realidad, la misma suerte corrieron las pretensiones anulatorias frente a otros actos (proyecto de urbanización y cuotas) que simplemente eran firmes por no haber sido recurridos en tiempo.

Sí que podría haber diferencias entre el acto firme por no haber sido impugnado en tiempo (acto consentido) y el acto firme por la desestimación del recurso interpuesto contra él (acto confirmado). La diferencia podría estribar en la posibilidad o no de revisión de oficio que supuestamente cabría para el acto consentido pero no para el acto confirmado. En todo caso la jurisprudencia mayoritaria se opone a que quepa la revisión de oficio de actos firmes basados en la nulidad del plan a cuyo amparo se adoptó. Y lo hace así por razones de seguridad jurídica que a nuestro juicio son a las que debe atenderse el Ayuntamiento consultante.

V. LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS QUE ANULAN LICENCIAS

1. Justificación y objeto de este estudio.

Como se recogió en los antecedentes, por las circunstancias singulares que han concurrido en años anteriores en el municipio de Marbella, son muy numerosas las sentencias que anularon licencias. Normalmente licencias de obras. Se trata

mayoritariamente de sentencias contencioso-administrativas pero en algunos casos ese pronunciamiento anulatorio se contiene en sentencias penales.

Las ejecuciones judiciales de aquellas sentencias que anularon licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella quedaron paralizadas o suspendidas con la aprobación del PGOU de 2010, dado que, como se explicó, en gran medida preveía la normalización o regularización de las construcciones realizadas al amparo de tales licencias anuladas. Después, con la anulación de ese PGOU por el TS, se han reactivado. E, incluso, sin que nunca se hubiera iniciado su ejecución judicial, resurge el deber de su cumplimiento o ejecución voluntaria por parte del Ayuntamiento y, caso de no realizarse, la posibilidad para cualquier persona afectada de pedir ahora a los tribunales la ejecución forzosa. Así que todo ello, aunque relativo a sentencias anteriores a las del TS que anularon el PGOU de 2010 e incluso muy anteriores a este mismo Plan, se presenta también, en cierto modo, como efecto de la anulación judicial del PGOU de 2010, lo que justifica que se aborde aquí.

Esas sentencias anulatorias de licencias, además, engendran nuevos límites a la potestad de planeamiento del Ayuntamiento de Marbella en tanto que no podrá ejercerla contrariamente a lo acordado en ellas y con la finalidad de eludir su cumplimiento. Recuérdese que precisamente argumento estelar de las SSTs para anular el PGOU de Marbella de 2010 fue el de la transgresión de esos límites, o sea, el de haber ejercido la potestad de planeamiento de manera tal que se impedía o dificultaba el cumplimiento o ejecución de previas sentencias anulatorias de licencias. Ahora, cuando se trata de encarar una nueva revisión del PGOU de Marbella (del de 1986, que es el que, por reviviscencia, está vigente, como ya se ha explicado) importa precisar los límites que derivan de todas esas sentencias que anularon licencias.

2. La idea según la cual las sentencias anulatorias de licencia comportan la reposición de la realidad física alterada y, por ende, en su caso, la demolición.

En principio, habría que distinguir dos tipos de sentencias anulatorias de licencias. Unas, las que se limitan a pronunciar esa anulación sin complementos. Otras,

ias que, además, contienen un mandato de restablecimiento de la realidad física alterada; normalmente, demolición de lo construido al amparo de la licencia. Las simplemente anulatorias son muy frecuentes. De hecho, en lo que conocemos, son las que ha sufrido el Ayuntamiento de Marbella. Pero también hay numerosos ejemplos de las segundas.

En principio habría que pensar que las primeras -las que sólo anulan la licencia- son puramente declarativas o constitutivas, no de condena, y que, por tanto, no son títulos de ejecución, no requieren ejecución. Esto (ser de condena, ser títulos de ejecución y requerir ejecución voluntaria o forzosa) sería propio sólo de las segundas.

Sin embargo, está extendida la idea de que las sentencias simplemente anulatorias de licencias comportan implícita pero inexorablemente el restablecimiento de la realidad física alterada en su virtud; o sea, la destrucción material de lo hecho a su amparo; prototípicamente la demolición del edificio erigido con la licencia de obras anulada. Según esto, basta pedir la nulidad de una licencia para entender que, en realidad, se está pidiendo la destrucción de lo construido a su socaire; que la sentencia que, ante aquella pura pretensión anulatoria, declara tal nulidad y, además, ordena la demolición, no se excede (no incurre en *ultra petitem*); que sí, pese a todo, el fallo simplemente anula, no hay inconveniente ni exceso en que la ejecución consista en la demolición (se estaría sólo llevando a puro y debido efecto lo fallado). Y como presupuesto de eso se dice que quien pide la anulación y la demolición no está ejerciendo con esto último una pretensión de plena jurisdicción sino una declarativa que, simplemente, incorpora de manera irremisible esa demolición. Así, a fin de cuentas, estas sentencias anulatorias de licencias acaban por tener un sentido más que similar a las de condena.

El TS parece decantarse por tal solución. Muchas de sus sentencias hacen pensarlo. Entre ellas, reseñemos sólo algunas especialmente expresivas que recogen otras anteriores o que luego han sido reiteradamente citadas por otras:

- STS de 7 de junio de 2005 (recurso 2492/2003; Ar. 5244): En ejecución de una sentencia anterior de 1993, explica que aquella sólo tenía que resolver la pretensión de anulación de una licencia. Pero añade:

“... ha de afirmarse que el segundo de los pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de (...) 1993, esto es, el que declara la obligación de los demandados de *demoler* aquella parte de lo edificado que sobrepasa el límite de separación, no es más que una *consecuencia indefectible*, que no puede faltar o dejar de ser; que se anuda sin necesidad de más enjuiciamiento que el exigido para afirmar la ilegalidad de la licencia al pronunciamiento anulatorio de ésta; que se anuda a este pronunciamiento anulatorio con independencia de cuál fuera la posición o situación jurídica del o de los actores.

La conclusión obtenida no es nueva, sino la que se desprende con toda claridad de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo. Así, se afirma en ella con reiteración que tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia...”.

- STS de 28 de marzo de 2006 (Ar. 3255): “En nuestra sentencia de 3 de junio de 2003 hemos expresado también que *la demolición de lo construido al amparo de una licencia declarada ilegal es una consecuencia natural de la nulidad de dicha licencia* como medida precisa y adecuada para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, y en la de fecha de 16 de mayo de 2002 declaramos que toda anulación de licencia comporta el derribo de la edificación a la que sirve de cobertura”.

- STS de 9 de julio de 2007 (Ar. 8072): “... Baste ahora con reiterar que *el destino, natural y legalmente obligado, de lo construido con base en una licencia declarada ilegal es su demolición*”.

- STS de 8 abril 2008 (casación núm. 711/2004; Ar. 2034):

“... considera la entidad recurrente que (...) se extralimita la sentencia de instancia al declarar la obligación de proceder al derribo de ambas edificaciones, por cuanto en la (...) demanda (...) no se solicita tal derribo...”

La declaración o no de derribo es impropia por cuanto es un efecto irremisiblemente unido -en principio- a la declaración de nulidad de las licencias; dicho de otra forma, no resulta viable una declaración de nulidad de una licencia urbanística que, en principio, no lleve aparejada la obligación de derribo de lo edificado que, como consecuencia de la nulidad de la licencia, ha quedado sin soporte normativo alguno en que poder sustentarse”.

- SSTs de 4, 18 de febrero y de 16 y 29 de abril de 2009 (respectivamente casaciones 1745, 2690, 2826 y 4089/2007; Ar. 3306, 2834, 5271 y 5143). Dicen que la demolición de lo construido con licencia anulada no es una pretensión de plena jurisdicción sino...

“...una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdiccional. Y ello, con independencia de que la citada demolición hubiera sido solicitada, o no, en el suplico de la demanda, y hubiera sido, o no, expresamente declarada en el fallo de la sentencia dictada”.

La idea está tan asumida e interiorizada que ocasionalmente encuentra reflejo en la legislación urbanística.

Si todo esto se acepta, si las sentencias simplemente anulatorias de una licencia conllevan fatalmente la destrucción de lo realizado a su cobijo, entonces, borradas las diferencias prácticas entre las que contienen un pronunciamiento de demolición y las que no lo contienen explícitamente, todas ellas, convertidas por igual en sentencias de condena, permiten y exigen un cumplimiento voluntario y, en su defecto, su ejecución judicial forzosa. Y todo ello sin que sea pertinente que la Administración tramite un procedimiento en el que dirima si legaliza la obra. Eso estaría ya decidido por la sentencia anulatoria de la licencia; por todas las sentencias anulatorias de licencias pues todas ellas, según la idea que estamos exponiendo, entrañan la demolición aunque no lo hayan dicho en el fallo.

3. La Administración como parte condenada en estas sentencias. La actuación que debe realizar y plazo para la ejecución judicial forzosa.

No sólo es que todas estas sentencias anulatorias de licencias, incluso las que formalmente sólo declaran eso, se conviertan en sentencias de condena sino que se

sobrevenida, que la condenada es justamente la Administración que otorgó la licencia anulada (no el o los titulares de la edificación construida). O sea, que se parte de la idea de que la obligada a cumplir esas sentencias es la Administración que dio la licencia, que a ella corresponde el cumplimiento voluntario y que, en su caso, es ella la que sufrirá o contra la que se dirigirá la ejecución judicial forzosa.

Más oscuro es determinar en qué ha de consistir la actuación administrativa de cumplimiento y qué le puede imponer el Tribunal, si no lo hace, en la ejecución forzosa de la sentencia.

La práctica -en realidad escasa y poco conocida- parece consistir en que la Administración siga lo previsto para los expedientes de restablecimiento de la legalidad ante actuaciones sin licencia (puesto que en la hipótesis, aunque hubo licencia, está anulada) y, más concretamente, lo previsto para los casos de actuaciones manifiestamente ilegales. En la legislación andaluza eso se contempla en los arts. 183.1.a) y 5 LOUA y 47.1 y sobre todo 52 RDUa que se ocupan precisamente de los supuestos "de edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística", supuestos en los que, dicen, debe acordarse "la inmediata demolición... en el plazo máximo de un mes". Con todo, pese a su supuesta rapidez (se le llama la "demolición exprés"), se exigen informes técnico y jurídico (que aquí tendrán poco margen puesto que se parte de una sentencia que explícita o implícitamente impone la demolición porque ya ha constatado la ilegalidad material de la obra) y audiencia a los interesados (que pueden ser muchos si los edificios se han vendido a diferentes personas) por entre diez y quince días, aunque la posible defensa de los interesados también está ya muy limitada por lo impuesto previamente en la sentencia que, expresamente o no, acordó la demolición. Sólo tras ello, la Administración acordará la demolición.

Así, parece convertirse a este género de sentencias -incluso las que expresamente acuerdan la demolición- en unas de esas aludidas en el art. 108.1 LJCA que imponen a la Administración dictar un acto; en este caso, un acto que ordene al particular titular de la construcción la demolición.



...tras esa orden administrativa, si los interesados tras acuerdos tomados del edificio- no proceden a la demolición en el plazo conferido, la Administración deberá proceder "en todo caso a la ejecución subsidiaria de lo ordenado sin que haya lugar a la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa" (art. 52.3 RDU), ejecución subsidiaria (demolición) que, con diversos ocupantes y tratándose del domicilio de muchos de ellos, podrá ser extraordinariamente difícil. Se produce, pues, un complejo y extraño fenómeno porque la ejecución de una sentencia que ordena (explícita o implícitamente) la demolición pasa por un acto de la Administración que ordena esa misma demolición y, a la postre, por una ejecución administrativa de esa misma decisión de la Administración. Y si la Administración no realiza todo eso, lo que el Tribunal debe imponerle en la ejecución forzosa de la sentencia es esa actuación. De forma que la ejecución judicial forzosa de la sentencia parece llevar a una ejecución administrativa de una orden de la Administración y se entremezclan confusa e inextricablemente ejecución judicial y ejecución administrativa. Cabría afirmar que esa orden de la Administración no es un verdadero y propio acto administrativo sino un acto de la Administración de naturaleza más bien procesal; podrá igualmente decirse que por eso no es susceptible de las vías de impugnación ordinarias sino sólo de control judicial en el seno del proceso de ejecución de la sentencia; y hasta es posible añadir que en esta situación lo que parece presentarse como la ejecución administrativa forzosa de un acto administrativo no es tal. Pero nada de esto simplifica mucho la situación ni explica bien por qué una sentencia que ya acuerda una demolición requiere una nueva decisión de la Administración. Así no es de extrañar que -incluso al margen de causas de imposibilidad o de prestación de garantías en favor de terceros- estas ejecuciones se conviertan en larguísimos y embrollados procesos. Ello no es sólo fruto de la resistencia social a estas demoliciones sino también de una configuración y de una práctica inadecuadas; quizá, incluso, mal planteadas y con una base legal y teórica más que endeble.

Seguramente todo esto debería ser replanteado de raíz; tal vez debería partirse de que estas sentencias, aunque sea chocante en la jurisdicción contencioso-administrativa, si son de condena, condenan directamente a los mismos titulares del edificio, no a la

Administración, que son ellos los que tienen que cumplir la sentencia y los que, si no lo hacen de grado, tienen que sufrir directamente la ejecución judicial; y que a la Administración, si acaso, podría entrar en la medida en que lo acordara el Tribunal por la vía de arts. 103.3 LJCA, esto es, no como condenada, sino como simple colaboradora del Tribunal "para la completa y debida ejecución de lo resuelto", vía a la que también se alude en el art. 108.1.a) de la misma Ley que habla de la colaboración de las autoridades y agentes de las Administraciones, no sólo de la condenada sino de cualesquiera otras; y, por tanto, no sólo de la Administración vencida en juicio como condenada al cumplimiento de la sentencia, sino como colaboradora de la ejecución aunque no sea ella quien realmente está obligada a cumplirla.

Pero al margen de estas especulaciones -que si acaso alguna vez podrían plantearse al Juez o Tribunal encargado de la ejecución de estas sentencias-, lo cierto es que la práctica va por otros derroteros en los que siempre parece entenderse que la Administración que otorgó la licencia anulada es la condenada por ese género de sentencias, la que tiene que cumplirlas, la que sufre la ejecución judicial forzosa; y que, por el contrario, los titulares del edificio erigido con la licencia anulada sufren, no directamente los efectos ejecutivos de la sentencia, sino la actuación administrativa enderezada a su cumplimiento.

Partiendo de lo anterior, como regla general la Administración, una vez que se le haya comunicado la firmeza de la sentencia, debe practicar en el plazo de dos meses lo que exija el cumplimiento (art. 104.1 y 3 LJCA), o sea, el procedimiento administrativo para acordar la demolición al que acabamos de referirnos y, después, la ejecución forzosa administrativa. Y transcurrido ese plazo es cuando "cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa" (art. 104.2 LJCA).

Pero, ¿durante cuánto tiempo puede instarse esta ejecución judicial? El plazo es el establecido para la ejecución judicial forzosa de las sentencias, no el previsto en la legislación urbanística para el restablecimiento de la legalidad, puesto que se trata propiamente de la ejecución de una sentencia aunque se interfiera un procedimiento administrativo para cumplirla. La LJCA no fija el plazo para instar la ejecución forzosa

de las sentencias contencioso-administrativas. Ante ello habría sido razonable que, por la supletoriedad de la LEC (disposición final primera de la LJCA), se hubiera fijado en cinco años (art. 518 LEC). Pero no fue ésta la solución acogida por el TS que, aunque con argumentos discutibles, mantuvo el plazo de quince años que establecía, hasta 2015, el art. 1964 CC para las acciones personales que no tuvieran plazo específico. Sin embargo, el panorama legislativo sobre el que se construyó esa jurisprudencia ha cambiado. Ese art. 1964 CC fue modificado por la disposición final 1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre: ahora dice que las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Esa nueva regulación hay que completarla con la disposición transitoria primera de la misma Ley 4/2015 y con el 1939 CC, al que se remite. En su virtud, si la acción nació antes de la entrada en vigor de esta modificación (que se produjo el 7 de octubre de 2015) los plazos de prescripción serán los anteriores (quince años) salvo que transcurriesen antes cinco años desde la vigencia de la nueva ley. Aun con las dudas que suscita la proyección de estas nuevas normas sobre la acción para instar la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas -dudas que aún no ha tenido ocasión de disipar el TS-, hay que tenerlas en cuenta y, en su caso, invocarlas para alegar la prescripción.

4. Imposibilidad de ejecución de sentencias anulatorias de licencias. La aplicación en este supuesto del art. 105.2 LJCA: requisitos y medidas alternativas a la demolición.

En tanto que se acepta que todas las sentencias anulatorias de licencias comportan, lo digan o no, el restablecimiento de la realidad física alterada (en breve, la demolición) y que son sentencias de condena, ante todas ellas procede su ejecución y, por ende, cabe que ocasionalmente se suscite alguna causa de inejecución.

En nuestro Derecho (porque así lo establecen las leyes, no porque se derive necesariamente de la Constitución) no se admite más causa de inejecución de sentencias que la imposibilidad misma de la ejecución. Ello significa que en la legislación actual no es causa de inejecución ninguna razón de interés público. Y así lo destaca el TS.

La imposibilidad de ejecución de las sentencias contencioso-administrativas está contemplada en el art. 105.2 LJCA que concreta para este orden jurisdiccional lo que con carácter más general regula el art. 18 LOPJ. Esquemáticamente expuesto, el incidente del art. 105.2, tal y como es interpretado por la jurisprudencia, responde a las siguientes reglas:

- a) *Causas.* Cabe que se dé “imposibilidad material o legal”. Para lo que aquí nos ocupa, la imposibilidad material puede consistir en la existencia de obstáculos que impidan físicamente la demolición. La imposibilidad legal viene constituida para nuestro caso por los cambios normativos; sobre todo, más concretamente, por la aprobación de nuevos planes urbanísticos que permitan realizar lo mismo que amparó la licencia anulada. Luego nos detendremos en estas causas y en su proyección sobre las sentencias anulatorias de licencias. Basta ahora decir que la jurisprudencia proclama que estas causas deben ser “interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos” y a ello, en efecto, se atiene normalmente.
- b) *Legitimación.* Aunque ese art. 105.2 LJCA sólo prevé que sea el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia quien manifieste al Tribunal la hipotética causa de imposibilidad, la jurisprudencia ha aceptado que las otras personas afectadas pueden instar de la Administración que suscite la cuestión y que, si pese a ello no lo hace, lo pueden plantear ellas mismas al Tribunal. Así que, en realidad, a la larga y con alguna complicación, la legitimación es mucho más amplia que la consagrada en el art. 105.2. En nuestro caso, por tanto, el incidente de imposibilidad lo puede suscitar el Ayuntamiento de Marbella, a través de su representante procesal; pero también los demás sujetos afectados por las sentencias anulatorias de licencias tras haberlo instado sin éxito del mismo Ayuntamiento.
- c) *Plazo.* Según ese mismo art. 105.2 LJCA, la imposibilidad debe manifestarse al Tribunal dentro del plazo de dos meses desde la comunicación de la sentencia o el plazo que ésta haya fijado para su cumplimiento. Si esto se aplicara a rajatabla ya no cabría suscitar este

incidente de imposibilidad en muchas de las sentencias que anulaban licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella. Pero también a este respecto la jurisprudencia ha flexibilizado el precepto legal no sólo haciendo más amplio el plazo en los supuestos en que insten la imposibilidad los particulares sino también contándolo desde que surja el impedimento material o legal (p. ej., la aprobación de nuevo planeamiento) y sobre todo declarando que no es un plazo de caducidad.

- d) *Limitada posibilidad de reiteración.* Al ampliarse el plazo de dos meses, podría darse el caso de que se planteasen sucesivos incidentes de imposibilidad de ejecución alegando diferentes causas. El TS, sin embargo, parece decantarse por excluirlo salvo que se trate de una nueva causa de imposibilidad que no existiese en el momento de invocar la anterior. Por tanto, si la Administración cree que puede haber dos causas de imposibilidad en un momento dado, debe alegar las dos, so pena de no poder invocar después la que, por así decirlo, se guardó en la recámara. Pero sí será posible, por ejemplo, invocar la aprobación de un nuevo plan que no existía cuando se suscitó el primer incidente de inejecución. Aplicándolo a nuestro caso, si el Ayuntamiento de Marbella aprobara un nuevo PGOU y creyera que comporta en algún caso causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, podría plantear el incidente aunque ya lo hubiese hecho antes con el PGOU de 2010.
- e) *Tramitación.* Ante la petición administrativa (o, tras instarlo de la Administración sin éxito, ante la petición de alguna otra de las personas afectadas), debe darse audiencia no sólo a quienes fueron parte en el proceso sino también, como dice el mismo art. 105.2 LJCA, a quienes el Tribunal “considere interesados”. El procedimiento será el del art. 109 LJCA que está establecido para “cuantas cuestiones se planteen en la ejecución” y, por tanto, también para ésta. Y “aunque no se contempla en el precepto la posibilidad de período probatorio, no debe existir obstáculo para la apertura del mismo, con la finalidad de poder practicar las que se consideren pertinentes...” respecto a todos los aspectos que hay que decidir.

II Resolución. Dice el precepto alanzado que el Tribunal tiene que "apreciar o no la concurrencia de dichas causas" de imposibilidad de ejecutar la sentencia. Pero, caso de que las aprecie, debe, además de declarar la imposibilidad, adoptar "las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno". Así que, propiamente hablando, la tal imposibilidad no es imposibilidad de ejecutar la sentencia sino de ejecutarla en sus propios términos. Porque esas otras medidas alternativas (alternativas a la demolición, en el supuesto paradigmático que nos ocupa) también son ejecución de la sentencia.

Con respecto a esas medidas no indemnizatorias que, según el art. 105.2 LJCA, deben asegurar "la mayor efectividad de la ejecutoria", el TS ha recalcado su importancia y ha dejado abiertas sus muy diversas variantes, aunque ejemplificando algunas. Es ilustrativo este pasaje de dos SSTs de 16 de abril de 2013 (casaciones 6502/2011 y 918/2012; Ar. 5241 y 7144):

"Se trata, sin duda, de una habilitación legal escasamente explorada en la práctica jurisdiccional (...) Implica una específica habilitación al Juez o Tribunal para que (...) pueda adoptar -incluso de oficio, previa audiencia- cuantas medidas resulten necesarias para la ejecución de la sentencia, aunque fuere de una forma diferente a la contemplada en el fallo, y sin tener que recurrir, de forma irremisible y necesaria, al mecanismo expresamente previsto de la indemnización (...) A título de ejemplo bien pudieran (...) imponerse modificaciones obligatorias del planeamiento o determinaciones urbanísticas de carácter público o social con las que tratar de compensar la anterior vulneración de las normas urbanísticas cuya eliminación no ha resultado posible (...); por otra parte, la participación o la colaboración material o económica de los causantes o responsables de la infracción o de los beneficiados por la misma -jurisdiccionalmente impuesta con este apoyo- podría resultar un adecuado mecanismo que socialmente paliare o rehabilitare la situación de hecho producida y de imposible alteración futura; instrumento éste que, por otra parte, tendría acogida tanto en el marco del esencial principio de equidistribución de beneficios y cargas, como en el del ámbito de la adecuada gestión urbanística materializada en el marco de algún convenio de esta índole...".

No deben caer en saco roto estas afirmaciones del TS tan sugerentes. Reténgase que entre sus ejemplos aparece incluso que el Tribunal ordene modificar el

planeamiento y que expresamente se refiere a fórmulas con las que los causantes o responsables de la infracción o “los beneficiados por la misma” colaboren a superar la situación creada “en el marco del esencial principio de equidistribución de beneficios y cargas”, lo que, después de todo, se parece algo a lo que intentó el PGOU marbellí de 2010, si bien aquí aparece como decisión del Juez o Tribunal encargado de la ejecución. Aunque sigue tratándose por ahora de una previsión legal “escasamente explorada”, da pábulo para buscar soluciones adecuadas a cada caso que sean más satisfactorias desde todos los puntos de vista -también desde el de la tutela judicial efectiva- que la pura demolición. Y, desde luego, preferibles a las meramente indemnizatorias. En algunos de los casos que se plantean al Ayuntamiento de Marbella podría éste proponer al Tribunal competente, junto con la manifestación de la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, alguna de estas medidas.

En cuanto a la indemnización, el TS ha afirmado que es más bien subsidiaria de las otras medidas y que los conceptos que podría llegar a reclamarse y paliarse con ella son tres: los gastos procesales; los daños morales por el quebranto que entraña que una sentencia favorable quede frustrada; y los perjuicios materiales y tangibles (daño emergente y lucro cesante) que la inejecución ocasiona en el patrimonio del interesado. Aun así, ha dicho que no siempre tiene que darse sino sólo cuando quede acreditado que la inejecución de la sentencia en sus propios términos ha causado realmente daños.

5. En concreto, la supuesta imposibilidad material de demoliciones parciales: su eventual conversión en demoliciones totales.

Ya hemos recordado que el art. 105.2 LJCA se refiere a la “imposibilidad material” de ejecutar sentencias. Muy raro o casi inimaginable es que realmente haya una imposibilidad material de ejecutar una demolición que sólo se da si es físicamente inviable o el inmueble ha desaparecido ya. Lo que sí se ha suscitado con cierta frecuencia es la imposibilidad de ciertas demoliciones parciales cuando lo construido es sólo en parte ilegal porque la licencia anulada sólo incurría en algunos excesos respecto a lo realmente permitido. Entonces sí se pueden plantear situaciones de verdadera imposibilidad material o, al menos, problemas técnicos graves que hagan peligrar el

conjunto (normalmente, porque la demolición de una parte afectaría a la estabilidad, a la seguridad, a la habitabilidad o a la funcionalidad de la parte que, por ser legal, no hay que demoler). El TS asimiló esa situación a una imposibilidad material de ejecución. Así lo hizo en su auto de 11 de abril de 1990 (Ar. 3639). Partiendo de que la demolición parcial era imposible y que sólo era factible la demolición total, los ejecutantes pidieron ésta y el TS respondió que "no pueden pretender que el edificio se derribe en su totalidad, porque, además de que con ello se atentaría a un elemental principio de proporcionalidad (...), el efecto práctico (...) sería (...) que la sentencia resultara ejecutada en términos que (...) no eran los propios que habían sido expresados por los redactores de ella".

Pero ante esas situaciones el TS ha desarrollado después una jurisprudencia dirigida a garantizar la ejecución de las sentencias. En suma, afirma que si la demolición sólo de lo ilegal es imposible, habrá que proceder a la demolición total o, al menos, a una demolición tan amplia como sea necesaria para suprimir los aspectos ilegales aunque afecte a los legales. Es claro exponente la STS 1409/2017, de 21 de septiembre (casación 477/2016; Ar. 4038), donde se lee, aunque con cita del auto del tribunal de instancia:

"Si el tribunal hizo referencia a la supresión de esa invasión (de un espacio público) con una demolición parcial fue ante la posibilidad de que resultase suficiente para restablecer la legalidad; pero si no es posible llevarla a cabo, la conclusión no es la inexecución de la sentencia por imposibilidad material, sino que su ejecución exige ir más allá de una demolición parcial".

Quizá quepa pensar que jurisprudencia tan radical y difícil de justificar es sólo una reacción frente a estrategias obstaculizadoras y dilatorias, y que si realmente se comprobara en un caso que una pequeña demolición parcial obliga a una demolición muy superior los tribunales adoptarán una solución más proporcionada y racional. Pero en cualquier caso no puede ignorarse esta última jurisprudencia reseñada que convierte la alegación de la imposibilidad de una demolición parcial en un arma de doble filo.

6. En especial, la imposibilidad legal de ejecución de sentencias anulatorias de licencias por aprobación de nuevo planeamiento.

Por lo que se refiere a las causas de imposibilidad legal la estar para lo que nos ocupa es sin duda, como ya adelantamos, la que proviene de la aprobación de nuevos planes cuando a ellos se ajusta lo construido con la licencia anulada. Y es justamente esto lo que con más frecuencia se plantea por la vía del art. 105.2 LJCA y lo que admiten los Jueces y Tribunales.

Esa causa de imposibilidad legal de ejecución por nuevo planeamiento queda condicionada por cuatro vías.

En primer lugar, el planeamiento debe estar definitivamente aprobado y publicado.

En segundo lugar, el nuevo planeamiento no puede haber sido aprobado justamente con la finalidad de conseguir esa legalización y eludir el cumplimiento de la sentencia.

En tercer lugar, incluso aunque el nuevo plan sea eficaz y válido y aunque sus determinaciones verdaderamente amparen lo realizado con la licencia anulada, no bastará su invocación ante el Tribunal para que éste declare esa imposibilidad sino que se exige que la Administración se pronuncie previamente sobre la legalización.

Y, en cuarto lugar, por supuesto, el plan debe ser válido y perderá su fuerza para justificar la imposibilidad de ejecutar sentencias si es anulado.

Desarrollemos estas cuatro razones que condicionan esta causa de imposibilidad de ejecución de sentencias anulatorias de licencias.

7. El plan que aporta una causa de imposibilidad es sólo el ya definitivamente aprobado.

solo un plan que este definitivamente aprobado y publicado -y que, por tanto, esté ya en vigor y sea eficaz- aporta una causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia anulatoria de licencia.

Por el contrario, el hecho de que se haya iniciado la tramitación de un nuevo plan o el que esa tramitación esté avanzada no se admite como causa de imposibilidad y ni siquiera de suspensión provisional hasta que se culmine el procedimiento. Lo contrario, incluso, ha sido considerado inconstitucional.

Para los casos que se plantean en Marbella conviene una aclaración complementaria. En muchos casos, se anularon licencias por haber sido otorgadas de conformidad con el PGOU de 1986 cuando éste no estaba publicado. Esa no publicación fue determinante de la anulación de muchas licencias: el simple hecho de su otorgamiento conforme a ese PGOU que no era eficaz determinó su anulación judicial. Pues bien, desde este punto de vista, la publicación completa y correcta de ese mismo PGOU (que se produjo el 28 de noviembre de 2000) supone un cambio en el planeamiento y la eventual conformidad de lo construido con las licencias anuladas a ese plan aporta una causa de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia.

8. El nuevo plan no puede haber sido aprobado con el fin de evitar la ejecución de la sentencia anulatoria de licencia. Las sentencias anulatorias de licencias como límite a la potestad de planeamiento.

Ante previas sentencias anulatorias de licencias, un plan en cuya virtud lo entonces ilegal se convierta en legal e impida la ejecución de la sentencia que anuló la licencia, puede, en vez de aportar tal causa de imposibilidad, ser considerado nulo si se entiende aprobado con la finalidad de eludir el cumplimiento de aquellas sentencias (art. 103.4 LJCA), nulidad que incluso podría ser declarada en incidente de ejecución de tales sentencias (art. 103.5 LJCA). Precisamente las SSTs que anularon el PGOU de Marbella son un buen exponente de esta jurisprudencia, como ya nos consta, y no es necesario insistir mucho más en ello.

El nuevo plan solo tendrá valor suficiente para enervar la ejecución de la sentencia anulatoria de la licencia si se aprueba como fruto del ejercicio lícito de la potestad de planeamiento, es decir, si la nueva determinación es resultado de una valoración sobre la ordenación que se juzga apropiada para la ciudad. Desarrollamos este aspecto infra apartado VI, 9.

Y también juega aquí una especie de presunción en contra del plan que convierte en legal lo que se hizo en virtud de licencia anulada judicialmente. Suficiente será ahora traer aquí la STS de 13 mayo 2014 (casación 2417/2013; Ar. 3644). En el caso se partía de una sentencia que había anulado, entre otras cosas (un estudio de detalle y un proyecto de urbanización), una licencia en cuya virtud se había construido un edificio. El Ayuntamiento aprobó después un plan parcial y alegó que con éste devenía imposible la ejecución de la sentencia (demolición). Pero el TS afirmó que:

"... no se ha demostrado que la modificación del Plan Parcial que el Ayuntamiento opone a la ejecución de la sentencia tuviera otra finalidad que la de eludir su cumplimiento. En este sentido conviene señalar que, en contra de lo razonado en las resoluciones recurridas, *no es al recurrente y si, en todo caso, a la Administración a quien corresponde acreditar que la modificación del planeamiento no tiene por finalidad sortear la ejecución de la sentencia*. Y en el presente caso, no ha justificado que las determinaciones que integran el contenido de la modificación tengan un objetivo distinto del señalado". Con ello entendió que el plan parcial "tuvo por finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia firme dictada (...) y en consecuencia debe ser anulado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103.4 de la Ley de esta Jurisdicción".

Esta jurisprudencia invierte las reglas generales sobre carga de la prueba y obliga al planificador a actuar con una prudencia exquisita y a hacer equilibrios argumentativos sutiles y malabares de modo que no debe insistir en que su opción coincide con lo antes anulado pero al mismo debe demostrar positivamente que esa coincidencia no obedece al designio de la legalización y de la inejecución de la previa sentencia.

Además, en muchas sentencias parece negarse la posibilidad de nuevos planes (o de modificación de planes) que, sin finalidad defraudadora, sino con la mejor intención (proteger a terceros de buena fe, especialmente en caso de afectar a su primera

residencia, evitar pérdida de puestos de trabajo y de riqueza, etc.), busquen, ante la sentencia anulatoria de licencia, una alternativa más realista, razonable y proporcionada que la demolición. Ni siquiera parece aceptarse que pueda existir un interés público urbanístico -precisamente urbanístico- en mantener lo realizado por el hecho de estar ya realizado y acomodar el planeamiento, con todos los complementos necesarios, a esa realidad. De forma que, frente a esa jurisprudencia a veces tan inflexible, resulta arriesgado alegar hasta la mejor intención de una modificación del planeamiento si imposibilita la ejecución de una sentencia anterior. La idea que late es que el interés público supremo es el de la ejecución de la sentencia -por estar conectado con un derecho fundamental y con la misma noción de Estado de Derecho- y que, ante él, todos los demás intereses públicos, aunque también tengan rango constitucional, decaen.

Pese a esta jurisprudencia, no pueden dejar de recordarse las sucesivas modificaciones de la LOUA, destacadamente la introducida por la Ley andaluza 2/2012 sobre integraciones de actuaciones irregulares en nuevos planes. Siguiendo al Magistrado Rodríguez Moral procede destacar que esas reformas ofrecen un marco legal que no existía cuando se aprobó el PGOU marbellí de 2010 y que abren unas posibilidades que deben ser tomadas muy en consideración para motivar en su caso eventuales determinaciones del nuevo plan que puedan conducir a la inejecución en sus propios términos de sentencias anulatorias de licencias.

Súmese a ello la jurisprudencia recordada más arriba según la cual las medidas alternativas a la demolición como ejecución de sentencias anulatorias de licencias pueden consistir, si así lo decide el Tribunal (a quien puede habérselo propuesto la Administración), en imponer "modificaciones obligatorias del planeamiento o determinaciones urbanísticas de carácter público o social con las que tratar de compensar la anterior vulneración de las normas urbanísticas cuya eliminación no ha resultado posible" o en "la participación o la colaboración material o económica de los causantes o responsables de la infracción o de los beneficiados por la misma" para "paliar o rehabilitar la situación de hecho producida (...) en el marco del esencial principio de equidistribución de beneficios y cargas".

Todo esto aumenta las posibilidades de la Administración para introducir en futuros planes determinaciones que eventualmente conviertan en legales actuaciones inicialmente ilegales; también, aunque con más restricciones, actuaciones declaradas ilegales por los Tribunales y con licencias anuladas por ellos. Pero al mismo tiempo aumentan su deber de motivación hasta evidenciar de forma poco menos que irrefutable que esas determinaciones están presididas por los fines genéricos y lícitos de la ordenación urbanística y no por el de conseguir derechamente la inexecución de sentencias.

Nótese, en cualquier caso, que estamos viendo aquí dos aspectos distintos, aunque en cierto modo son las dos caras de una misma moneda: los planes posteriores a una sentencia anulatoria de una licencia pueden aportar una causa de inexecución en sus propios términos de esa sentencia que entre en el incidente de ejecución por el cauce del art. 105.2 LJCA; pero, por otro lado, aquella misma sentencia es un límite a la potestad de planeamiento, límite que puede hacerse efectivo por los cauces ordinarios de los recursos contra el plan pero también ventilarse en ejecución de sentencia por la vía del art. 103.5 LJCA. Y procesalmente las dos vertientes pueden converger en el mismo proceso de ejecución de modo que el plan inicialmente alegado por la Administración como causa de inexecución conforme al art. 105.2 termine siendo declarado nulo a instancia del ejecutante de acuerdo con el art. 103.5 LJCA.

Hasta aquí hemos expuesto la posibilidad de que el plan que hace legal lo que era ilegal y que se invoca para conseguir la declaración de imposibilidad de ejecutar una previa sentencia anulatoria de licencia sea él mismo nulo y así se declare en ejecución de aquella sentencia. Pero conviene añadir que lo mismo se puede canalizar impugnando, no ese plan, sino el acto administrativo que, en aplicación de ese nuevo plan, legaliza la actuación originariamente ilegal. Sería una especie de recurso indirecto contra el plan que se desarrolla en el seno de una ejecución de sentencia. Pero en todo esto no hay nada nuevo sino sólo una variante procesal de lo mismo.

9. Exigencia de legalización administrativa para que el tribunal declare la imposibilidad de ejecutar la sentencia por aprobación de nuevo plan.



a) LA EXIGENCIA DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

Decíamos antes, como tercer condicionamiento de la imposibilidad de ejecución de sentencias anulatorias de licencias por nuevo plan, que no basta invocar éste ante el Tribunal sino que es necesario que la Administración se pronuncie previamente sobre la adecuación de la actuación ilegal al nuevo plan, es decir, sobre su posible legalización.

Así lo entendió el TS casi desde sus primeros pronunciamientos sobre esta causa de imposibilidad de ejecutar las sentencias. Y así afirmó que no cabía que la Administración (o el licenciatario u otra persona afectada) pidiese al Tribunal la declaración de imposibilidad de ejecución para que fuese el mismo Tribunal quien comprobase la adecuación de lo construido al nuevo plan. Tras un periodo titubeante, esa jurisprudencia se impuso y hoy resulta incuestionable. Numerosas SSTs lo confirman. Citemos sólo algunas:

- STS de 4 de octubre de 2006 (casación 2100/2004; Ar. 4579 de 2007). Tras citar SSTs anteriores, afirma radicalmente que no basta un nuevo planeamiento y su alegación ante el Tribunal de ejecución:

“... lo que se discute es si basta con la exclusiva circunstancia de la aprobación de un nuevo planeamiento posterior (...) para, de forma automática y sin más trámites, poder obtener un pronunciamiento jurisdiccional de inejecución legal de la sentencia. La respuesta no puede ser positiva”.

- STS de 9 de noviembre de 2006 (casación núm. 7354/2004 Ar. 8553 de 2007): parte de recordar las normas que regulan el procedimiento de legalización que debe seguirse ante actuaciones sin licencia. Y añade:

“... sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables..., la concesión de la correspondiente licencia), la Sala (...) no puede efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inejecución de la sentencia, por cuanto tal pronunciamiento de inejecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia”.

- STS de 6 de febrero de 2007 (casación 072/2004, Ar. 4387). La inercia de inejecución del art. 105.2 “no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra ordenada demoler en sentencia es legalizable o si la licencia (...) debe ser o no otorgada por haber desaparecido las circunstancias que, según la sentencia, lo impedían, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, de modo que, para ello (...) es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes de legalización a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla...”.

- STS de 5 abril 2013 (casación núm. 5785/2009; Ar. 4023). En su FJ 9º dice:

“Esta Sala ha declarado repetidamente (...) que la aprobación de un nuevo ordenamiento urbanístico no supone la legalización de lo indebidamente edificado (...) Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla, sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución...”

Ahora bien, el modo de articular y resolver esta clase de situaciones devenidas no es el que se ha seguido por la Sala de instancia (...) el incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción no tiene la finalidad de examinar y declarar jurisdiccionalmente si la obra es legalizable, sino la de comprobar si concurren o no causas de imposibilidad material o legal de ejecutar dicha sentencia, para lo cual «es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla».

Cuanto hemos dicho conduce a la estimación de este motivo de casación, al haber sido incorrecto el tratamiento y solución otorgados por la Sala de instancia a las cuestiones suscitadas en la ejecución, pues no debió pronunciarse sobre la legalización de las viviendas, lo que correspondía en su caso a la Administración”.

o) La particular que pretenda que el Tribunal declare esta causa de imposibilidad debe antes pedir la legalización a la Administración

Esta jurisprudencia tiene una consecuencia complementaria para el particular que quiera instar del Tribunal que declare la imposibilidad de ejecución de sentencia por aprobación de nuevo planeamiento: antes de dirigir al Tribunal esa petición debe haberla planteado ante la Administración. Lo explicitó ya la STS de 5 de junio de 2007 (Ar. 8360). Tras recordar que “la aprobación de nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción” sino que requiere un previo pronunciamiento administrativo sobre su legalización, añade lo que ha de hacer el particular interesado en suscitar ante el Tribunal la imposibilidad cuando no lo haga el órgano administrativo obligado al cumplimiento de la sentencia:

“... en el supuesto de que no sea dicho órgano obligado al cumplimiento de la sentencia el que promueva el incidente previsto en el art. 105.2 LJCA, el interesado en la declaración de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia debe acreditar ante el Juez o Tribunal competente para ejecutarla que la Administración (...) ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de tal imposibilidad...”.

O sea, que si la Administración no lo ha hecho de oficio, ese interesado debe de haber instado de alguna forma esa legalización administrativa y, sólo si la Administración la niega o no se pronuncia de ningún modo, puede él mismo instar la declaración judicial de imposibilidad.

Recuérdese que ya antes dijimos con carácter general que el art. 105.2 LJCA sólo confiere legitimación para instar la declaración judicial de imposibilidad de ejecución a la propia Administración pero que, según el TS, también lo podía hacer cualquier interesado tras haber pedido sin éxito a la Administración que planteara tal incidente. Lo que ahora se añade es que en los casos en que la supuesta imposibilidad derive de la aprobación de nuevo planeamiento aquella petición del particular a la Administración tiene que haber permitido a ésta que se pronuncie precisamente sobre si el nuevo plan permite la legalización.

Aplicando esto a nuestro supuesto, comporta que en cualquier caso, incluso aunque no sea el Ayuntamiento de Marbella quien inste esta inexecución, debe haber tenido antes la oportunidad de pronunciarse sobre la conformidad al nuevo plan de lo construido al amparo de la licencia anulada.

c) El procedimiento administrativo previo a la manifestación del art. 105.2 LJCA y el valor y contenido del pronunciamiento de la Administración

Como consecuencia de todo lo anterior, si una sentencia anuló una licencia y si la Administración entiende que la aprobación de un nuevo plan convierte en legal lo que a su amparo se hizo debe realizar ella misma, antes de suscitar la cuestión al Tribunal por la vía del art. 105.2 LJCA, un pronunciamiento sobre la posibilidad de legalización. E igualmente si alguien considera que la aprobación de nuevo planeamiento hace legal lo construido en virtud de la licencia anulada, debe intentar, antes de plantear al Tribunal el incidente de imposibilidad legal de ejecución, que la Administración haga esa declaración sobre la legalización *ex post*. Y para ello ha de tramitarse el procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad.

Ese procedimiento es el antes regulado en los arts. 185 y 186 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y después en los arts. 249 y 250 del de 1992, preceptos a los que expresamente suelen remitirse las sentencias que estamos analizando. Ahora eso mismo está regulado en las diferentes legislaciones urbanísticas autonómicas. En concreto, en Andalucía se aborda en los arts. 182 y siguientes LOUA y 39 y siguientes RDUU.

En realidad, lo que directamente se regula en todas esas normas es el procedimiento que debe seguirse ante actuaciones sin licencia, o sea, ante actuaciones que nunca contaron con licencia (o que se excedieron de lo autorizado por la existente). Pero ese mismo procedimiento es el que ha de sustanciarse en estos otros casos, los que aquí nos ocupan, en los que, aunque hubo licencia, fue anulada y hay ahora un nuevo plan que quizá ampare aquella actuación.

Pero aunque sea el mismo procedimiento, la resolución que, en caso de considerar legal conforme al nuevo plan la actuación, se dicte tendrá distinto valor: en los casos ordinarios se tratará de un auténtico acto administrativo con presunción de validez y eficacia por sí mismo que legalizará la actuación otorgando *a posteriori* la licencia de la que se carecía; en el caso que nos ocupa, por el contrario, el resultado positivo se materializará en un acto de la Administración muy peculiar, un acto no eficaz por sí mismo; en realidad, cabe decir, no propiamente un acto administrativo en sentido estricto, sino un acto no ejecutivo que simplemente juega como requisito para plantear ante el Tribunal la imposibilidad de ejecución de la sentencia. Más que una declaración de voluntad, diríase que es una declaración administrativa de juicio dirigida al Tribunal que será el que decidirá al resolver el incidente del art. 105.2 LJCA, resolución mediante auto en el que aceptará o no la legalización, declarará o no la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos y, en su caso, adoptará medidas que aseguren la mayor efectividad de la sentencia incluso fijando si procede indemnización.

Pero hay dos aspectos de la regulación andaluza sobre el restablecimiento de la legalidad y la legalización *a posteriori* sobre los que, en cuanto a su aplicación aquí, conviene alguna puntualización. Son, de un lado, la de los arts. 182.3 *in fine* LOUA y 48.4 RDU; y, de otro, la del art. 51 RDU. Luego analizaremos estos preceptos con más detalle. Ahora lo que hay que plantear es si también son aplicables ante el supuesto que nos ocupa.

- a) En virtud de los arts. 182.3 *in fine* LOUA y 48.4 RDU y, según ellos mismos dicen, en aplicación del principio de proporcionalidad, es posible que la Administración legalice construcciones pese a que tengan ilegalidades si son insustanciales y si su corrección exige actuaciones muy complejas y costosas. Según creemos, cuando se trata de proponer al Tribunal que declare la imposibilidad de ejecutar una sentencia anulatoria de una licencia por la aprobación de un nuevo plan, no cabe que la Administración opte ella misma por la legalización ante irregularidades

insustanciales también en relación al nuevo plan y de subsanación desproporcionada. Existiendo una sentencia que en principio hay que ejecutar en sus propios términos y, por tanto, restablecer la realidad física alterada, ese juicio de proporcionalidad corresponde al Tribunal y ni siquiera tiene que hacerlo conforme a las reglas de esos 182.3 *in fine* LOUA y 48.4 RDU. Lo único que puede hacer la Administración es apuntar al Tribunal esa desproporción para que sea éste el que decida sobre ella.

- b) En virtud del art. 51 RDU cabe que la Administración, pese a considerar que un edificio es ilegalizable y así declararlo, compruebe que la reposición de la realidad física es imposible y la sustituya por un cumplimiento económico equivalente. Y lo que aquí nos interesa es si esa alternativa también está a su alcance en la hipótesis que aquí se contempla; esto es, cuando se parte de una sentencia anulatoria de una licencia y se trata de legalizar o no lo construido a su cobijo. Esto debe quedar descartado. En tal situación, la Administración deberá simplemente señalar que ni siquiera conforme al nuevo plan la actuación realizada es legalizable y habrá de ser el Tribunal el que decida si por cualquier otra causa hay imposibilidad de restablecer la realidad física y, por ende, imposibilidad de ejecutar la sentencia. No será, por tanto, tampoco la Administración la que decida el cumplimiento equivalente sino el Tribunal el que decidirá sobre las medidas para la mayor efectividad de la sentencia y las indemnizaciones. Además, el art. 51.1 RDU tiene cuidado en aclarar que cuanto en él se dispone es "sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, en los casos en que haya mediado resolución judicial firme".

10. La exigencia de que el plan sea válido. El supuesto en el que el plan que fundamentó la declaración de imposibilidad es después anulado. Su aplicación en Marbella.

Desde luego que el plan posterior a la sentencia anulatoria de licencia que puede fundamentar que se declare la imposibilidad de ejecutar tal sentencia ha de ser un plan

valido, o, para ser mas exactos, un plan que no haya sido anulado y conserve, por tanto, su presunción de validez. Si en el momento en que se pretende la legalización ya hubiese sido anulado por cualquier causa no cabe de ninguna forma invocarlo ni para esa legalización administrativa ni, consecuentemente, para la declaración judicial de la imposibilidad de ejecutar la sentencia anulatoria de licencia. Esto es simple manifestación de los efectos para el futuro de la anulación de planes, como ya vimos (epígrafes 2 y sgs. del apartado IV), y no requiere de nuevas explicaciones. Baste recordar que tras la anulación de un plan no cabrá iniciar un procedimiento administrativo para la legalización basada en ese plan ni continuar el que ya se hubiese iniciado con esa misma finalidad ni nuevas resoluciones judiciales declarando la imposibilidad de ejecución con ese fundamento. Ya lo vimos y lo ejemplificamos para Marbella con la STSJ Andalucía/Málaga 908/2016, de 25 de abril (JUR\2017\30395).

Lo problemático y lo que importa para el Ayuntamiento de Marbella es el supuesto en el que, aprobado un nuevo plan (en el caso, el PGOU marbellí de 2010) y acordada en su virtud la declaración judicial de imposibilidad de ejecutar la sentencia que anuló la licencia, el plan es después declarado nulo (como sucedió con el PGOU de 2010) por cualquier causa. Ya abordamos antes un problema similar: el de la incidencia de la anulación de un plan sobre los actos administrativos de legalización dictados en aplicación de ese plan y lo resolvimos con el art. 73 LJCA. Ahora la situación es distinta porque partimos de una sentencia que anuló una licencia y de una resolución judicial que acordó la imposibilidad de ejecutarla con base en ese plan.

Sobre este concreto supuesto también se debería proyectar el art. 73 LJCA (recuérdese que no sólo se ocupa de actos firmes sino también de sentencias firmes que incluye, hay que entender, otras resoluciones judiciales firmes como son los autos). En principio, el art. 73 LJCA conduciría a concluir lo siguiente:

a) si la resolución judicial declarando la imposibilidad de ejecutar la sentencia todavía no es firme, la anulación del plan permitirá impugnar con éxito tal pronunciamiento;

o) pero si la resolución judicial declarando la imposibilidad de ejecutar la sentencia ya es firme, resultará inatacable pues la anulación del plan, dice ese art. 73, "no afectará... a la eficacia" de esas resoluciones firmes.

Pero la situación es algo más complicada por dos géneros de razones. De un lado, porque no siempre hay un auto declarando formalmente la imposibilidad de ejecutar la sentencia anulatoria de la licencia y sus consecuencias complementarias; de otro lado, porque el TS ha excluido la última de las conclusiones enunciadas.

En cuanto a lo primero no es infrecuente que, tras la sentencia anulatoria de la licencia y la aprobación de un plan que parece *prima facie* que legaliza lo actuado en virtud de la licencia anulada, nadie inste la ejecución y nadie, por tanto, promueva formalmente la imposibilidad de ejecución. Y tampoco es infrecuente que, incluso hecho todo eso, el Tribunal encargado de la ejecución dicte sólo un auto de archivo provisional u otro en el que, razonando sólo la "pérdida de objeto" de la ejecución o alguna otra causa, no se pronuncie realmente sobre la imposibilidad de ejecutar la sentencia (ni establezca las medidas complementarias, incluidas indemnizaciones) ni produzca una resolución con efectos de cosa juzgada. Estos casos, con distintas variantes, se han dado precisamente en la ejecución de sentencias anulatorias de licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella y la repercusión en ellas del PGOU de 2010. Lo ha puesto de relieve García de la Rosa, Magistrado del TSJ de Andalucía, y justamente en relación con los casos de Marbella. Y afirma que en estas situaciones es posible y pertinente que, tras la anulación del plan que en principio parecía dar sustento a la legalización, se continúe la ejecución de la sentencia, incluso de oficio.

Y respecto a lo segundo, partiendo de que sí haya un auto declarando la imposibilidad de ejecutar la sentencia anulatoria de licencia por la aprobación de un plan posterior, la consecuencia lógica derivada del art. 73 LJCA cuando esos autos devinieron firmes y que hemos expuesto ha sido negada ocasionalmente por el TS. En concreto lo hizo la STS de 4 de junio de 2013 (casación 1211/2012; Ar. 6705). Dice que aunque el auto que declaró la imposibilidad fuese firme, la anulación judicial posterior

del plan que permitió declarar esa inexecución obliga a reabrir el incidente de ejecución y a prescindir de aquella declaración judicial firme. Tras recordar que, conforme al art. 73 LJCA, las anulaciones judiciales de planes no afectan a las sentencias firmes (ni, se supone, a los autos firmes), dice que la situación que se plantea en estos casos es distinta y afirma que resulta "procedente (...) la reapertura del incidente de imposibilidad de inexecución de sentencia en el que, una vez desaparecido el PGOU de..., deberá decidirse sobre la concurrencia -o no- de causa de imposibilidad de ejecución...". Es una solución discutible que, además, salvo error, no encuentra apoyo -aunque tampoco contradicción- en otras sentencias.

Si aceptamos la doctrina de esta STS de 4 de junio de 2013 debemos concluir, corrigiendo en parte lo antes afirmado, que cuando se anule el plan que determinó la declaración judicial de imposibilidad de ejecutar esa sentencia, quedan sin efecto los autos -incluso los autos devenidos firmes- que declararon tal imposibilidad; procederá reabrir la ejecución; y cabrá reexaminar la situación a la luz de la situación creada (o sea, en principio a la luz del planeamiento revivido o, después, del que posteriormente se apruebe).

Es esto, además, lo que ha sucedido tras la anulación del PGOU del 2010 en múltiples procesos de ejecución de sentencias que anularon licencias dadas antes por el Ayuntamiento de Marbella. Unos sencillamente se han podido iniciar tras esa anulación; y otros han continuado o se han reactivado levantando la suspensión provisional acordada. A ese panorama añadimos sólo que, incluso si los autos que declararon la imposibilidad ganaron firmeza, la anulación del PGOU de 2010 permitiría, según esa STS de 4 de junio de 2013, reabrir su ejecución judicial. Eso sí, conforme a lo explicado más arriba, no habría óbice en volver a plantear incidente de imposibilidad legal de ejecutar la misma sentencia si se aprobase un nuevo plan que permitiera la legalización.

11. Ejecución de sentencias anulatorias de licencias y terceros de buena fe (art. 108.3 LJCA)

ÚNICA CONSIDERACIÓN LOS TRIBUNALES QUE LA EXISTENCIA DE TERCEROS ADQUIRENTES DE buena fe fuese causa de imposibilidad de ejecutar las sentencias que deban conducir a la demolición de edificios. Numerosas SSTs lo confirman.

Ahora, tras la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 108 LJCA por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, los terceros de buena fe tienen una cierta y modesta protección ante a esas sentencias.

Este nuevo art. 108.3 LJCA es aplicable a los casos en que las sentencias anulatorias de licencias sean anteriores a su entrada en vigor, incluso aunque ya hubiese comenzado su ejecución. También aunque ya antes se hubiese planteado un incidente de inejecución. Ambos extremos han quedado clarificados por la STS 1409/2017, de 21 de septiembre (casación 477/2016; Ar. 4038). Por tanto, el art. 108.3 LJCA puede aplicarse a muchas de las sentencias que anularon las licencias marbellíes.

Este precepto no entraña una nueva causa de imposibilidad de la ejecución. Comporta, más bien, como explica el TS en la ya citada sentencia 1409/2017 y en las 475 y 476/2018, ambas de 21 de marzo (casaciones 138 y 141/2017; Ar. 1631 y 1632), "una fase más de la ejecución" y unos poderes adicionales del Juez en esa fase de ejecución. No obstante, sí introduce una condición para que se lleve a cabo materialmente la ejecución que a veces puede retrasarla pues mientras no se fije y preste la garantía no cabe proceder a la demolición.

Su aplicación no requiere que estén previa o simultáneamente declarados los derechos indemnizatorios que se garantizan. Lo normal es que no estén determinados y que no se sepa, no ya su importe, sino ni siquiera a cargo de quien corra y a quien beneficie la eventual indemnización que se garantiza. Cabe decir por ello que es una medida cautelar para garantizar unos hipotéticos derechos indemnizatorios no reconocidos ni antes ni ahora. Por ello, naturalmente, el que en aplicación del art. 108.3 LJCA se imponga a un sujeto prestar garantías no prejuzga nada ni impedirá de ningún modo discutir el derecho y la correlativa obligación indemnizatoria en el proceso que corresponda.

Tampoco requiere ninguna petición de las partes ni de ningún interesado. Es una medida que el Juez debe adoptar de oficio. Por tanto, no tiene que pedirla -y normalmente no tiene sentido que lo haga- el Ayuntamiento. Tampoco tiene que aportar *motu proprio* los datos para que el Juez conozca los terceros de buena fe con un eventual derecho indemnizatorio. Cosa distinta es que el Juez pueda pedirle esos datos igual que puede pedirselos a otras Administraciones o a otros sujetos. Ello sin perjuicio de que si el Juez o Tribunal ordena la demolición sin cumplir el art. 108.3 LJCA habrá actuado ilegalmente y los interesados podrán impugnar la resolución judicial que acuerde la realización material de la demolición sin que se haya cumplido la condición en impuesta en ese precepto.

12. Rectificación: no todas las sentencias que anulan licencias han de conducir a la demolición; necesidad de procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad y posibilidad de legalización administrativa.

Hemos partido, conforme a lo que parece generalmente admitido, de que todas las sentencias que anulan licencias comportan inexorablemente el restablecimiento de la realidad física alterada a su amparo (o sea, para lo que aquí interesa, la demolición). Pero esa idea, así formulada como una regla absoluta, no se sostiene. Llegado es el momento de rectificar esa idea, de matizarla profundamente y de sacar las conclusiones de ello para nuestro objeto.

No tiene sentido afirmar que siempre y tajantemente la anulación de una licencia deba conducir indefectiblemente a la reposición de la realidad física alterada (normalmente, a la demolición de lo construido). Los vicios de una licencia -como los de cualquier acto administrativo- pueden ser de lo más variado. Puede, por ejemplo, que haya sido otorgada por órgano incompetente (lo que comportará de ordinario su anulabilidad) o incluso por el manifiestamente incompetente por razón de materia o territorio (lo que es vicio de nulidad). Entonces, hará muy bien la sentencia que resuelva el recurso que invoque tal incompetencia en anular la licencia. Pero será, a todas luces, injusto y hasta absurdo que por eso sólo se entienda que lo construido a su amparo deba

ser demolido. Piénsese ahora en una licencia dada con defectos de procedimiento, incluso prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; y la conclusión será la misma: deberá anularse la licencia pero será irracional que por sólo eso se entienda que hay que destruir lo hecho. Hablemos ahora de un vicio más grave: la licencia se concedió con cohecho; se debe declarar nula pues nulos son los actos que derivan de delitos; pero el cohecho, que puede producirse incluso para realizar actos legales (es el llamado cohecho impropio), no entraña ineludiblemente que el contenido de la licencia sea ilícito y, entonces, ordenar la demolición será un despropósito. Y vayamos ahora a casos algo más difíciles. Puede que una licencia sea ilegal e inválida porque se otorgó de conformidad con un plan no publicado y, por tanto, no vigente ni eficaz, o de acuerdo a un plan luego anulado: muy bien, pero con eso no se sabrá si también aplicando el plan anterior (el que había que considerar aún vigente por no publicación del otro) o el revivido (por nulidad del posterior) habría que haber dado la licencia y se habría podido construir lo mismo; entonces, decir que la anulación de la licencia, sin más análisis, debe llevar a la demolición de lo edificado es un desatino, una conclusión que de ningún modo se deduce de las premisas, un salto en el vacío sin ninguna justificación.

Los ejemplos podrían seguir y todos evidencian los excesos de la tesis que antes hemos expuesto como aparentemente dominante. Y sirven para comprender que lo único que hace una sentencia que simplemente anula una licencia es, permítasenos la perogrullada, anular una licencia. Nada menos. Pero nada más. Naturalmente, no cambia nada de esto el que la declaración de nulidad o la anulación de la licencia tengan efectos *ex tunc*. Eso sólo añade que habrá que considerar y actuar como si nunca hubiera habido licencia (como si de un edificio que nunca tuvo licencia se tratara).

Por tanto, lo que comportan estas sentencias anulatorias de licencias es simplemente esta realidad: hay una actuación (para lo que nos interesa, un edificio terminado y en uso) sin licencia. Y ante ello lo procedente es actuar tal y como las leyes establecen para las actuaciones -o concretamente para las construcciones- sin la licencia preceptiva. Es decir, sustanciando y resolviendo un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística ante actuaciones sin licencia.

En realidad, es eso lo que quiere afirmar el TS, aunque muchas veces lo haga, como hemos visto, con afirmaciones demasiado radicales y sin las matizaciones necesarias. Apunta esas matizaciones, aunque con poca claridad y escaso énfasis, cuando al menos dice que esa consecuencia de la demolición es propia de la "anulación de la licencia concedida con infracción de la normativa urbanística". Por tanto, no ya de cualquier anulación sino sólo de la anulación por haber infringido la normativa urbanística. En otras ocasiones, las expresa más claramente. Por ejemplo, en su sentencia de 3 de julio de 2000 (casación 2061/1995; Ar. 7004): lo que afirma es que "el éxito de la impugnación (de la licencia) ha de determinar, como inevitable consecuencia, la condena a la *demolición de todo lo que no se ajuste al planeamiento*". Y mejor en la STS de 15 de octubre de 2001 (casación 4022/1997; Ar. 8289):

"La restauración del orden jurídico conculcado por la concesión de una licencia ilegal no se produce por la simple anulación formal de la licencia sino que *exige la demolición de toda la parte de la obra que no sea susceptible de legalización*, tal como ha ordenado el Tribunal «a quo»."

Aquí, con acierto, se habla expresamente de legalización; o sea, de una actuación administrativa posterior en la que se resolverá si la obra es conforme o no con el planeamiento o si lo es en parte y en la que se acordará la legalización o la demolición o la legalización de parte y la demolición del resto. De hecho, los tribunales no descartan que sea procedente tras una sentencia anulatoria de licencia un procedimiento administrativo de legalización. Es ilustrativa, entre las recientes del TS, la sentencia 625/2016, de 16 de marzo (casación 1797/2015; Ar. 1437):

En cuanto a la pretensión, también formulada (...) encaminada a que declaremos que no procede la tramitación de un expediente de legalización o de reposición de la legalidad de cualquier tipo, hemos de precisar que lo improcedente, conforme a lo establecido en el art. 103.4 LJCA, son las actuaciones administrativas cuyo designio sea eludir el cumplimiento de la mentada sentencia de 20 de diciembre de 2001.

Y con esa lacónica explicación rechaza la pretensión. O sea, que acepta tácita pero palmariamente la posibilidad de que, tras una sentencia anulatoria de licencia, la Administración incoe ese expediente administrativo de legalización aunque, claro está,

siempre que no se haga para burlar la sentencia y con el propósito de eludir su cumplimiento, lo que no tiene que darse normalmente. Al contrario, ese procedimiento administrativo para decidir si procede la demolición o la legalización (o en parte demolición y en parte legalización) supondrá con frecuencia la consecuencia natural de las sentencias anulatorias de licencias, como hemos razonado.

En conclusión, además de las que expresamente acuerdan la demolición, sólo algunas sentencias anulatorias de licencias -las que hayan anulado por entender que vulneran materialmente la legalidad urbanística y que no quedan posibilidades de encontrarle otra justificación- comportan implícitamente el restablecimiento de la realidad física alterada a su amparo (demolición); sólo ellas hacen innecesario un posterior procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad para ver si procede la demolición o la legalización; sólo ellas comportan que lo que es en principio una sentencia puramente constitutiva o declarativa se convierta en sentencias de condena; y sólo ellas permiten que en su ejecución voluntaria o forzosa se pase, sin barajar la legalización, a ordenar la demolición.

Por el contrario, otras muchas sentencias anulatorias de licencias pueden y deben dar lugar a la tramitación por la Administración de un procedimiento para decidir la reposición de la realidad física o la legalización, y ello, por supuesto, sin necesidad de que la sentencia lo diga expresamente. Por eso dijo acertadamente la STS de 29 de noviembre de 1995 (apelación 4443/1991; Ar. 8559) que:

“... las sentencias no tienen por qué hacer necesaria referencia a las posibles posteriores legalizaciones de las edificaciones (...) lo que es un problema de la Administración urbanística y no, en principio, de los Tribunales de Justicia”.

Esto significa, en el fondo, que estas sentencias meramente anulatorias de licencias son asimilables a aquellas previstas en el art. 108.1 LJCA: las que condenan a la Administración a dictar un acto; o un acto de legalización o un acto ordenando al titular del edificio la reposición de la realidad alterada.

En suma, de lo hasta aquí expuesto se desprende que hay dos generos de sentencias anulatorias de licencias que tienen consecuencias distintas: sentencias que expresa o implícitamente condenan a la reposición de la realidad física alterada; y sentencias que, aunque también anulan la licencia, no resuelven sobre si lo realizado a su amparo es legalizable o no, si debe procederse a su legalización o a su destrucción. Estas últimas deben dar origen a un posterior procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad para decidir si se legaliza o se destruye. Y si la Administración decide que es legalizable y si por ello otorga *a posteriori* la licencia correspondiente no se habrá producido ninguna causa de imposibilidad de ejecutar la sentencia. Sobre esto último, que es capital, insistiremos después. Previamente conviene algunas observaciones complementarias sobre los casos en que no debe entenderse que las sentencias condenan a la demolición y sobre ese procedimiento que la Administración debe seguir tras las sentencias anulatorias de licencias que no deciden ni explícita ni implícitamente sobre la demolición.

13. El reforzamiento actual de la idea de que sólo algunas sentencias anulatorias de licencias entrañan la demolición: la necesidad de motivación especial de la demolición.

Se puede y debe aceptar, conforme a la jurisprudencia ya explicada, que algunas sentencias que simplemente anulan licencias entrañan el deber de demolición pese a que no tengan un pronunciamiento expreso en ese sentido. Pero esta especie de contenido implícito no puede afirmarse precipitadamente sino, antes al contrario, sólo cuando se deduzca meridianamente de la fundamentación de la sentencia. Esa conversión de una sentencia que en principio se presenta como puramente constitutiva o declarativa en una sentencia de condena -lo que más bien choca con los principios sustantivos y procesales más sólidos- debe administrarse con extraordinaria prudencia.

Pero si ya había razones para afirmarlo así, ahora las hay más y más poderosas. Sobre todo las aporta el nuevo art. 108.3 LJCA. Además de su significado directo (un cierto retraso en la ejecución material de las demoliciones mientras no se garantizan hipotéticas indemnizaciones para los terceros de buena fe) ofrece otro aspecto y otra

rectura que refuerza lo que decimos y que obliga a no deducir alegadamente de las sentencias que no ordenan expresamente la demolición que justamente eso es lo que quieren y a lo que han de conducir. Habla ese art. 108.3 del Juez o Tribunal que "ordene *motivadamente* la demolición". Y la expresión está cargada de intención y de significado. Lo han puesto de relieve sobre todo Alonso Mas y Revuelta Pérez que han insistido con razón en que esa referencia a la motivación propicia un cambio en la jurisprudencia en cuanto al automatismo de la demolición porque, aunque aparezca al regular la ejecución de las sentencias, afecta a las sentencias mismas y a todas las resoluciones judiciales sobre demolición que, antes de ordenarla, tendrán que realizar una ponderación de todas las circunstancias y un juicio de proporcionalidad. Así, frente a la tesis del TS sobre la procedencia de la demolición aunque la sentencia anulatoria de la licencia no lo haya expresado, afirman:

"A partir de ahora, esta última posibilidad queda absolutamente vedada: sólo si el fallo recoge expresamente la procedencia de la demolición podrá acordarse ésta en el incidente de ejecución (...) La demolición no será la consecuencia automática de la anulación de la licencia, sino que el órgano judicial deberá razonar atendiendo a las circunstancias, por qué procede la misma".

De este modo, la demolición no se podrá acordar por la mera anulación de la licencia sino tomando en consideración el grado de ilegalidad y lesividad de las obras y, en sentido contrario, en el otro lado de la balanza, la existencia de terceros de buena fe, la afectación a la seguridad del tráfico inmobiliario y la fe pública registral, la existencia de viviendas, la pérdida de puestos de trabajo...

Esa motivación específica en la que se ponderen los intereses en conflicto y se haga un juicio de proporcionalidad no puede exigirse, desde luego, a las sentencias anteriores a la entrada en vigor de ese art. 108.3 LJCA. Por tanto, no rige para las sentencias anulatorias de las licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella anteriores a esa fecha, que son todas las que aquí consideramos. Pero en tanto que nos estamos refiriendo a sentencias que no contenían un pronunciamiento explícito sobre la demolición y que de lo que se trata ahora es de dilucidar si deben conducir a considerar implícita en ellas una condena a la demolición, para ello sí es de aplicación actualmente

esa exigencia de motivación específica. Así que los autos que se dicten desde la entrada en vigor de ese nuevo art. 108.3 LJCA en ejecución de sentencias anteriores sí que deberán decidir sobre la procedencia o no de la demolición con esa exigencia formal de motivación y conforme a la exigencia material de ponderación y de proporcionalidad que late en ella. Dicho más simplemente: las ejecuciones actuales de aquellas sentencias anteriores sí deben estar presididas por esas exigencias de motivación, ponderación y proporcionalidad.

Como mínimo eso entraña, para lo que aquí más directamente nos importa, que de ninguna de las maneras cabe sostener que todas aquellas sentencias que anulaban licencias sin decir expresa o inequívocamente que comportaban la demolición conducen a esa demolición; que, lejos de ello, más bien al contrario, sobre la base de aquellas sentencias puramente anulatorias de licencias, sólo cabe concluir que en efecto comportan la demolición si de ellas se deduce con claridad total que lo realizado al amparo de esas licencias es materialmente ilegal sin posibilidad o resquicio de legalización y si, además, la demolición resulta proporcionada atendiendo a todos los valores en juego: al que en cada caso subyaga en la necesidad de restablecer la legalidad urbanística (que será variable según estén en juego suelos especialmente protegidos, zonas verdes, etc.) y a los que operan en sentido contrario (terceros de buena fe, derecho a la vivienda, puestos de trabajo, destrucción de la riqueza...). Cualquier resolución judicial (en especial, los autos que se dicten en ejecución de aquellas sentencias meramente anulatorias) o administrativa (en especial, las que se dicten en cumplimiento de aquellas sólo anulatorias) queda ahora sometida a esas reglas.

En consecuencia, hoy hay que desterrar la idea de que la demolición es la "consecuencia indefectible", "natural" e "irremisiblemente unida" a las sentencias anulatorias de licencias. Ahora hay que negar ese automatismo. O, como mínimo, matizarlo profundamente.

14. La regla general de la procedencia del procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad tras sentencias anulatorias que no contengan inequívoco pronunciamiento sobre la demolición

En la práctica, lo dicho conduce a afirmar que, como regla general, ante sentencias anulatorias de licencias que no contengan un pronunciamiento expreso de demolición, la Administración debe iniciar el procedimiento ordinario de restablecimiento de la legalidad en el que será ella la que decide si es procedente la legalización o la demolición (o, en su caso, la medida en que proceda una u otra). Incluso que, en caso de duda, o sea, si no está absolutamente segura de que la sentencia no deja más salida que la demolición, debe seguir esta vía para no dar por resuelto lo que la sentencia no resolvió ni privar a los particulares de un cauce que la sentencia no les negó. No es necesario que se lo ordene el Juez o Tribunal competente para la ejecución de la sentencia ni requiere su anuencia previa para proceder así. Basta que el Ayuntamiento, a la vista de la sentencia, haga su interpretación y decida sobre la pertinencia o no de incoar tal procedimiento. O sea, que es ella, en nuestro caso el Ayuntamiento de Marbella, quien debe decidir, primero, si inicia o no ese procedimiento y quien, después, debe resolver ese procedimiento y acordar la legalización o la demolición. Eso no corresponde al Juez o Tribunal de la ejecución. Hasta el extremo de que, si lo hace, más bien cabría pensar que está invadiendo las competencias administrativas, que está incurriendo en una intromisión indebida en la función administrativa que hasta se podría combatir por los cauces de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que esa actuación administrativa sí que estará sometida al control revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso al concreto del Juez o Tribunal encargado de la ejecución de la sentencia anulatoria de acuerdo con el art. 103.5 LJCA. Se insistirá después sobre esto.

15. Precisiones sobre el procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad tras sentencia anulatoria de licencia: legalización pese a ilegalidades; cumplimiento por equivalente

De acuerdo con lo razonado hasta aquí, muchas de las sentencias que simplemente anularon licencias sin establecer expresa o, al menos, implícita pero inequívocamente la demolición, deben llevar a la tramitación de un procedimiento



administrativo en el que se resuelve si procede su legalización o, si esta no es posible, su demolición.

Ese procedimiento, como ya nos consta, es el de restablecimiento de la legalidad ante actuaciones sin licencia, procedimiento que estaba antes previsto en los arts. 249 y 250 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (y antes todavía en los arts. 184 y 185 del de 1976), y que ahora regulan de forma similar la diferentes leyes autonómicas. En el Derecho andaluz, está en los arts. 182 y siguientes LOUA y 39 y siguientes RDUa. Este es, pues, el procedimiento que en muchos casos debió tramitar el Ayuntamiento de Marbella -como efectivamente hizo en varias ocasiones- y el que todavía deberá tramitar en otros casos.

En principio, no hay diferencias entre tramitar esos procedimientos frente a actuaciones privadas que nunca contaron con licencia y frente a aquellas otras que sí la tuvieron y han sido anuladas judicialmente. Pero este peculiar escenario que ofrece la existencia de una sentencia anulatoria de licencia obliga a aclarar algunos extremos.

a) Plan que hay que tener en cuenta para decidir legalizar o demoler

En los casos en los que la Administración procede *motu proprio* contra una actuación sin licencia (no con licencia anulada, sino que nunca tuvo licencia) se plantea, suponiendo que haya habido cambio en el planeamiento, cuál debe ser tenido en cuenta para confrontar con él la actuación y para decidir si debe legalizarse o demolerse. La legislación andaluza no resuelve esta cuestión. Sólo dice que la resolución depende de que "las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente" (art. 182.1 *in fine* LOUA). Con ello queda excluida, desde luego, la posibilidad de atender a una ordenación futura, aunque esté ya tramitándose. Pero ¿la vigente cuándo? ¿la vigente cuando debió pedirse la licencia y se realizó la actuación o la vigente cuando hay que decidir sobre la legalización o la demolición? Solución razonable es la plasmada en algunas leyes autonómicas:

Cuando el planeamiento vigente al tiempo de la incoación del expediente de legalización difiera del planeamiento vigente en el momento de la ejecución de las obras, se aplicará el más favorable al interesado”.

Ante la falta de respuesta de la legislación andaluza y lo razonable de esa solución, parece que puede también ser acogida en Andalucía.

b) Cabe la legalización administrativa pese a ilegalidades insustanciales si su corrección exige actuaciones desproporcionadas

Cuando la Administración actúa contra una actuación sin licencia (no con una licencia anulada, sino sin licencia alguna) procede legalizar (otorgar licencia *a posteriori*) si lo que se realizó es conforme a legalidad y procede denegarla y acordar la reposición de la realidad física en caso contrario. Ello, en principio, de forma igual que si en un procedimiento ordinario de otorgamiento de licencia se estuviera. O sea, que por esta vía no pueden legalizarse nada más que las actuaciones que realmente sean conformes a la legalidad (STS de 22 de abril de 2002, Ar. 5051) y que, si no lo son y se trata de obras, la Administración debe acordar la demolición sin posibilidad de opción; así, por ejemplo, SSTs de 14 de julio de 2000 (Ar. 6972), y 15 de enero de 2002 (Ar. 609). En esta última se lee: “en los casos de actuaciones que (...) contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada (...) No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos” sino que está obligada a “ordenar la demolición”. Y el principio de proporcionalidad no puede argüirse en contra. Lo dice expresamente, entre otras, la STS de 28 de marzo de 2006:

“Esta Sala (...) ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y *no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad*”.

Ahora bien, la LOUA admite que se proceda a la legalización de lo que no es completamente legal. Lo establece su art. 182.3 *in fine* bajo el rubro “restablecimiento del orden jurídico perturbado”. Por una parte establece que, conforme a lo que ya hemos

explicado, se debe proceder a la legalización solo cuando lo realizado sea por completo legal, igual que si se estuviera dando licencia previa en una situación ordinaria. Se plasma ello en su apartado 1 según el cual procederá "la legalización del correspondiente acto o uso o (...) la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, dependiendo, respectivamente, de que las obras fueran compatibles o no con la ordenación vigente"; y también en el inicio de su apartado 3: "Regirán para la solicitud de tramitación y resolución de la legalización las mismas reglas establecidas para las aprobaciones o licencias que deban ser otorgadas". Pero, tras esa regla general, el último inciso de su apartado 3 dispone:

"Reglamentariamente se establecerán los supuestos y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, quepa la legalización aun con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición".

En virtud de esa remisión, el RDUa establece en su art 48.4:

"Con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad se podrá solicitar y acordar la legalización de las actuaciones aún con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición. Como criterios a considerar para determinar la sustancialidad o no de la disconformidad con la ordenación urbanística, habrán de ser valorados, entre otros, los siguientes: a) Superficie que exceda de lo autorizado. b) Visibilidad desde la vía pública. c) Incidencia de la obra edificada en el resto del conjunto edificatorio. d) Solidez de la obra ejecutada. e) Afección a barreras arquitectónicas.

No se aplicará este principio en los supuestos contemplados en el artículo 185.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre.

No podrán beneficiarse de la aplicación de este principio los responsables de la infracción que hayan sido sancionados por infracción urbanística grave o muy grave, impuesta por resolución firme.

La resolución que ponga fin al procedimiento, dictada previos los informes técnico y jurídico que habrán de valorar el grado de disconformidad existente, habrá de motivar la aplicación del principio de proporcionalidad, y establecer la indemnización sustitutoria al aprovechamiento urbanístico materializado sin título, en su caso...".

c) Supuesto en el que, acordada por la Administración la reposición, resulta imposible: sustitución administrativa por cumplimiento económico equivalente

pensando en los casos en que la Administración se enfrenta con actuaciones que nunca contaron con licencia y en los que ha acordado el restablecimiento de la realidad física, la legislación aborda el supuesto en el que esa orden administrativa resulte de imposible ejecución. Pero esa misma regulación es aplicable cuando la Administración procede contra actuaciones que sí que contaron con licencia pero que ha sido anulada judicialmente.

Para tal hipótesis (ya se trate de que nunca haya habido licencia o de que ésta haya sido anulada) lo que prevé el art. 51 RDUa no es la pura inexecución sino lo que expresivamente llama "cumplimiento por equivalencia". Porque de un cumplimiento se trata, aunque no sea en los propios términos de lo acordado antes por la Administración. De este cumplimiento se dice que consiste en una "indemnización por equivalencia"; y esta indemnización, a su vez, puede ser "una cantidad en metálico" o "la cesión de una porción de terreno o edificación equivalente al aprovechamiento materializado sin título" (art. 51.2.1º RDUa). Por tanto, la resolución administrativa de reposición de la realidad puede ejecutarse en sus propios términos, o, si eso resulta imposible, con el pago de una cantidad en metálico o con la cesión de terrenos o edificaciones. En este último caso, la edificación que subsista, incluso aunque se satisfaga la compensación en metálico o en especie, no serán plenamente legal sino que quedará en situación de asimilados a fuera de ordenación (art. 53.2 RDUa).

La imposibilidad de la que habla el art. 51 RDUa puede ser "material o legal", términos iguales y claramente inspirados por los del art. 105.2 LJCA aunque se refieren a cuestiones jurídicamente distintas: éste a la "imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia" y aquél, el 51 RDUa, a la "imposibilidad material o legal de ejecutar (una) resolución" administrativa. Pero la idea de imposibilidad material o legal tiene que significar lo mismo en ambos casos. La imposibilidad material será física, constructiva, técnica... La imposibilidad legal derivará sobre todo del cambio del planeamiento; y, como para decidir si se legaliza o se demuele ya se habrá tomado como referencia incluso el planeamiento vigente en el momento de resolver, la

imposibilidad legal solo puede derivar de planes aprobados después de esa resolución administrativa y antes de su ejecución.

d) Plazo para el restablecimiento de la legalidad en estos casos y consecuencias de su superación

Los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística frente a actuaciones sin licencia están sometidos a ciertos plazos (art. 185.1 LOUA), salvo en el caso de las actuaciones más graves que pueden combatirse indefinidamente (art. 185.2 LOUA).

Lo que sobre todo hay que subrayar es que ese art. 185 LOUA es el que aquí debe tenerse en cuenta y no el plazo establecido para la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (quince/cinco años, según vimos antes). Sea para aceptar que el plazo es más corto (el del art. 185.1 LOUA) sea para admitir que no hay plazo (en los casos del art. 185.2 LOUA), es esto lo que hay que aplicar y no los plazos para la ejecución de sentencias por la potente razón de que aquí no se está ante la ejecución de una sentencia sino ante una actuación administrativa ordinaria en ejercicio de sus potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística. El hecho de que se parta de una sentencia anulatoria de licencia no cambia eso si aquella sentencia no decidió la demolición.

Lo que sí altera es el momento desde el que empieza a correr el plazo: en estos casos y en contra de la dicción del art. 185.1 LOUA, no deberán contarse desde la "completa terminación" de las obras sino, si es posterior, desde la firmeza de la sentencia anulatoria de la licencia que es la que en esos supuestos abre la posibilidad y hasta la necesidad del procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad urbanística (doctrina de la *actio nata*).

Además, probablemente quepa aceptar que las anteriores declaraciones judiciales de imposibilidad de ejecución de esas sentencias o de su simple suspensión

provisional motivadas por el PGOU marbellí de 2010 interrumpieron el cómputo de ese plazo.

Pero incluso admitido todo esto, cabe que esos plazos hayan pasado y que ahora resulte imposible acordar la demolición.

Ello, además de que el procedimiento debe tramitarse en el plazo de un año (art. 182.5 LOUA), tras el cual caduca sin que ese procedimiento caducado interrumpa los plazos de prescripción [art. 25.1.b) en relación con el art. 95.3.1º LPAC].

La superación del plazo para el restablecimiento de la legalidad frente al edificio cuya licencia ha sido anulada tiene las mismas consecuencias que la superación de ese plazo ante cualquier edificio que nunca contó con licencia. Por tanto, en Andalucía hay que estar a lo previsto en el art. 34.1.b), último párrafo, LOUA (reformado por Ley 2/2012) y en el art. 53 RDUa (reformado por Decreto 2/2012) que establecen para estos supuestos la situación de asimilado a fuera de ordenación en la que se permite otorgar licencias de "obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad" así como ordenar esas mismas obras más las de "ornato, incluidas las que resulten necesarias para evitar el impacto negativo de la edificación sobre el paisaje del entorno". Hay que suponer que también son posibles licencias de ocupación y primera utilización. Cabe, incluso, su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 28.4 TRLS/2015 y 52 del Reglamento aprobado por RD 1093/1997).

16. La intervención judicial en estas legalizaciones: no se trata de que el Tribunal declare la imposibilidad de ejecutar la sentencia pero sí puede haber control judicial.

Hemos insistido en que, partiendo de una sentencia que anuló una licencia sin pronunciarse ni expresa ni tácitamente sobre la demolición, las decisiones administrativas posteriores sobre la legalización (incluso conforme a un plan distinto del tenido en cuenta por la sentencia y aunque haya ilegalidades insustanciales) o sobre el

cumplimiento por equivalente no contradicen en principio la sentencia y no suponen imposibilidad de ejecutarla. Es así por la elemental razón de que ello no entraña la no ejecución de la sentencia que anuló la primitiva licencia ni, por tanto, una supuesta causa de imposibilidad de ejecución. Muy al contrario, comporta su ejecución perfecta, plena y en línea directa; tan perfecta, tan plena y tan en línea directa como si ese mismo procedimiento administrativo, por entender que la actuación es materialmente ilegalizable, culminara con una orden de demolición de lo construido y, a la larga, con esa misma demolición. Ni en un caso ni en otro se contradice un ápice a la sentencia (que, insistamos, en la hipótesis no acordó de ningún modo la demolición), ni a sus efectos jurídico-materiales ni a los procesales (la cosa juzgada y los efectos ejecutivos). Por eso, si la conclusión a la que se llega en ese procedimiento administrativo es que la actuación con licencia anulada es materialmente legal y procede su legalización (dándole *ex post* las licencias necesarias) no tiene el más mínimo sentido plantear un incidente de imposibilidad de ejecutar la sentencia por la obvia razón de que no sólo no hay tal imposibilidad sino que precisamente lo que se está haciendo es cumplirla. Y todo esto puede y debe llevarse a cabo por la Administración -por el Ayuntamiento de Marbella en nuestro caso- sin necesidad de una anuencia ni intervención judicial previa. O sea, en concreto, sin necesidad de ninguna resolución del Juez o Tribunal autor de la sentencia anulatoria y, más en concreto, sin que haya que emprender la vía del art. 105.2 LJCA.

No obstante, hay límites que pueden derivar de la misma sentencia. Por ejemplo, puede que decidiera que la licencia era ilegal porque era contraria a determinado plan interpretado éste de una concreta forma. Si es ésa la *ratio decidendi* de la sentencia, no cabrá, desde luego, que la Administración proceda luego a la legalización aplicando el mismo plan pero interpretándolo de otra forma. Ni, en general, cabrán legalizaciones que incurran en los mismos vicios que determinaron la anulación judicial de la primera licencia.

Es indudable, también, que estos actos de legalización son impugnables por el cauce ordinario (recurso contencioso-administrativo autónomo) y también en incidente de ejecución de sentencia. Es decir, que esta actuación administrativa de

restablecimiento de la legalidad urbanística pueda someterse al escrutinio judicial si alguna persona afectada entiende que se está realizando de manera desviada. Incluso eventualmente ese control judicial podrá realizarse en sede de la ejecución de la sentencia anulatoria de la licencia si, conforme al art. 103.4 y 5 LJCA, lo que se imputa a la actuación administrativa es que contradice la sentencia y se ha realizado con el fin de eludirla.

Ya tuvimos ocasión de recordar que el art. 51.1 RDUa aclara que lo en él dispuesto debe entenderse “sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, en los casos en que haya mediado resolución judicial firme”. Así tiene que ser, desde luego. Pero estas declaraciones administrativas de legalización o de cumplimiento por equivalente (que es la que se refiere ese art. 51 RDUa), incluso dictadas tras una sentencia anulatoria de licencia, son respetuosas con lo juzgado (si es que se parte de que la sentencia no decidió sobre la demolición) y compatibles con los poderes del Tribunal para hacer ejecutar lo juzgado y con el derecho a la ejecución de las sentencias.

En conclusión, para esta actuación administrativa posterior a las sentencias meramente anulatorias de licencias no es necesaria ninguna intervención judicial previa sin perjuicio del control judicial posterior a instancia de cualquier interesado, incluido el control que pueda desarrollarse en ejecución de la sentencia.

17. El supuesto de las sentencias penales anulatorias de licencias y su ejecución

a) Diversidad de pronunciamientos penales sobre las actuaciones urbanísticas realizadas

Reiteradamente hemos aludido al hecho de que, por las singulares vicisitudes que vivió el Ayuntamiento de Marbella, hay numerosas sentencias penales condenatorias en relación con sus actuaciones urbanísticas. Y que -y es lo que aquí nos importa- con frecuencia esas sentencias contenían en sus fallos la anulación de licencias de obras. Son sentencias -advirtámoslo ya- producidas a lo largo de varios años (de las

que nos sirven de referencia la primera, de 2007, y la última, de 2017) por diversos Juzgados de lo Penal de Málaga (las que se nos han facilitado son de los Juzgados núms. 5, 7, 8 y 10) y, por ello, con diversa estructura y argumentación. Muchas de ellas se dictaron de conformidad con los acusados y, tal vez por ello, aun con más sucinta fundamentación que no siempre facilita todos los datos ni desarrollan los argumentos que aquí nos resultan relevantes.

A decir verdad, en el conjunto de ese género de sentencias penales, ya no sólo las relativas a Marbella, hay diversas variantes. Por lo pronto, las hay que se refieren a casos en que no hubo licencia. Pero, incluso dentro de las que parten de la existencia de una licencia, las hay que acuerdan la demolición de lo construido en virtud de la licencia con cuyo otorgamiento se perpetró el delito. Las hay que acuerdan la anulación de tales licencias. Las hay que acuerdan ambas cosas (demolición y nulidad) pero también que sólo acuerdan una de ellas (demolición sin decir nada de la nulidad; o nulidad sin ordenar la demolición). Las hay, incluso, que, sin acordar ni la demolición ni la nulidad, ordenan a la Administración que proceda a la revisión de oficio de la licencia. Y, junto a ellas, hay también otras que no contienen ningún pronunciamiento de este género y se limitan a la imposición de las penas correspondientes, a veces con algún pronunciamiento complementario atípico.

Las sentencias penales relativas a licencias del Ayuntamiento de Marbella que hemos podido conocer no acuerdan la demolición pero sí que decretan la nulidad de la correspondiente licencia. Salvo excepciones, no hay, en lo que hemos visto, una específica motivación que justifique ni su falta de condena a la demolición ni su acuerdo de nulidad de la licencia. Sólo la aclaración de que esto fue lo pedido por el Ministerio Fiscal y, en su caso, las otras acusaciones. A veces, lo que se aplicó todavía fue el CP de 1973 (y el delito genérico de prevaricación) donde no había previsión de demolición (aunque tampoco de nulidad). En la mayoría se aplicó ya el CP de 1995. Pero, por lo general, se condenó por el delito tipificado en su art. 320 (no por el del 319, que es donde se contiene la previsión de demolición, como ahora se explicará). Lo que nos importa aquí son los efectos de tales pronunciamientos de nulidad de las licencias

de las sentencias penales. Pero para abordarlos correctamente conviene un planteamiento más general.

b) Cuestión previa: la intervención en los procesos penales de los interesados en mantener la validez y eficacia de las licencias

Los delitos urbanísticos pueden cometerse sin que haya mediado ninguna licencia. Será frecuente ante los hechos tipificados en el art. 319 CP. En tal caso (en el que cabe acordar la demolición pero no tiene sentido la anulación de licencia porque no existe), para que se acuerde la demolición es necesario que los que ya en ese momento del proceso sean titulares del inmueble hayan sido parte o se les haya dado la oportunidad de serlo.

En otros casos (sobre todo aquellos en que los hechos son subsumibles en el art. 320 pero también en algunos que encajan en el art. 319 CP) sí hay licencia (o algún acto administrativo que aparentemente legitime la actuación ilegal). Entonces para acordar la demolición o la mera anulación de esa licencia deben haber sido partes del proceso penal (o que se les haya dado la oportunidad de serlo), además del licenciatario, la Administración que produjo ese acto y los que ya en ese momento fueran titulares de derechos sobre el inmueble afectado.

Si esos sujetos no fueron parte ni se les dio la oportunidad de serlo y si, pese a ello, la sentencia penal acuerda la demolición o la nulidad de la licencia, se habrá incurrido en un vicio procesal causante de indefensión que en su caso podrá combatirse en un incidente de nulidad de actuaciones si se dan los demás requisitos del art. 241 LOPJ. Cabría a veces incluso un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental del art. 24 CE. Así, aunque no se afectaría a los demás pronunciamientos del fallo (los propiamente penales), sí se pondría en cuestión la demolición o la anulación de las licencias.

Las sentencias penales que hayan acordado la demolición o la anulación de licencias del Ayuntamiento de Marbella deben ser analizadas desde esta perspectiva. No

podemos hacerlo aquí para todas ellas (que además no conocemos) ni con el casuismo que ello requiere. Pero sí apuntar algunas ideas.

Ha sido normal que el Juez o Tribunal penal, si observaba al dictar sentencia que no se había dado oportunidad de defensa a todos esos sujetos, en vez de intentar reconstruir correctamente la relación jurídica procesal, decidiera no imponer la demolición ni la anulación de la licencia para así no vulnerar el art. 24 CE. Buen exponente de ello es la SAP de Málaga, precisamente en un caso relativo a Marbella, 17/2017 de 20 enero (JUR 2018\125244):

“Tampoco procede, tal y como solicita la acusación (...), por motivos obvios, la declaración de nulidad de la concesión que el Ayuntamiento de Marbella haya podido conceder a un tercero que no ha sido parte en la causa (...); la proscripción de la indefensión prevista en el art. 24 CE lo impide”.

Pero en algunos casos no ha sido así. De las relativas a Marbella que aquí nos sirven de referencia la más explícita y reveladora es la del Juzgado de lo Penal nº 7 de Málaga 577/07, de 5 de diciembre de 2007. Su fundamento 13º es de este tenor:

“Conforme a lo dispuesto en la LPA (sic) procede declarar la nulidad de pleno derecho de las licencias otorgadas que no conllevará como consecuencia necesaria en la vía penal su demolición al no haber sido traídos al procedimiento como responsables civiles los titulares de las licencias de obra mayor que ahora se anulan”.

Y en su fallo dice: “Se declara la nulidad de las licencias de obra mayor concedidas a (...), debiendo estar y pasar el Ayuntamiento de Marbella por esta declaración en cuanto responsable civil”.

Lo que en este momento importa poner de relieve es que en esta sentencia -al menos en ésta y no sabemos en cuantas más- sí queda claro que no intervinieron en el proceso ni se les ofreció la posibilidad de hacerlo los sujetos a los que se habían otorgado las licencias. Menos aún los adquirentes de los edificios construidos, si es que los había ya en aquel momento. Y siendo así, no se puede comprender -o no se puede compartir- que sí se declare la nulidad de las licencias. Es decir, que la misma razón que

nevo con acierto al Juzgado a no acordar la demolición de lo de llevar a no acordar la nulidad de la licencia. O, dicho de otra forma, que es incoherente explicar que no se decreta la demolición porque los licenciarios no han podido defenderse pero sí acordar la nulidad de sus títulos habilitantes.

Todo esto debe tenerse en cuenta y valorarse para ver en qué supuestos pudo producirse indefensión real y en cuáles todavía sería posible alguna forma de reacción.

La cuestión que nos ocupa tiene aún otro aspecto relevante y complicado. Lo que esos sujetos que quieren contradecir la petición de demolición o de anulación de licencia han de tener es una posición procesal que les permita hacer precisamente eso: luchar contra la demolición y contra la anulación de la licencia. Pero esto -a diferencia de lo que sucedería en un contencioso-administrativo en el que se personarían como demandados junto a la Administración- no tiene fácil encaje en el proceso penal; o no lo tiene siempre. Y esto está planteando problemas y los ha planteado en varios de los procesos penales seguidos ante licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella.

Si se trata de la personación y actuación procesal del mismo Ayuntamiento que otorgó la licencia cabe canalizarla quizá como responsable civil (responsable civil subsidiario, según se explicará después). Es lo que, como hemos visto, sucedió en el caso enjuiciado por la citada sentencia del Juzgado de lo Penal nº 7 de Málaga 577/07 que condenó al "Ayuntamiento de Marbella (...) en cuanto responsable civil". Pero en otras sentencias el mismo Ayuntamiento aparece como acusación particular (de hecho, normalmente, se adhirió a las conclusiones y peticiones del Fiscal), no, por tanto, defendiendo sus licencias sino en la posición contraria. Por ello los fallos de esas sentencias, aunque acuerdan la nulidad de las licencias, no nombran siquiera al Ayuntamiento marbellí como condenado en ningún concepto. Con independencia de esta anomalía, en estos supuestos no hubo indefensión municipal aunque, por así decir, renunció a la defensa de sus actos y optó por atacarlos.

Pero la posición de los otros interesados -sobre todo de los titulares de los inmuebles afectados- es más difícil, casi inevitablemente absurda. Y ello porque se ven



obligados a actuar como acusadores pese a que su pretensión es más bien la propia de una defensa: que no se acuerde ni la demolición ni la anulación de la licencia. Son, cabe decir, víctimas del delito y, así vistos, es lógico que se puedan personar como acusación privada; pero serían aún más víctimas de la demolición o de la anulación de la licencia de modo que lo que hacen, por contradictorio que pueda resultar, es defender la legalidad de la licencia o, por lo menos, la improcedencia de la demolición y de la anulación. En algunos casos, los Juzgados critican abiertamente esta actitud bipolar de acusadores/defensores. En los casos marbellíes es exponente de ello la sentencia 223/16, de 31 de mayo de 2016, del Juzgado nº 8. La sentencia critica que la beneficiaria de la licencia que se personó como acusación particular "se ha erigido en una verdadera defensora del mantenimiento de las ilícitas consecuencias de los citados actos administrativos ilegales y presuntamente delictivos por los que ha adquirido la condición de perjudicada y parte en el proceso". Pero esto, antes que censura a esa actitud procesal, lo que evidencia es la inadecuación del proceso penal para abordar estos supuestos y decretar demoliciones o anulaciones de licencia. Acaso cabría plantear que esta inadaptación del proceso penal por no ofrecer un cauce adecuado para la defensa de los derechos de esos sujetos (aunque se hayan personado como acusadores) puede producir también una vulneración del derecho del art. 24 CE. No cabe descartarlo radicalmente y en todo caso. Pero la Sala 2ª del TS no lo ha acogido. Es su sentencia 854/2016, de 11 de noviembre (Ar. 5434) la que lo demuestra. Los titulares de las viviendas ("unos inocentes extranjeros, desconocedores de la lengua y del sistema jurídico español, con actuaciones lamentables del Ayuntamiento, Notario y Registrador...") cuya demolición se acordó en la sentencia penal recurrieron alegando vulneración del art. 24 CE y del art. 6 CEDH. Pero el TS, tras dar explicaciones sobre la procedencia de la demolición y "reconociendo que es muy lamentable el engaño sufrido por los perjudicados", niega su indefensión con este aserto: "... no puede sin embargo compartirse el alegato de los recurrentes sobre (la) indefensión sufrida, habida cuenta (...) de su personación como acusaciones particulares a lo largo de todo el procedimiento, calificando, proponiendo prueba y medidas de todo orden en defensa de su derecho". O sea, que da por bueno que el acusador actúe de defensor; y que, por ello, no ve indefensión. Pero si eso no hubiese sido posible, si no se hubiese permitido a

estos mismos acusadores combatir la demolición o la anulación de licencias, si que cabría pensar en una real indefensión y en los remedios para paliarla.

Súmese a lo anterior que esas sentencias penales no prevén nada sobre el acceso al Registro de la Propiedad de su acuerdo de demolición o de su anulación de licencias, que, en efecto, parece no haberse producido, lo que ahora puede repercutir a diversos efectos en la posición de los adquirentes posteriores.

Por otra parte, en la ejecución de esas sentencias pueden tener intervención estos terceros adquirentes, tanto las que ya lo fuesen antes como los que hayan sido con posterioridad. Lo permite el art. 538.3 LEC (que, como ahora se verá, es aplicable en defecto de normas específicas de la LECr) que se refiere a "aquellas personas frente a las que no se haya despachado la ejecución pero a cuyos bienes haya dispuesto el tribunal que ésta se extienda por entender que, pese a no pertenecer dichos bienes al ejecutado, está afectos los mismos al cumplimiento de la obligación por la que se proceda".

c) La demolición acordada en sentencias penales

Aunque, como hemos dicho, las sentencias penales relativas a Marbella que aquí nos interesan no acuerdan demoliciones, sino la anulación de licencias, es oportuno, incluso para calibrar el alcance de estas otras, recordar lo establecido en cuanto a la demolición ordenada en sentencias penales. Con ese propósito nos adentramos en ello y sólo, pues, para establecer un marco de referencia. Lo podemos exponer en los siguientes puntos:

- La posibilidad de acordar la demolición en las sentencias penales que condenan por delito urbanístico está claramente establecida en el art. 319.3 CP desde su redacción original. Ahora comienza diciendo:

"En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado

original de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe...”.

Debe notarse que el precepto transcrito se contiene en el art. 319, no en el 320 ni como una disposición común a ambos. Y el art. 319 CP tipifica delitos cometidos por sujetos privados que normalmente habrán actuado sin licencia administrativa. Es el art. 320 CP el que se ocupa de los delitos en que medien “licencias contrarias a las normas urbanísticas” y en él no hay previsión de demolición, aunque el TS no ha hecho una clara distinción en cuanto a esto entre los dos tipos de delitos urbanísticos. Además, a veces, ante hechos urbanísticos se condena por delitos genéricos (prevaricación, cohecho...) para los que no hay una norma específica sobre demolición.

El art. 319.3 CP atribuye la posibilidad de acordar la demolición a “los jueces y tribunales” y, en principio, sólo si condenan penalmente (tal vez con las excepciones del art. 119 CP). No dice el precepto que ésa es una posible determinación de la sentencia y sólo de ella. Pero así se entiende correctamente. Es decir, que lo que en él se prevé no es acordar esa demolición en ejecución de sentencia si no está pronunciada en la misma sentencia.

Nada dice el art. 319.3 CP sobre la anulación de la licencia. No tendría sentido que lo hiciera puesto que esta demolición puede acordarse frente a edificios realizados sin licencia alguna. Es más, en principio esa previsión se encuentra en un artículo que tipifica conductas en las que lo más normal es que no haya habido licencia. Pero, en tanto que se acepte que también la demolición puede acordarse frente a construcciones con licencia, hay que entender que ese acuerdo de demolición, aunque no una declaración de nulidad propiamente dicha, comporta la pérdida de eficacia de la licencia y algo similar, no idéntico, a su “revocación indirecta” e implícita.

- Claro es el art. 319.3 CP en cuanto al sujeto al que se impone la demolición: el “autor del hecho” (“a cargo del autor del hecho”, dice); o sea, el condenado como autor del delito. Aquí hay una diferencia importante con las demoliciones acordadas en vía administrativa y contencioso-administrativa que pueden ser impuestas a los titulares posteriores del inmueble o incluso (según antes vimos que generalmente se acepta) a la

Administración, lo que en el ámbito penal no se contempla. Esta diferencia cambia muchas cosas: aquí, aunque haya condena a demolición, no hay condena a la Administración sino primera y principalmente, al autor del delito; por tanto, en principio, no es la Administración la que está obligada a realizar una actividad ni contra ella se dirigirá inicialmente la ejecución forzosa de la sentencia. Consiguientemente aquí, en principio, no tiene sentido que a raíz de la sentencia la Administración siga el procedimiento de restablecimiento de la legalidad frente a actuaciones urbanísticas manifiestamente ilegales. Cosa distinta es si puede recaer la obligación de demolición sobre otros partícipes del delito o sobre los responsables civiles subsidiarios del delito (entre los que acaso pueda estar la Administración). Por ahora, retengamos sólo que los jueces penales no pueden imponer la demolición a los terceros adquirentes ni directamente a la Administración como si fuese la condenada principal a ello; que tampoco tiene sentido que haya una orden administrativa de demolición; y que menos lo tiene que la Administración, de acuerdo con el art. 52.3 RDU, proceda a la ejecución subsidiaria.

- Es seguro que este deber de demolición no es una pena. Sin duda, como en el ámbito administrativo, es una medida para restablecer la legalidad. Pero, aceptando esto, la cuestión es si puede considerarse una específica forma de responsabilidad civil derivada del delito. Así lo entiende el TS que acepta que se trata de una forma peculiar de responsabilidad civil derivada del delito. De entre las tres modalidades de responsabilidad civil que enuncia el art. 110 CP (restitución, reparación del daño e indemnización), la demolición encaja algo mejor con la reparación del daño de la que el art. 112 CP dice que "podrá consistir en obligaciones de (...) de hacer (...) y que el Juez o Tribunal determinará si han de ser cumplidas por "el culpable" o "pueden ser ejecutadas a su costa". Por tanto, si estamos ante una modalidad peculiar de responsabilidad civil derivada del delito, la regulación de ésta (las de los arts. 109 a 122 CP y concordantes de la LECr) es aquí de aplicación y a ella habrá que estar para todo lo que no se oponga al art. 319.3 CP. Entre otras consecuencias relevantes, ese encasillamiento en la categoría general de la responsabilidad civil derivada del delito lleva a admitir que, además de imponerse al condenado como autor del delito, puede también recaer sobre otros sujetos (arts. 116 a 122 CP). En concreto, cabe la

responsabilidad civil subsidiaria de la Administración de acuerdo con el art. 121 CP. Pero ello sólo si se dan las condiciones de ese art. 121, si así se pidió por alguna de las partes, si se declara en la sentencia y, por supuesto, habiendo participado la Administración en el proceso precisamente en tal condición de responsable civil subsidiario. Recuérdese que el Ayuntamiento de Marbella sí que tuvo en alguno de esos procesos penales tal intervención pero que en otros muchos se personó y actuó como acusación particular.

- Con claridad, el art. 319.3 CP prevé la demolición como una facultad del órgano judicial penal, no como algo imperativo que necesariamente deba decretar. Para empezar, es necesario que la medida haya sido solicitada por alguna de las partes. Además, acordarla exige una especial motivación ("...motivadamente, podrán ordenar..."). Este deber específico de motivación en la sentencia ha sido ensalzado por la Sala 2ª del TS que, además, saca de él consecuencias relevantes. Lo reflejan bien, entre otras, las SSTs 816/2014, de 24 de noviembre (Ar. 6004) y 586/2017, de 20 de julio (Ar. 3367):

"Si el texto (del art. 319.3 CP) insiste en exigir lo que de por sí es un mandato constitucional para cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista un delito...".

Ya se ha dicho más arriba que la demolición ha de acordarse precisamente en sentencia (no cabe sin esa declaración acordarla en ejecución de sentencia). Ahora añadimos que ha de ser acordada, no sólo expresamente (no cabe entenderla como una declaración implícita que se pueda deducir de que en la fundamentación de la sentencia quede clara la contradicción con las normas aplicables), sino con una motivación específica. De modo que se niega radicalmente su "automatismo", es decir, se rechaza que siempre que se condene por estos delitos sea consecuencia necesaria. Ahora bien, para el TS, aunque no es una consecuencia automática, sí es la consecuencia normal, la que ha de adoptarse como regla general. Queda terminantemente claro en la STS, Sala 2ª, 73/2018, de 13 de enero (Ar. 561):

La regla general es que se acuerde la demolición; la excepción, que se eluda ese pronunciamiento en circunstancias especiales (...) La reparación en la modalidad de demolición de la construcción ha de ser (...) en principio, la regla. Es a lo que literalmente obligaría el art. 109 CP. El art. 319.3 CP no habilita para considerar meramente opcional lo que, en principio, tiene carácter necesario. Una adecuada comprensión sistemática de la disposición nos sitúa en un marco de limitada discrecionalidad. Se permite a los tribunales modular tal deber legal en virtud de las particularidades del caso concreto, barajando criterios de proporcionalidad. Se evita la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho; pero se abre una válvula de escape para esquivar medidas desmesuradas que comportase un eventual grave perjuicio para la colectividad de regir a ultranza el imperativo de la demolición fueran cuales fueran las circunstancias".

Esta regla general según la cual lo normal debe ser que la sentencia penal condenatoria acuerde la demolición no se puede burlar con una simple remisión a la Administración y a la jurisdicción contencioso administrativa. Ni siquiera se admite esa remisión por el hecho de que se esté ya tramitando en vía administrativa y hasta contencioso-administrativa el restablecimiento de la legalidad o una eventual legalización.

Más abierto queda lo que el Juez o Tribunal penal debe tener en consideración para tomar esta decisión; más exactamente para exceptuar la regla general de la demolición. Las mismas SSTs 586/2017 y 73/2018 citadas apuntan algunas ideas:

"El art. 319.3 no introduce criterio orientador alguno para adoptar una u otra decisión. Han de ponderarse factores como la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor; comprobar si están implicados sólo intereses económicos, o también derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia. Asimismo puede atenderse a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción (especial protección, destinados a usos agrícolas, etc.)".

Aunque como se ve reconocen un posible juego del principio de proporcionalidad, ambas sentencias contienen una lacónica afirmación que reduce su operatividad: "Siempre será proporcionada la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado".

- Nada se ha previsto específicamente sobre la ejecución de las decisiones penales de demolición. Aun así, es seguro que aquí -a diferencia de lo que vimos ante sentencias contencioso-administrativas que explícita o implícitamente condenaban a la demolición- ni la Administración, que no es la condenada a la demolición por la sentencia penal, tiene una obligación de cumplimiento voluntario de demoler ni la ejecución forzosa se dirigirá en principio contra ella: el obligado a esa demolición y el que si no lo hace sufrirá la ejecución judicial forzosa será el condenado como autor del delito, no la Administración. Por tanto, ante estas sentencias penales, ningún sentido tiene que el Ayuntamiento tramite un procedimiento de restablecimiento de la legalidad. En tanto que la demolición se considera una forma de responsabilidad civil del delito, para su ejecución rigen las reglas de la LEC por disponerlo así la LECr (art. 989). Pero ni en una ni en otra Ley procesal se encuentran preceptos específicos para la ejecución de las demoliciones que, en principio, por tanto, han de encauzarse conforme al art. 706 LEC sobre ejecución de sentencia con “condena de hacer no personalísimo”. Tampoco hay reglas específicas sobre la imposibilidad de ejecución de las sentencias, en concreto de este específico pronunciamiento de demolición. Lo que sobre todo nos interesa es la eventual imposibilidad legal por aprobación de nuevas normas que a falta de regulación específica hay que abordar con el marco general del art. 18 LOPJ. Lo cierto en cualquier caso es que también en este ámbito penal, igual que en el contencioso-administrativo, la aprobación de nuevas normas conforme a las cuales se convierta en legal lo que era ilegal aporta una causa de imposibilidad legal de ejecutar la demolición previamente acordada en términos similares a los que vimos en el otro orden jurisdiccional. Dice, por ejemplo, la STS 586/2017, de 20 de julio (Ar. 3367), que cabe “dejar la misma (la demolición) sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal”. Es ilustrativa la SAP Sevilla 30/2018, de 12 de enero (Ar. APR/2018/202). Dice que ni el Decreto andaluz 2/2012 (que permite ciertas legalizaciones de edificios ilegales) ni un futuro plan (por ahora en Avance), le impiden acordar la demolición. Pero añade:

“Ahora bien, todo ello sin perjuicio de que en aplicación y desarrollo del Decreto 2/2012 (...) en ejecución de la sentencia pueda dejarse sin efecto la demolición acordada si el condenado acredita que su construcción ha sido, en su

caso, objeto de regulación (sic) conforme a la normativa administrativa que se apruebe".

Por tanto, lo dicho sobre la imposibilidad de ejecución de sentencias contencioso-administrativas, en particular por aprobación de nuevas normas (muy destacadamente por nuevos planes), puede trasladarse a las sentencias penales que acuerden la demolición. Respecto al cauce para que los interesados manifiesten la concurrencia de causa de imposibilidad y para que el órgano judicial la acuerde, no hay una regulación similar a la del art. 105.2 LJCA. Quién o quienes están legitimados para invocar la causa de imposibilidad, en qué plazo, cómo se tramita y en qué deben consistir las medidas para asegurar la mayor efectividad de la ejecutoria (incluidas indemnizaciones), son cuestiones que se plantean también en esta sede pero que no cuentan con una regulación específica. Desde luego, no puede decirse que el art. 105.2 LJCA sea de aplicación supletoria. Pero *mutatis mutandis* las soluciones han de estar en la misma línea. Y ha de aceptarse que la Administración -el Ayuntamiento de Marbella, en nuestro caso- aunque no sea aquí la condenada, sí que podrá manifestar al Juez o Tribunal penal la existencia de una causa de imposibilidad de ejecución para que éste, si la cree efectivamente concurrente, la declare de acuerdo con el art. 18 LOPJ. Sólo aportará una causa de imposibilidad legal el plan ya en vigor (no el que esté en tramitación) y que no haya sido aprobado con el fin de evitar la ejecución, al igual que explicamos para las sentencias contencioso-administrativas. Pero aquí no hay preceptos equivalentes a los del art. 103.4 y 5 LJCA de modo que el plan aprobado con el designio de no ejecutar la demolición acordada por la jurisdicción penal habrá de impugnarse mediante recurso ordinario ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Tampoco es seguro si para invocar y apreciar esta causa de imposibilidad de ejecución debe partirse de un pronunciamiento administrativo sobre la legalización (como exige la jurisdicción contencioso-administrativa a sus efectos) o si basta alegar ante el órgano judicial penal la existencia del nuevo plan para que sea éste quien, en su caso con la prueba pericial que estime pertinente, declare la conformidad de lo realizado con el nuevo plan y la consecuente imposibilidad de ejecución de la demolición. Sea como fuere, ese previo pronunciamiento administrativo no será ocioso y su existencia facilitará la labor del Juez o Tribunal penal por lo que puede considerarse como mínimo aconsejable que la Administración cuando manifieste al órgano judicial la posible existencia de esta causa

de imposibilidad lo haga, no sobre la mera base de un nuevo plan, sino tras haber tramitado un procedimiento en que así lo concluya.

- Desde su redacción inicial, el art. 319.3 CP terminaba, tras admitir la posibilidad de acordar la demolición, que ello era "sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe". Admitía, pues, que quizá los terceros tendrían derecho a indemnización pero ni decía que realmente tuviesen tal derecho ni, en su caso, dónde ni cuándo se concretarían tales derechos indemnizatorios. Lo único que podía deducirse de esa coletilla es que la existencia de esos derechos de terceros no impedía acordar la demolición ni, cuando llegara el momento, ejecutarla. O sea, que por sí misma no ofrecía ninguna protección para esos terceros de buena fe sino todo lo contrario.

Aun así, en aplicación de los preceptos generales sobre responsabilidad civil derivada del delito, era posible que la sentencia, además de imponer la pena, condenara ella misma al pago de indemnizaciones a esos terceros. Es lo que por ejemplo se hizo y se justificó plenamente en la STS, Sala 2ª, 443/2013, de 22 de mayo (Ar. 3990) en la que la indemnización alcanzaba "el precio abonado y los gastos satisfechos por la compra de la vivienda" y en la que también se aclaró que esos terceros de buena fe no son sólo los del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Es importante retener este dato: que la misma sentencia puede condenar a las penas, a la demolición y a las indemnizaciones en favor de terceros perjudicados; pero el condenado a pagar esas indemnizaciones es el autor del delito, no la Administración. Si acaso, alguna vez podría ser responsable civil subsidiaria conforme al art. 121 CP, no condenada directa al pago de esas indemnizaciones que es lo que se acepta como normal en los casos de aplicación del art. 108.3 LJCA. Pero en lo que conocemos, las sentencias por delitos urbanísticos relativas a Marbella no contienen estas condenas a pagar indemnizaciones a los terceros de buena fe.

Con la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el art. 319.3 CP, tiene un nuevo un inciso, el marcado en cursiva:

"En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado

originales de la realidad física afectada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas...”.

Muchos son los interrogantes que suscita esa previsión que se asemeja al novedoso art. 108.3 LJCA pero que, por su redacción en parte diversa y por insertarse en un contexto muy distinto, tiene singularidades respecto a aquél.

Así puede suceder también en la jurisdicción penal. Si ése es el caso, no parece posible aplicar los preceptos que la LECr dedica a la prestación de fianzas y embargos (arts. 589 y ss) ni tampoco, en cuanto a la Administración concierne, los relativos a las fianzas para asegurar la “responsabilidad civil de terceras personas” (arts. 615 y ss.) pues todos ellos están encaminados a “asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes” en la sentencia penal, lo que no es la hipótesis analizada. Pero, como acabamos de ver con el ejemplo de la STS, Sala 2ª, 443/2013, de 22 de mayo, podría ocurrir que la sentencia penal sí que establezca ella misma tales indemnizaciones. Y en ese caso la fijación de garantías se haría sobre una base mucho más sólida.

En cualquier caso, igual que ha dicho la Sala 3ª del TS para el paralelo art. 108.3 LJCA, tampoco aquí estamos propiamente hablando ante una causa de imposibilidad de ejecutar la sentencia sino ante una condición temporal para su efectividad material que, además, da al Juez penal poderes para conseguir la prestación de la garantía.

d) La anulación de licencias en sentencias penales

Menos claro que en el caso de la demolición es el fundamento legal para acordar en sentencia penal la nulidad de una licencia o de cualquier otra decisión administrativa. No hay vestigios de ello en el CP: existen delitos de prevaricación, cohecho, expropiaciones ilegales, reglamentos ilegales... pero en ningún precepto del CP ni la de la LECr se alude a esa facultad de los Jueces penales de, al mismo tiempo que imponen las penas, acordar la nulidad del acto administrativo. Tampoco, desde luego, en los delitos urbanísticos y, respecto a ellos, hasta cabría pensar que cuando el art. 320 CP

(que parte de la existencia de actos administrativos) no prevé ni siquiera la demolición y sí lo hace el art. 319 (que no parte de ese presupuesto), es porque quiere dejar al orden jurisdiccional penal al margen de declaraciones no estrictamente penales cuando median actos administrativos.

No se duda, claro está, de que esos actos administrativos estarán incursos en una causa de nulidad. En concreto, la que actualmente recoge el art. 47.1.d) LPAC, como lo hacían las leyes predecesoras: "los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta". Lo discutible es que esa nulidad pueda ser declarada por los Jueces y Tribunales penales. Pero lo cierto es que lo hacen, no sólo ante delitos urbanísticos sino ante otros muchos, como si fuera una vertiente de la responsabilidad civil derivada del delito. Y lo cierto y lo que nos trae hasta aquí es que, como ya dijimos, lo hicieron respecto a las licencias otorgadas por el Ayuntamiento de Marbella. A veces, sobre todo en las sentencias dictadas de conformidad con los acusados, sin una específica motivación. Ello plantea algunos problemas adicionales, máxime teniendo en cuenta que a este respecto poco debería importar la conformidad de los imputados que ningún interés tenían en el mantenimiento de las licencias y que, en cualquier caso, ningún poder de disposición tenían sobre la validez de tales licencias. Lo cierto es que no es una práctica inusual, que es difícil de combatir y que, aquí, donde se trata de sentencias firmes que el Ayuntamiento de Marbella no combatió, podemos dar por presupuesto incuestionable, salvo que, conforme a lo antes razonado, pudiera plantearse un incidente de nulidad de actuaciones por los interesados a los que no se les dio oportunidad de intervenir en el proceso penal en cuya sentencia se acordó la nulidad de la licencia.

Partiendo de esa premisa, lo que se ha de afirmar es que esas sentencias penales anulatorias de licencias son sólo eso, o sea, exacta y exclusivamente anulatorias de licencias. A este respecto sí que se puede traer punto por punto cuanto dijimos antes de las sentencias contencioso-administrativas anulatorias de licencias que no contenían ni expresa ni implícitamente un pronunciamiento de demolición. Más aún, aquí todo ello se puede trasladar reforzado con un argumento adicional incuestionable: si precisamente lo que prevé el CP es que se acuerde la demolición (art. 319.3), el hecho de que en la

sentencia penal nada de ello se haya declarado significa claramente que el juez o Tribunal penal no ha querido hacer esa condena y que si, por el contrario, ha optado, pese a su débil fundamento legal, por sólo declarar la nulidad de la licencia, es porque no ha juzgado nada sobre la procedencia de esa demolición. A la vista de la jurisprudencia del TS que acabamos de exponer, todo ello se potencia: la regla general es la demolición, según hemos visto; es la demolición la que debe acordarse normalmente y con motivación específica; pues bien, si en la sentencia no hay ni esa motivación ni ese expreso acuerdo de demolición, es que la sentencia penal, aunque anule la licencia, de ningún modo puede entenderse como un mandato implícito de demolición.

Así las cosas, incluso con más rotundidad que antes, lo que hay que afirmar es que la Administración, el Ayuntamiento de Marbella en nuestro caso, ante esas sentencias penales anulatorias de licencias debe incoar un procedimiento de restablecimiento de la legalidad igual que si se encontrara con una obra que jamás tuvo licencia; y que ese procedimiento, tramitado y resuelto según lo dispuesto en la LOUA y el RDLA, puede terminar con una resolución municipal de legalización (aplicando el mismo o distinto plan del que barajó la sentencia penal, incluso si hay ilegalidades cuando ésta no sean sustanciales) o, incluso, tras acordar la reposición de la realidad física, con una declaración legal de imposibilidad con sustitución por cumplimiento económico equivalente. Todo ello, igual que dijimos antes, sin que comporte imposibilidad de ejecutar la sentencia porque, al contrario, la sentencia penal que simplemente acuerde la nulidad de una licencia (y no la demolición) se cumple plena y perfectamente en sus propios términos con esas actuaciones administrativas posteriores.

18. Repercusión de la anulación de licencias de obras sobre otras licencias

Hemos centrado nuestro análisis en las sentencias que anulan licencias de obras. Además de que son las licencias urbanísticas más características, son las que han sido de ordinario objeto de anulación en los casos relativos a Marbella. Tanto las sentencias contencioso-administrativas como penales que hemos ido viendo se refieren a licencias de obras. Pero estas licencias de obras están conectadas a otras. Sobre todo a las

licencias de ocupación, a las licencias de inicio de las obras, a las licencias para realizar otras obras de reforma... Además, en algunos casos, tras una primera licencia de obras, se había otorgado una segunda para permitir ciertas modificaciones respecto al proyecto primeramente autorizado. También a autorizaciones no urbanísticas sino ambientales o de otro género (de espectáculos públicos y actividades recreativas, turísticas, etc.).

En algunos casos, las sentencias que anulan licencias de obras también expresamente anulan alguna de estas otras. Cuando así sucede, la situación es más clara, aunque sigue presentando aspectos oscuros. Pero lo más frecuente es que esas sentencias no contengan ninguna referencia a esas otras autorizaciones ¿en qué situación quedan? En cualquier caso, incluso al margen de lo anterior, se plantea en qué medida y casos, tras la anulación de una licencia de obras, cabe todavía conceder esas otras licencias y autorizaciones respecto a la construcción cuya licencia de obras ha sido anulada.

Cabe distinguir dos aspectos:

1º) Si el Ayuntamiento puede conceder licencia de actividad, primera ocupación, etc, cuyo presupuesto es la licencia de obra. La respuesta a nuestro juicio es negativa. Desaparecida la licencia de obras por ser ilegal no es posible conceder licencia de funcionamiento cuya razón de ser estriba lógicamente en la previa existencia de una licencia de obras. No puede, por ejemplo, concederse una licencia de primera ocupación de un edificio, cuando el edificio es ilegal como consecuencia de la sentencia anulatoria.

En cuanto a la licencia de actividad, cierto es que nuestros tribunales y las leyes ambientales autonómicas han venido proclamando su preferencia en el tiempo respecto de la licencia de obras, en el bien entendido de que sería absurdo conceder primero una licencia de obras y denegar después la de actividad. Pero justamente esta lógica es la que determinará normalmente que no se plantee en este caso la hipótesis de una licencia de actividad posterior a una licencia de obra anulada. En todo caso si tal hipótesis se planteara en la práctica la contestación negativa sería la misma, ya que el ordenamiento

jurídico no puede amparar que se otorgue una autorización de uso para una edificación declarada ilegal.

2º) Debemos plantearnos ahora que suerte corren las licencias de actividad o de primera ocupación de edificios u otra suerte de licencias dependientes o conexas con la licencia de obras cuando ésta última ha desaparecido del mundo jurídico como consecuencia de una sentencia que las anula.

A nuestro juicio tales licencias pierden su eficacia jurídica aunque originariamente fueran válidas, por la razón elemental de que pierden el presupuesto de hecho o causa en el que se basaban. La primera ocupación de un edificio presupone que existe una obra con licencia y si desaparece el presupuesto -la causa del acto administrativo si se prefiere- desaparecen los efectos de dicho acto. En alguna ocasión el Tribunal Supremo se ha referido a la desaparición de la causa como un supuesto de invalidez sobrevenida.

La STS de 21 de marzo de 2011 (Recurso de Casación nº 5596/2006) declaró (FJ7) ilegal la ejecución de un retracto administrativo originariamente válido al haber desaparecido "ex post" las circunstancias que justifican aquel acto, estableciendo la siguiente doctrina: "... el contenido del acto administrativo debe adecuarse o ser congruente con los fines propios de la potestad ejercitada, esto es, con el fin normativo concreto, adecuación o congruencia que con arreglo al citado precepto – art. 53.2 LAP- opera como hemos dicho como requisito de validez (no de eficacia) del acto administrativo". Parece claro, ya se trate de ineficacia o de invalidez sobrevenidas, que una licencia cuyo presupuesto de hecho requiere de una licencia de obras deja de desplegar efectos en el mundo jurídico cuando la licencia de obras deviene ilegal.

Por tanto dichas licencias de primera ocupación o ambientales -y por supuesto las declaraciones responsables- ya no legitimarán otros usos o actividades que las propias de la situación de asimilado a fuera de ordenación. Jurídicamente las obras hechas al amparo de una licencia declarada ilegal por sentencia firme están en la misma situación que las obras sin licencia. En la medida en que ya no sea posible el ejercicio

de la potestad de restablecimiento de la legalidad, las instalaciones y obras quedarán en la situación de asimilados a fuera de ordenación, que es objeto de análisis en otro lugar de este informe. (Véase infra. VIII).

VI. MARCO JURÍDICO DEL PLANEAMIENTO MARBELLÍ DESPUÉS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN DEL PGOU DE 2010.

1. Imposibilidad de basar ninguna nueva actuación en el plan anulado (PGOU de 2010) y deber de aplicar el revivido (PGOU de 1986).

En principio, parecen indudables y seguros los efectos para el futuro de la declaración de nulidad de un reglamento o de un plan.

En nuestro caso, nada podrá ya basarse en el PGOU de 2010 y todo cuanto se apruebe podrá y deberá basarse en el PGOU de 1986. Incluso vuelven a caber planes de desarrollo de ese PGOU de 1986, como también actos de gestión para la urbanización, otorgamiento de licencias, órdenes de ejecución, actos de restablecimiento de la legalidad, etc. Cuanto antes dijimos sobre los efectos *erga omnes* de las declaraciones de nulidad y sobre la vinculación de la cosa juzgada para la Administración lo refuerza y justifica sin asomo de duda. Y da igual que se trate de abordar ahora, tras la declaración de nulidad, una situación anterior a esa misma declaración de nulidad: tampoco para ésta cabe aplicar ahora el plan anulado sino el anterior, el revivido que, a fuer de exactos, hay que entender que siempre estuvo vigente.

Las cosas, sin embargo, son a veces algo más complicadas. Entre otras razones porque no es tan fácil separar el pasado del futuro, porque lo pasado deja restos para el futuro, porque hay relaciones y procedimientos a caballo entre el pasado y el futuro. También porque lo que se resuelve en una sentencia anulatoria de un reglamento o plan no sólo supone la reviviscencia de la norma supuestamente derogada sino que condiciona en alguna medida las normas que después puedan llegar a aprobarse. Todo esto hace que lo afirmado tan simple y radicalmente esté necesitado de complementos y, a veces, de matizaciones. Entre estas últimas, muchas de ellas derivan de la relatividad

de los efectos para el pasado que tienen las declaraciones de nulidad de reglamentos o planes (especialmente las derivadas del art. 73 LJCA). Pero ahora podemos enfrentarnos con algunas de las ideas complementarias de esas reglas de partida que hemos formulado: la imposibilidad de aplicar la norma anulada desde su anulación y el deber de dar por vigente y de aplicar la revivida.

2. La posibilidad de refundición del PGOU de 1986.

La anulación del PGOU de Marbella de 2010 no impide, sino todo lo contrario, la refundición del PGOU de 1986. En este sentido, el Ayuntamiento de Marbella aprobó el 29 de septiembre de 2017 el referido Texto Refundido del PGOU de 1986, con la posterior intervención de la Comunidad Autónoma. Procede, no obstante, hacer aquí algunas consideraciones.

Además de ser práctica habitual y tradicional la de refundir los planes urbanísticos (sobre todo, los planes generales) con todas sus modificaciones, esa posibilidad está expresamente prevista en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (en lo sucesivo, LOUA). En concreto en su art. 38, dedicado a la "modificación de los instrumentos de planeamiento". Su apartado 4 dispone:

Los municipios podrán redactar y aprobar, en cualquier momento y mediante acuerdo de su Ayuntamiento Pleno, versiones completas y actualizadas o textos refundidos de los instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto de modificaciones. Su redacción y aprobación será preceptiva cuando, por el número o alcance de las modificaciones, resulte necesaria para el adecuado e idóneo ejercicio por cualquier persona del derecho de consulta sobre el instrumento de planeamiento íntegro.

Una vez aprobados definitivamente, y para su eficacia, deberán ser depositados dos ejemplares de los mismos en el registro administrativo del correspondiente Ayuntamiento y en el de la Consejería competente en materia de urbanismo cuando corresponda a instrumentos de planeamiento cuya aprobación definitiva le corresponda, o tengan que ser objeto de informe de la misma previo a su aprobación definitiva por aquél.

El precepto sólo se refiere a las modificaciones producidas con posterioridad a la aprobación definitiva del plan de que se trate. Pero es habitual también refundir en un único texto los cambios introducidos a lo largo de la tramitación de un plan como

consecuencia de la aceptación de alegaciones o de las correcciones y subsanaciones que haya impuesto la Administración autonómica en su aprobación definitiva. Así no es inusual que se llame (aunque impropia y equívocamente) Texto Refundido al documento de un Plan que no ha sufrido, en realidad, ninguna modificación desde su aprobación definitiva pero que sí ha ido cambiando a lo largo de su tramitación.

Lo que debería perseguir el Ayuntamiento de Marbella con el PGOU de 1986, a través de su acuerdo de 2017, es hacer tanto una cosa como otra; esto es, hacer un Texto Refundido que incorpore los distintos documentos a que dio lugar su tramitación hasta su aprobación definitiva y las modificaciones posteriores a tal aprobación. Nada cabe objetar a esta doble labor; al contrario, no proceder así no habría satisfecho la aspiración de seguridad jurídica y de simple claridad a la que se desea servir con la formulación de un único documento.

Habla el transcrito art. 38.4 LOUA de “versiones completas y actualizadas o textos refundidos”. En realidad, no hay aquí dos posibilidades distintas y alternativas (una la de formular “versiones completas y actualizadas” y otra la de hacer “textos refundidos”) sino una sola pues se trata más exactamente de hacer “versiones completas y actualizadas” mediante “textos refundidos”; esto es, mediante la formulación de un único documento que contenga la auténtica y completa versión originaria con todos los cambios producidos.

Naturalmente, condición de validez de estos textos refundidos es que efectivamente se limiten a incluir la planificación vigente sin incorporar novedades de ningún género. Se puede estar dispuesto a admitir, como se admite con los textos refundidos de normas con rango de ley, que la refundición incluya la posibilidad de regularización y armonización de los documentos e instrumentos refundidos, limando discordancias e incongruencias. Pero nunca que vayan más lejos de eso.

Asimismo es condición de validez que lo que refundan sean planes válidos y, en concreto, sus determinaciones válidas. Si incluyen un plan nulo o una de sus determinaciones nulas o una modificación nula, aunque no esté declarada, el vicio se

transmisión al texto refundido, y si incluyen un plan o una modificación de un plan ya declarado nulo por sentencia, el texto refundido sería claramente nulo y, además, podría ser considerado incumplimiento de aquella sentencia anulatoria, con lo que ello comporta (art. 103.4 y 5 LJCA).

La consecuencia de la aprobación de estos textos refundidos y su eficacia y entrada en vigor es la derogación por sustitución de los instrumentos anteriores objeto de la refundición.

En tanto que la operación quede circunscrita a esa pura refundición de instrumentos válidos y, consecuentemente, no haya innovación del planeamiento, el procedimiento es simple. No son necesarios mayores trámites ni intervención de la Administración autonómica ni siquiera en el caso, como el de los PGOU, en que sí sería necesaria para buena parte de sus innovaciones. Lo deja claro el transcrito art. 38.4 LOUA cuando dice que “los municipios podrán redactar y aprobar...”. Tampoco es necesaria, a diferencia de lo que sucede con la refundición de normas con rango de ley, una delegación previa de ningún órgano. Basta el genérico art. 38.4 LOUA y hasta quizá cabrían estos textos refundidos sin una expresa previsión legal como ésta. En el caso que aquí nos ocupa en el que la aprobación del Texto Refundido la ha realizado el Pleno del Ayuntamiento y con esa base legal inequívoca no se suscitan problemas.

Nótese, además, que el art. 38.4 LOUA, en el último inciso de su primer párrafo, convierte en preceptiva la refundición “cuando, por el número o alcance de las modificaciones, resulte necesaria para el adecuado e idóneo ejercicio por cualquier persona del derecho de consulta sobre el instrumento de planeamiento íntegro”; y, dentro de lo vago del supuesto descrito, cabe decir que si alguna vez se da es justamente ante la resurrección de un PGOU de hace más de treinta años con muchas modificaciones y una vigencia azarosa, casi convulsa, en que es difícil para todos saber exactamente a qué atenerse. En suma, el Ayuntamiento de Marbella, al formular un Texto Refundido del PGOU de 1986, hace, no ya lo conveniente, sino lo obligado. Refuerza lo anterior el que se prevea adaptar ese Plan a la LOUA pues tal adaptación debe hacerse sobre la base sólida y clara de lo que está realmente en vigor.

La eficacia de estos textos refundidos se hace depender en el párrafo segundo del art. 38.4 LOUA de que se depositen dos ejemplares en el registro administrativo del correspondiente Ayuntamiento y en el de la Consejería competente en urbanismo y esto sólo “cuando corresponda a instrumentos de planeamiento cuya aprobación definitiva le corresponda, o tengan que ser objeto de informe de la misma previo a su aprobación definitiva por aquél”. Ese es el caso aquí y por eso con acierto en el apartado tercero del acto plenario de aprobación se hace constar que se decide igualmente “remitir un ejemplar completo debidamente diligenciado del texto refundido al Registro Autonómico y Municipal para su depósito e inscripción”. No es que el Texto Refundido requiera aprobación definitiva o informe autonómico; sino que, si se trata de un plan cuya aprobación originaria le hubiera correspondido o hubiera necesitado su informe, será ahora necesario ese depósito e inscripción. Ahora bien, hay que entender, aunque el art. 38.4 LOUA no lo diga, que su eficacia requiere también de la publicación de todos los planes. Y por eso es acertado que el apartado cuarto del mismo acto municipal de aprobación del Texto Refundido diga que “el acuerdo de aprobación así como el contenido del articulado de sus normas se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia de Málaga”. Mientras no se produzca esa publicación el Texto Refundido no estará en vigor ni habrá producido la derogación de los planes, instrumentos y normas refundidas.

Más dudas suscita el alcance concreto que puede y debe tener este Texto Refundido. En la Memoria se opta decididamente por una concepción restrictiva que sólo incluya las modificaciones formalmente aprobadas por el órgano correspondiente. Y, en concreto, tras otras exclusiones que justifica, dice: “Tampoco en este documento se incorpora el objeto de las sentencias que hubiesen recaído en procedimientos judiciales, ya que el procedimiento de acatamiento de las mismas se hace por el Ayuntamiento de forma individualizada para cada una de ellas en procedimiento específico al efecto y conllevarían o no, según el caso, modificaciones del planeamiento”. En general, cabe considerar razonable y correcta esta solución y su justificación. Sobre todo teniendo en cuenta que, incluso las sentencias que anulen alguna parte de un plan, no pueden determinar cómo ha de quedar redactado (art. 71.2



LOUA). Así que la solución radicalmente contraria a la acogida llevaría la refundición más allá de lo que es propio de tal operación. Pero, de un lado, llevar esa opción hasta el extremo y sin ninguna excepción podría conducir a incluir en el Texto Refundido partes expresamente declaradas nulas por los Tribunales, lo que, como hemos visto, acarrea la nulidad del mismo Texto Refundido. Y, de otro, es posible que en algunos aspectos las sentencias hayan hecho un pronunciamiento concreto e inequívoco, sin dejar margen alguno de discrecionalidad a la Administración. Precisamente esto último se plantea en Marbella ante una serie de sentencias que han declarado que ciertos terrenos deben tener, en contra de lo establecido en el PGOU (aunque se tratase de recurso contra el PGOU de 2010), la clasificación de suelo urbano consolidado. En estos casos, volver a negar en el Texto Refundido la clasificación de suelo urbano consolidado por una fidelidad máxima a los planes refundidos podría entrañar, incluso, una actuación contraria al fallo de las sentencias y, por tanto, nula (art. 103.4 LJCA), con una nulidad que tal vez podría incluso ser declarada en la ejecución de las respectivas sentencias (art. 103.5 LJCA). Además, también hay decisiones del Ayuntamiento de Marbella que por diversa vía han declarado respecto a otros terrenos que también han pasado a tener esa consideración de suelo urbano consolidado en aplicación de la LOUA (lo explicaremos después) e ignorarlo en el Texto Refundido parecería algo semejante a revocar actos administrativos favorables. Incluso aunque el Ayuntamiento estuviera dispuesto a seguir reconociendo en la práctica esa clasificación como suelo urbano no consolidado no plasmada en el Texto Refundido sería fuente de inseguridad que es lo que precisamente se persigue evitar con la refundición. En suma, incluso partiendo como regla general de que en el Texto Refundido no deban incluirse nada más que las modificaciones formalmente adoptadas como tales por el órgano en cada caso competente, deberían aceptarse excepciones y, en concreto, plasmar también allí las declaraciones judiciales y administrativas firmes de la clasificación de suelos como urbanos, ello con la oportuna motivación que justamente se refiera a esas previas declaraciones judiciales o administrativas firmes. Con todo, se ha planteado si esas mismas declaraciones pueden incorporarse, si no al Texto Refundido, sí a la adaptación del PGOU de 1986 a la LOUA, como ahora se verá.

En cualquier caso, dejando al margen estas controversias, lo que es incuestionable es la vigencia del Texto Refundido del PGOU de 1986 publicado ya en 2018. Así que cuanto hemos dicho y digamos en delante de la aplicación del PGOU de 1986 debe ser entendido, en realidad, como aplicación de este Texto Refundido.

3. La adaptación del PGOU de 1986 a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía

Pero esa aplicación del PGOU de 1986 (*rectius*, del Texto Refundido de ese PGOU) no es pura e incondicional. Ha de tenerse en cuenta la vigencia de la LOUA y su parcial aplicación directa incluso ante planes anteriores a ella como es el redivivo de Marbella. Por tanto, hay que considerar la necesaria adaptación de aquel Plan a esta Ley. También el hecho de que, como quedó reflejado en los antecedentes, tras la anulación judicial del PGOU de 2010, el Ayuntamiento de Marbella decidió proceder formalmente a la adaptación parcial a la LOUA del PGOU de 1986 que hoy sería la adaptación parcial del Texto Refundido de ese mismo PGOU. Para valorar esa operación y calibrar su alcance son convenientes algunas consideraciones.

a) La adaptación automática e informal a la LOUA de los planes anteriores a ella

El PGOU de 1986 revivió sin que el hecho de que se aprobara antes de la vigencia de la LOUA y de que no estuviera adaptado a ella lo impidiera. Así se desprende de lo establecido en la DT 2ª LOUA: "... todos los Planes Generales de Ordenación Urbana (...) y los restantes instrumentos legales formulados para su desarrollo y ejecución que, habiéndose aprobado conforme a la legislación sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, general o autonómica, vigente a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, estuvieren en vigor o fueran ejecutivos en tal momento conservarán su vigencia y ejecutividad hasta su revisión o su total cumplimiento o ejecución conforme a las previsiones de ésta". Así que el PGOU de 1986 conservó su vigencia tras la aprobación de la LOUA en 2002 y la recobró retroactivamente con las SSTS que anularon el PGOU de 2010. Y lo mismo cabe decir de los planes que lo

cesaron. mantuvieron su vigencia tras la LOUA y posterior, si es que habían sido derogados, tras la anulación del PGOU de 2010.

Pero esta vigencia del PGOU de 1986 y de los que lo desarrollaron tiene matices importantes. La misma DT 2ª LOUA dejaba fuera a las determinaciones de los planes que se opusieran a “los preceptos de esta Ley de inmediata y directa aplicación”. Se distinguía, pues, entre preceptos de la LOUA de inmediata y directa aplicación y los restantes. Ante la contradicción entre los planes anteriores y los preceptos de LOUA que no eran de inmediata y directa aplicación, seguirán aplicándose aquéllos aunque interpretándolos “de conformidad con esta Ley”. Pero ante la contradicción entre los planes anteriores y los preceptos de LOUA de inmediata y directa aplicación, estos se imponen y aquéllos deben ser inaplicados.

Era la DT 1ª de la propia LOUA la que señalaba cuáles eran esos preceptos y lo hacía con amplitud: son de “aplicación íntegra, inmediata y directa (...) los títulos II, III, VI y VII”. Todos esos eran y son de aplicación inmediata y directa “cualquiera que sea el instrumento de planeamiento que esté en vigor y sin perjuicio de la continuidad de su vigencia”. Los títulos que se declaraban de aplicación íntegra, inmediata y directa eran los relativos a “el régimen urbanístico del suelo”, a “los instrumentos de intervención en el mercado del suelo”, a “la disciplina urbanística” y a “las infracciones urbanísticas y las sanciones”. De ellos, el más relevante y acaso más problemático era el del régimen del suelo. Y en lo atinente a esto la DT 1ª establecía además algunas reglas sobre lo que desde la entrada en vigor de la LOUA debía considerarse suelo urbano consolidado y no consolidado, urbanizable ordenado y no urbanizable, en su caso de especial protección. Aunque no se comprendían entre los preceptos de directa aplicación los del título IV, dedicado a “la ejecución de los instrumentos de planeamiento”, la DT 1ª también contenía algunas reglas para la ejecución de los viejos planes en tanto que ello afecta al régimen del suelo: las antiguas unidades de ejecución se equipararán a las previstas en la LOUA; y los aprovechamientos tipo se entenderán establecidos en los aprovechamientos medios.

Con estas salvedades, el PGOU de 1986 y sus instrumentos de desarrollo volvieron a tener vigencia tras la anulación del PGOU de 2010. Basta tener en cuenta esas reglas de la LOUA que, según los casos, obligan a inaplicar partes de los instrumentos previos o a aplicarlos con matices. Con eso se produce una adaptación informal, automática y meramente negativa. Y no es necesaria una adaptación formal y positiva de los planes anteriores. Ésa es la situación en la que el PGOU marbellí de 1986 recobró su vigencia cuando el TS anuló el PGOU de 2010 y en la que, a fecha de hoy, sigue. O, por mejor decir, en la que a fecha de hoy está el Texto Refundido de ese Plan.

b) La adaptación formal a la LOUA de los planes anteriores a ella

Ahora bien, la DT 2ª.2 LOUA permitía que los Ayuntamientos aprobaran formalmente adaptaciones a la LOUA de los planes anteriores a ella. En su primer párrafo lo establecía y distinguía ya entre adaptaciones totales y parciales:

“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior (esto es, no obstante su vigencia salvo en lo que contradigan los preceptos de la LOUA de inmediata y directa aplicación), los municipios podrá formular y aprobar adaptaciones de los Planes y restantes instrumentos, que podrán ser totales o parciales. Cuando las adaptaciones sean parciales deben alcanzar, al menos, al conjunto de las determinaciones que configuran la ordenación estructural”.

No cabe duda del carácter meramente facultativo y voluntario de estas adaptaciones formales a la LOUA. También es seguro que la vigencia y aplicabilidad de los planes anteriores no se hace depender de que se produzca esa adaptación formal. Y asimismo es incuestionable que la adaptación no requiere la tramitación de los procedimientos necesarios para la innovación del respectivo plan y que la formulan y aprueban los Ayuntamientos, no la Administración autonómica incluso aunque se trate de planes que han necesitado o necesitarían ahora la aprobación definitiva autonómica: no se regula exactamente el procedimiento necesario para aprobar la adaptación, pero sí es seguro que no es el propio de las innovaciones del planeamiento.

El párrafo segundo de la DT 2ª.2 LOUA añadía:



transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, no podrán aprobarse modificaciones del planeamiento general que afecten a las determinaciones propias de la ordenación estructural, a dotaciones o a equipamientos cuando dicho instrumento de planeamiento no haya sido adaptado a la presente Ley al menos de forma parcial”.

Claro es que este párrafo no convierte en obligatoria la adaptación ni cambia ninguno de sus aspectos. Pero sí que convierte a la adaptación al menos parcial en requisito imprescindible para la aprobación de ciertas modificaciones de los planes anteriores a la LOUA: es requisito para la aprobación de modificaciones, no de revisiones; es requisito para la aprobación, no de cualquier modificación, sino sólo de las que afecten a las determinaciones propias de la ordenación estructural o a dotaciones o a equipamientos; es requisito para la aprobación definitiva de esas modificaciones pero no para iniciarlas y tramitarlas siempre que su aprobación definitiva se produzca después de la de la adaptación. Aun así, es un importante acicate para emprender la adaptación siquiera parcial de los Planes Generales, como lo es en el caso del PGOU de Marbella de 1986 pese al propósito del Ayuntamiento de afrontar cuanto antes una revisión y no una mera modificación de ese Plan. Y por ello el Ayuntamiento de Marbella está abordando esa adaptación, como ya dijimos más arriba.

Termina la DT 2ª con una peculiar habilitación a la “Consejería competente en materia de urbanismo” que, “con la finalidad de contribuir a una adecuada adaptación de los planes a esta legislación, podrá aprobar instrucciones orientativas sobre el contenido, plazos y alcance de dichas adaptaciones”. Este párrafo tercero de la DT 2ª.2 no permite dictar reglamentos, sino sólo “instrucciones” a las que, para colmo, califica como meramente “orientativas”. Incluso así es atípica esta habilitación pues todo lo establecido sobre la adaptación está confiado por la DT 2ª a su aplicación por los propios municipios, no por los órganos autonómicos, y porque lo normal es que las instrucciones se den por el superior jerárquico a sus subordinados, no a otras Administraciones y menos a las dotadas de autonomía como son las locales

Lo cierto es que la Junta terminó aprobando, no unas instrucciones orientativas, sino unas normas reglamentarias plenamente vinculantes. Se contienen, junto con otras

normas relativas a diverso aspecto, en el Decreto 11/2008, de 22 de enero, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas". Sólo se ocupa este Decreto de la adaptación parcial a la LOUA, no de la total. Y lo hace en su Capítulo II (arts. 2 a 8). Allí se regula su contenido y alcance, señalando determinaciones obligatorias y previsiones prohibidas (art. 3), los criterios para ajustar la clasificación del suelo (art. 4), el contenido documental (art. 6), el procedimiento de formulación y aprobación (art. 7), etc. Conviene recordar, como premisa de lo que luego abordaremos particularmente, que se impone a la adaptación parcial, entre otras determinación, la de la "clasificación de la totalidad del suelo del municipio, delimitando las superficies adscritas a cada clase y categorías de suelo...". Es decir, que debe aparecer no sólo lo que es suelo urbano sino también lo que, dentro de él, tiene la categoría de consolidado y de no consolidado.

No es objeto de este informe la legalidad de esta regulación infralegal. Se trata de una norma vigente y a ella debemos atenernos.

c) En especial, el suelo que debe considerarse urbano consolidado en virtud de la adaptación a la LOUA

Sin entrar en todos los aspectos de la adaptación a la LOUA de los planes anteriores a ella, como es el de Marbella de 1986, sí resulta oportuno aludir al menos a lo que, en su virtud, debe ser considerado suelo urbano consolidado, aspecto éste que está resultando controvertido.

Dice la DT Iª.1.1ª.a) LOUA:

"Tendrá la consideración de suelo urbano consolidado el que cumpla con las condiciones indicadas en el artículo 45.2.A) de esta Ley cuando el municipio disponga de Plan General de Ordenación Urbana (...) y cuente con ordenación pormenorizada que permita la edificación y no requiera la delimitación de unidades de ejecución."

... como suelo urbano consolidado, es decir, que opera como simple resultado de la aprobación de la LOUA; o sea, como fruto de la adaptación automática e informal a la LOUA de los planes anteriores a ella.

Pero el Decreto 11/2008 no dice exactamente lo mismo o, por lo menos, no lo dice de la misma forma. Según su art. 4.1:

- a) Tiene la consideración de suelo urbano consolidado el que esté clasificado como urbano por el planeamiento general vigente y cumpla las condiciones previstas en el art. 45.2.A) de la (LOUA), así como el que estando clasificado como urbanizable se encuentre ya transformado y urbanizado legalmente, cumpliendo a su vez las condiciones del referido artículo.
- b) El resto del suelo clasificado como urbano por el planeamiento vigente tendrá la consideración de suelo urbano no consolidado.
En todo caso, se clasificarán como suelo urbano no consolidado los ámbitos de las unidades de ejecución no desarrolladas delimitadas en suelo urbano, debiendo respetar las características y requisitos que establece la (LOUA).

El art. 45.2.A) LOUA al que aluden ambos preceptos es el que, partiendo de lo que debe ser clasificado como suelo urbano, señala el que ha de ser además incluido en la categoría de consolidado.

Aunque acaso podrían encontrarse algunas diferencias de fondo entre aquél párrafo de la DT 1ª LOUA y este art. 4.1 del Decreto 11/2008 y aunque tal vez cabría explicarlas porque aquél se refiere a lo que automáticamente pasa a ser considerado como suelo urbano consolidado y éste a lo que puede pasar a tener esa categoría en virtud de una adaptación formalmente aprobada, lo cierto es que ambos requieren que la urbanización sea legal. El vigente art. 21.3.c) TRLS 2015, exige que el suelo urbanizado esté "legalmente integrado en la malla urbana" y el antiguo art. 12.3 de la Ley 8/2007, de Suelo, decía que "se encuentra en la situación de suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población".

Siempre partiendo del origen legal del suelo, la simple vigencia de la LOUA entraña que parte de lo que en el PGOU marbellí de 1986 tenía la clasificación de suelo



urbano pasa *ope legis e ipso iure* a tener, dentro de esa clase, la concreta categoría de consolidado.

Lo cual se produjo automáticamente cuando se dieron los requisitos establecidos en las normas transcritas, lo que puede ser objeto de un expreso reconocimiento municipal. Y eso es lo que ha hecho el Ayuntamiento de Marbella. Al menos eso es lo que hizo el Pleno en un acuerdo de 28 de octubre de 2016 respecto a algún terreno. Y en ese mismo acuerdo “residió” en la Junta de Gobierno Local “adoptar sucesivos acuerdos de reconocimiento de consolidados en todos aquellos otros ámbitos en que se constate que reúnen los requisitos legales para ello”. Y, en efecto, al menos en su sesión de 11 de noviembre de 2017, la Junta de Gobierno Local acordó “reconocer, con todos los efectos jurídicos inherentes a la categoría de suelo regulada en el art. 45.2.A) de la LOUA el carácter de suelo urbano consolidado en los ámbitos, polígonos de actuación y unidades de ejecución que a continuación se identifican...”. Y se enumeran catorce. Nada cabe objetar a estos quince pronunciamientos municipales (o a los que, además, en su caso, se hayan producido)) en la medida en que cumplan con los requisitos del suelo urbano consolidado, pues aumentan la seguridad jurídica de los particulares y de la misma Administración.

La misma DT 1ª LOUA añade de inmediato al párrafo antes transcrito este otro:

“Sin perjuicio de la aplicación directa de lo dispuesto en el párrafo anterior, el municipio podrá redactar una delimitación del suelo urbano consolidado que, tras el trámite de información pública por el plazo de veinte días, le corresponderá aprobar. El acuerdo de aprobación será publicado en el Boletín Oficial de la Provincia y comunicado a la Consejería competente en materia de urbanismo, junto con un ejemplar del documento”.

Esta posibilidad en nada afecta a lo que hemos dicho antes: ni a la aplicación directa de la clasificación y categorización como suelo urbano consolidado sin necesidad de esta delimitación ni a la facultad del Ayuntamiento de reconocer caso por caso esa condición. Una cosa es una delimitación general del suelo urbano consolidado y otra el reconocimiento a un tercero concreto de que cumple con los requisitos directamente ordenados por la ley.

Por otra parte, hay diversas sentencias que en sus ratios han declarado que determinados terrenos del término de Marbella son suelo urbano consolidado. Son ejemplos de ellos las SSTSJ de Andalucía, Sala de Málaga, 2880/2012 (recurso 453/2010), 3088/2012 (recurso 730/2010), 417/2013 (recurso 783/2010), 2359/2013 (recurso 830/2010), 2360/2013 (recurso 1133/2010) y 54/2014 (recurso 1063/2010). Se trata de sentencias producidas con ocasión de impugnaciones del PGOU de Marbella de 2010.

Ante todo ello, la cuestión que se suscita es en qué medida aquellas resoluciones administrativas o estas judiciales deben ser tenidas en cuenta a la hora de elaborar y aprobar el documento de formal adaptación parcial del PGOU marbellí de 1986 a la LOUA y señalar qué suelos deben aparecer como urbanos consolidados.

Antes de responder sólo hay que añadir dos datos: primero que, con toda lógica, el art. 3.3.a) del Decreto 11/2008 prohíbe a los documentos de adaptación parcial "clasificar nuevos suelos urbanos", pero lo hace "salvo los ajustes en la clasificación del suelo en aplicación de lo dispuesto en el art. 4.1", precepto que antes reproducimos; segundo, que en el documento de adaptación formal a la LOUA la determinación de lo que sea suelo urbano consolidado es tan reglada como lo es la que se hace al margen de ese procedimiento formal, es decir, que la adaptación debe incluir sin margen de discrecionalidad en el suelo urbano consolidado todo el que legalmente merezca esa calificación y sólo él, de modo que no clasificarlo y categorizarlo como suelo urbano consolidado (lo que necesariamente supone clasificarlo de otra forma pues todo el término municipal debe quedar adscrito en la adaptación a una clase y categoría concreta) sería actuar ilegalmente.

Pocas dudas plantea que aquellos quince reconocimientos (u otros si los hubiera) de suelo urbano consolidado que han venido haciendo los órganos municipales de Marbella en aplicación de las DDTT 1ª y 2ª LOUA deben pasar ahora al documento de adaptación formal del PGOU de 1986 a la propia LOUA. Lo contrario, pugnaría con la presunción de validez de las decisiones administrativas que vincula para empezar al



propio Ayuntamiento y vulneraría la doctrina de los actos propios. Lo que se decidió en aquellas quince ocasiones es que, conforme a la DDTT 1ª y 2ª LOUA, determinados terrenos eran suelo urbano consolidado. Se presume que esos actos son legales y, salvo que se comprobara lo contrario, lo que ahora hay que plasmar en el documento de adaptación formal y parcial es exactamente eso mismo

Lo mismo debe decirse de los suelos que según una sentencia firme debieron ser considerados como urbanos consolidados. Todas esas sentencias hicieron esas declaraciones no en abstracto o en aplicación de otras normas o de otra realidad sino precisamente en aplicación del art. 45 LOUA y a la vista de las condiciones reales de cada sector, ámbito o parcela. Esto es, que lo hicieron atendiendo exactamente a los mismos elementos de hecho y de Derecho que ahora deben ser tomados en consideración por el Ayuntamiento de Marbella. Y, siendo así, no clasificarlos en el documento de adaptación como suelo urbano consolidado (lo que necesariamente supone clasificarlo o categorizarlos de otra forma) sería contrariar la cosa juzgada material. Incluso no cabe descartar que se incurriera en la causa de nulidad del art. 103.4 LJCA y que pudiera declararse en ejecución de aquellas sentencias de conformidad con el art. 103.5 LJCA. No importa que aquellas sentencias se dictaran en recursos contra el PGOU de 2010 (finalmente declarado nulo en su totalidad); si esas sentencias declararon que un terreno era suelo urbano consolidado conforme al art. 45 LOUA, tal declaración y su fuerza de cosa juzgada material trasciende a aquella concreta ocasión y a aquel concreto PGOU de 2010 y, por tanto, permanece incólume y debe hoy seguir siendo respetada por todos, incluido por supuesto el Ayuntamiento de Marbella, en todas sus actuaciones, también, desde luego, al hacer la adaptación a la LOUA. Es más, es que la consecuencia de esa adaptación a la LOUA para un determinado terreno es lo que ya declararon aquellas sentencias, lo que declararon con fuerza de cosa juzgada que ahora simplemente hay que recoger sin más análisis en el documento de adaptación formal del PGOU de 1986 a la LOUA incluso aunque alguien o el propio Ayuntamiento o la Junta de Andalucía creyeran que aquellas sentencias fueron equivocadas.

Cualquier otra solución que prescindiera de las declaraciones judiciales firmes sobre lo que es suelo urbano consolidado convertiría al documento de adaptación en

negar e invando o, en el mejor de los casos, en un documento mui que requiera de su confrontación continua con otras resoluciones convirtiéndose, en vez de en fuente de seguridad, en un semillero de problemas y conflictos.

La situación naturalmente es distinta respecto a los terrenos que obtuvieron una sentencia con reconocimiento de su condición de suelo urbano consolidado pero que fueron casadas por el TS que, sin pronunciarse en contra de ello, simplemente optaron por declarar la nulidad del PGOU de 2010 y por no hacer ninguna otra declaración. Da igual a este respecto que esas sentencias del TS contasen con un voto particular que entendiera pertinente declarar que algún terreno era suelo urbano consolidado y que así debía declararse en el fallo. En ninguno de esos casos hay sentencia firme con tal declaración ni por tanto nada similar a cosa juzgada. Ahora bien, en la medida en que, ya fuese sólo en las SSTSJ de Andalucía luego casadas ya fuese incluso en los votos particulares de las SSTS, hubiera razonamientos y valoraciones de la realidad tendentes a reconocer que los suelos eran urbanos consolidados, deben ser muy tenidas en cuenta ahora por el Ayuntamiento partiendo siempre del análisis de la realidad existente conforme a la DT.1ª.1.1ª a) LOUA.

En el caso de sentencias que hayan declarado que determinado sector o parcela no era suelo urbano consolidado, según se trate de sentencias firmes o no, habrá que darles el valor que corresponda conforme a lo hasta ahora apuntado. Pero ello con el importante matiz de que las circunstancias sobrevenidas que legalmente han producido la transformación del suelo y urbanización legal posterior hasta hacerlo consolidado, el Ayuntamiento deberá observarlo sin que exista vulneración de la cosa juzgada, al haber cambiado las circunstancias.

4. Procedimientos administrativos que se inicien tras la declaración de nulidad del Plan.

Si se trata de procedimientos que se inicien tras la anulación del PGOU de 2010, tanto su tramitación como los aspectos de fondo deberán resolverse conforme al PGOU de 1986 y al resto de la normativa ahora vigente.

Por ejemplo, si se pretende ahora iniciar la tramitación para aprobar un plan parcial en desarrollo del PGOU de 1986 habrá que hacerlo teniendo en cuenta su situación actual (la del Texto Refundido del PGOU de 1986 y su adaptación material a la LOUA) y sin ninguna duda con las condiciones materiales y los trámites exigidos por la normativa actualmente vigente, sea la procedimental de la propia LOUA o sea la estatal de suelo o la ambiental, de aguas o cualquier otra sectorial que le afecte. De entre todo esto es oportuno realzar la necesidad de Evaluación Ambiental Estratégica que, dentro del ámbito material en que se impone, será amplia porque el PGOU de 1986 no fue en su momento objeto de ella.

Y lo mismo dicho para los planes de desarrollo hay que afirmar *mutatis mutandis* de todas las demás actuaciones de gestión, de otorgamiento de licencias, de restablecimiento de la legalidad, etc. Si acaso, en relación en los procedimientos sancionadores sí habría especialidades porque quienes hubiesen actuado al amparo del plan anulado, aunque hubieran realizado una acción típica y antijurídica, seguramente no deberán ser sancionados por falta de culpabilidad. Es la idea que latía en el art. 91.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978 y ahora en el art. 198.2 LOUA que excluyen la sanción cuando se haya actuado al amparo de actos o planes luego anulados salvo dolo, culpa o negligencia grave. Pero prescindiendo de este problema de culpabilidad, que se desenvuelve en otro plano, también en estos casos habrá que partir de la aplicación del plan revivido y por eso afirmamos que la conducta será antijurídica y típica.

5. Procedimientos administrativos que estuvieran tramitándose cuando se anuló el PGOU de 2010.

Los procedimientos que estuvieran en tramitación para la aplicación del PGOU de 2010 cuando se declaró nulo, no podrán ser resueltos con fundamento en ese Plan pues eso supondría dictar ahora un acto basado en el plan nulo, lo que no cabe. Esto vale para los que se estuvieran sustanciando para aprobar planes de desarrollo, instrumentos de gestión, otorgamiento de cualquier género de licencias, etc. También,

desde luego y especialmente, para los encaminados a la normalización o regularización prevista en aquél plan de 2010.

Frecuentemente procederá declarar terminados y archivar tales procedimientos. Ello dictando resolución expresa de terminación, como ordena con carácter general el art. 21.1.1º LPAC. A falta de causa legal más específica, podrá encajarse en el supuesto de “desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento” a que se refiere el art. 21.1.2º LPAC (equivalente al 42.1.2º Ley 30/1992) o en el de “imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas” contemplado en el art. 84.2 LPAC (antes 87.2 Ley 30/1992). Es lo de menos. Lo importante es que procede dictar esa resolución expresa dando por finalizado el procedimiento de manera motivada, motivación “con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables”, como indica el mismo precepto. Aquí bastará con referirse a las mismas SSTS anulatorias del PGOU de 2010, a la imposibilidad de resolver sobre el objeto del procedimiento sin ese PGOU y a los arts. 21.1 y 84.2 LPAC (o, para momentos anteriores a la vigencia de la LPAC, como fue el caso, arts. 42.1 y 87.2 Ley 30/1992). En algunas ocasiones podrá ser viable la iniciación al amparo del PGOU de 1986. En otras ocasiones el archivo zanjará definitivamente la cuestión sin necesidad de abrir otro procedimiento para conseguir una resolución. Es lo que, por ejemplo, hizo con acierto el Ayuntamiento de Marbella, según ya expusimos, con los procedimientos que estaba tramitando para la normalización o legalización según lo previsto en el PGOU de 2010 respecto a edificaciones realizadas ilegalmente con anterioridad. En estos casos y otros similares procede en efecto el archivo sin más puesto que el procedimiento había perdido, con la anulación del PGOU de 2010, todo fundamento y viabilidad.

6. Procesos judiciales en curso cuando se anuló el PGOU de 2010.

Igual que hemos dicho que, tras las SSTS anulatorias del PGOU de 2010, no procedía resolver sobre los procedimientos administrativos de normalización iniciados de acuerdo con ese plan, un efecto similar se produce respecto a las actuaciones judiciales futuras, aunque sobre hechos anteriores, puesto que, como hemos aclarado, tampoco ninguna sentencia o resolución judicial podrá ya basarse en el plan anulado.

Esto, en el caso de Marbella, tiene singular relevancia para todos los procesos de ejecución de sentencias anulatorias de licencias que habían quedado paralizados a consecuencia del PGOU de 2010 entendiéndose que éste, en la medida en que permitía la normalización de las edificaciones construidas con tales licencias anuladas, podía constituir una causa de imposibilidad legal de ejecutar aquellas sentencias. Anulado el PGOU de 2010 resulta imposible que ningún tribunal lo tenga en cuenta para ninguna resolución. Tampoco para valorarlo como una eventual causa de imposibilidad legal de ejecutar las anteriores sentencias anulatorias de licencias. Lo expusimos cuando abordamos la ejecución de sentencias anulatorias de licencias. Pero ahora conviene insistir en cómo influye en ello la anulación del PGOU de 2010. Y para comprobarlo basta citar, por todas, la STSJ de Andalucía, Sala de Málaga, 908/2016, de 25 abril (JUR\2017\30395). Tras conseguir una sentencia que anuló una licencia, la asociación recurrente pidió la ejecución; en concreto, que el edificio fuese demolido. El Juzgado desestimó la ejecución por el PGOU de 2010. Pero el TSJ, ya tras la anulación del PGOU de 2010, después de citar el art. 73 LJCA, dice: 1234567890

"En el presente supuesto nos hallamos ante una resolución no firme por haber sido apelada y en el íter de la apelación ha sido declarada por el TS la nulidad del PGOU de Marbella en el que dicha resolución se apoyaba.

Pues bien, aplicando al caso la doctrina del art. 73 antes visto debemos entender que sí afecta al caso de autos la nulidad declarada del Plan con el efecto consiguiente de que el supuesto de que tratamos ya no se ve amparado por el mismo, razón por la cual la ejecución debe seguir sus cauces salvo que se acrediten razones como la imposibilidad material de ejecución de la sentencia.

Así pues, debe darse la razón en este punto y considerar que la ejecución debe seguir su curso conforme a las normas de los arts. 103 y ss. LJCA".

7. ¿Reanudación de procedimientos iniciados para la aplicación del PGOU de 1986? En cualquier caso, habrá que respetar la regulación ahora vigente.

Lo que no procede ahora es reanudar procedimientos para la aplicación del PGOU de 1986 que ya quedaron cerrados y, por así decir, abandonados con la aprobación del PGOU de 2010. La ficción de que el PGOU de 2010 es como si nunca hubiera existido y nunca hubiera estado vigente no se puede llevar tan lejos. Los procedimientos que antes de 2010 se siguieron para la ejecución del PGOU de 1986 y en los que no llegó a producirse resolución sobre el fondo hay que darlos por

definitivamente terminados, ya hubiera una resolución que expresamente acordase la extinción sin pronunciamiento sobre el fondo (como habría sido correcto que se hiciera) ya se produjera implícitamente: ni habrá, claro está, ninguna suerte de silencio administrativo ni de caducidad (aunque habrán pasado ampliamente los plazos para dictar resolución) ni puede pensarse seriamente que quedaron sólo suspendidos y que hay que continuarlos por el trámite en el que estaban cuando se aprobó el PGOU de 2010. Quedaron extinguidos con ocasión de la aprobación del PGOU de 2010 y la declaración de nulidad de éste y la reviviscencia del PGOU de 1986 no alcanza a revivir también a procedimientos que quedaron extinguidos. Si hubo un acto dando por terminado ese procedimiento (aunque sea un acto implícito), el hecho de que la anulación de un plan no afecta de por sí a los actos firmes anteriores (como ya nos consta) refuerza la misma conclusión. Sostener lo contrario, además de no tener fundamento, conduciría a situaciones inmanejables, casi absurdas y a una gran inseguridad. Lo que en su caso procederá será acordar la iniciación de un nuevo procedimiento: se tratará, en principio, no de una reanudación del procedimiento anterior, como si sólo hubiese tenido un paréntesis o suspensión, sino de una nueva incoación y un nuevo procedimiento, aunque con el mismo objeto. Y, por tanto, conforme a lo que ya hemos dicho, de un procedimiento que deberá sustanciarse por completo y en todo (en lo material y en lo procedimental) de acuerdo con la normativa autonómica y estatal ahora vigente.

Lo dicho vale en especial para los procedimientos de elaboración y aprobación de planes de desarrollo del PGOU de 1986 (o, en su caso, para sus modificaciones). Es decir, que si hubo, por ejemplo, procedimientos para aprobar planes parciales o estudios de detalle en desarrollo del PGOU de 1986, si no llegaron a aprobación definitiva y si quedaron abortados con la aprobación del PGOU de 2010, lo que ahora procede no es reanudarlos allí donde se quedaron ni conservar los trámites realizados sino incoar nuevo procedimiento que habrá de ajustarse completamente a la normativa ahora vigente con todas sus nuevas exigencias, no sólo las de la LOUA o las de la vigente legislación de suelo estatal sino también a las de la ambiental, la de carreteras, costas, aguas, etc. Igual que si se tratara de tramitarlos por primera vez. Es verdad que, conforme a las disposiciones transitorias cuarta y quinta de la LOUA había que

distinguir según hubiese recaído o no aprobación inicial de modo que en el primer caso se continuaban conforme a la normativa anterior. Pero eso vale para los procedimientos que se estuvieran tramitando cuando se aprobó la LOUA y que había que culminar tras ella, no para procedimientos que, aunque se iniciaron antes de la LOUA, quedaron terminados (aunque con terminación anormal, esto es, sin resolución sobre el fondo) tras ella por diversas causas. En los casos que ahora nos ocupan incluso aquella aprobación inicial, si la hubo, ha perdido toda su virtualidad y eficacia al haberse dado por finalizado, explícita o implícitamente, el procedimiento en el que recayó.

Singulares problemas plantea el supuesto, que efectivamente se ha suscitado en el Ayuntamiento de Marbella, en el que los planes de desarrollo del PGOU de 1986 llegaron a tener aprobación definitiva pero fueron anulados por vicios de procedimiento. La cuestión es si cabe aprobarlos tras realizar simplemente el trámite que antes se omitió (y que llevó a su anulación judicial) o si, por el contrario, es necesario para volver a aprobarlos una adaptación completa a la normativa ahora vigente tanto en sus aspectos materiales como en los procedimentales. Esta segunda solución es la acorde con las ideas ya expuestas según las cuales los planes con vicios de procedimiento son nulos de pleno derecho y no son susceptibles de conservación de trámites ni de subsanación de defectos formales. Y es por ello la que, en efecto, han acogido los tribunales.

Es elocuente la STS de 4 de mayo de 2015 (casación 1957/2013; Ar. 2299): se había anulado antes un plan especial por vulnerar el planeamiento general; ante ello, la Administración procedió a modificar el PGOU de suerte que ahora, cuando ya el Plan Especial era conforme al General, daba por bueno éste sin necesidad de su tramitación. Pero el TS, partiendo de que con la declaración de nulidad de un plan "quedan borrados todos sus efectos", afirma:

... un nuevo instrumento de planeamiento, como el ahora pretendido por la vía de la modificación del plan general (...) tiene carácter *ex novo* y, por tanto, ha de observar las exigencias legales al tiempo de su tramitación. Es algo que tenemos dicho con reiteración incluso en supuestos de ejecución de sentencias, esto es, también en estos casos habría que acomodarse a las nuevas exigencias

legales introducidas por el ordenamiento jurídico con posterioridad al dictado de la sentencia (que antes anuló el plan)

... los planes urbanísticos han de satisfacer las exigencias dispuestas por el ordenamiento jurídico al tiempo que se produce su tramitación y aprobación, y así también cuando vengan a acoger en su caso determinaciones que (...) resultaran anuladas.

Obsérvese que no sólo impone la tramitación sino a hacerla de conformidad con las normas ahora vigentes. Y ello llevó en el caso al TS a exigir la Evaluación Ambiental Estratégica y, como no se había producido, a anular el nuevo instrumento de planeamiento.

En la misma línea es particularmente significativa la STS de 25 de mayo de 2015 (casación 1699/2013; Ar. 2712). Ante la previa anulación de un plan por razones formales (faltaba el informe exigido por la Ley de Costas) y su nueva aprobación tras cumplir el trámite antes omitido, dice:

... procede reconstruir el procedimiento al menos desde que el trámite preceptivo tuvo que evacuarse; pero, en todo caso, y más allá de ello, se hace preciso también, si las previsiones normativas aplicables al plan han sido alteradas (...), ajustar el procedimiento entero a tales previsiones.

Aclara que pedir el informe que la primera sentencia anulatoria detectó como omitido y que le llevó a declarar la nulidad puede considerarse suficiente para dar por cumplida esa sentencia (de hecho, había autos que la habían declarado cumplida) pero no para dar por válido el plan si en su tramitación no se acomodó a la normativa y exigencias vigentes en este otro momento:

Los autos recaídos en un proceso de ejecución declarando el cumplimiento de la sentencia por la evacuación del informe preceptivo omitido con anterioridad no extienden su virtualidad más allá del indicado proceso y, por consiguiente, no eximen de la observancia de las exigencias resultantes del ordenamiento jurídico como consecuencia de la nulidad de tales planes y de la necesidad de adecuarse a las previsiones normativas en vigor al tiempo que se impulsa la aprobación de un nuevo planeamiento.

Y, de acuerdo con esto y al comprobar que no se había realizado la tramitación conforme a lo ahora exigido, anula el nuevo plan. Nótese que esta STS acepta que con

la aprobación tras la petición del informe no se había incumplido la sentencia anulatoria; pero sí la normativa vigente; por lo que, no para la ejecución de la sentencia pero sí por otras razones y otros cauces, procederá la anulación.

Fue esa misma la tesis acogida por el TSJ de Andalucía, Sala de Sevilla, en su sentencia de 9 de septiembre de 2008 (recurso 772/2006; JUR/2009/82139), que además se refiere concretamente a las exigencias -no sólo formales sino sobre todo materiales- impuestas con posterioridad por la LOUA: también allí se anuló la aprobación definitiva de un plan anterior a la LOUA por defectos formales (en el caso, por falta de nueva información pública tras modificaciones sustanciales) y la sentencia, en contra de la tesis de la Administración que se limitó a practicar el trámite omitido y a dar nueva aprobación definitiva sin adaptar en nada el plan a la LOUA, consideró necesaria esa adaptación en virtud de la disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la propia LOUA que para todos los planes en curso de aprobación cuando entró en vigor esa Ley, imponía que se ajustaran plenamente a ella "en lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo y la actividad de ejecución". Esta sentencia fue confirmada por STS de 18 de noviembre de 2011 (casación 5883/2008, Ar. 2297 de 2012) que, en lo que ahora interesa, reiteró que se había incumplido la disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la LOUA. Un supuesto parecido abordó la STS de 27 de noviembre de 2013 (casación 4566/2012; Ar. 202 de 2014), aunque en este caso en aplicación de la normativa valenciana y sus disposiciones transitorias. También aquí se había anulado un plan por defectos formales (en este caso, en la información pública) y, cuando se va a repetir, se cuestiona si la tramitación debe hacerse conforme a la Ley vigente antes, cuando se incurrió en el vicio, o a la vigente ahora. Y por esta última solución optó el TSJ de Valencia y la confirmó el TS.

Algunos de los casos planteados al Ayuntamiento de Marbella presentan singularidades notables que acaso lleven a aplicar la jurisprudencia recién sintetizada con alguna matización. Ejemplo de ello es lo sucedido con el Plan Parcial de El Pinar 1 (Sector URP-RR-7) que obtuvo aprobación definitiva en 1999 pero que fue anulada por STSJ de Andalucía/Málaga 258/2005, de 31 de marzo, por falta de informe de la Administración autonómica. En su FD 3º ya decía que "ha de limitarse la declaración de



nulidad del acuerdo impugnado, con reposición de las actuaciones administrativas al momento anterior a su aprobación, para solicitud del informe omitido” y en su fallo ordenaba “la reposición de las actuaciones administrativas al momento anterior a su omisión”. La sentencia no se limitó a declarar la nulidad por el vicio formal sino que, como se ha visto, ordenó la retroacción a un momento inmediatamente anterior a su aprobación definitiva conservando, por tanto, parece, todo lo demás actuado. Sin entrar en si esa forma de resolver de la sentencia es ortodoxa o no, lo cierto es que es eso lo que decidió en su fallo y lo que, por mor de la cosa juzgada, resulta premisa incontrovertible. Ante ello, cabe cuestionar en qué medida hay que aplicar la jurisprudencia sintetizada (y, por tanto, aprobar ahora ese plan sólo tras su adaptación plena en los aspectos materiales y formales de la legislación en este momento vigente) o si cabe dar por bueno todo lo hecho en su momento y que la sentencia anulatoria conservó. Creemos que ante casos así hay que combinar los efectos de la cosa juzgada con el principio *tempus regit actum*, así como con la jurisprudencia expuesta (sobre todo, la de la citada STS de 25 de mayo de 2015) y con las disposiciones transitorias de la LOUA. Y con esos mimbres concluir que, aunque se puedan dar por válidas y bastantes parte de las actuaciones realizadas en su tramitación inicial sin exigir su plena conformidad a la normativa posterior, habrá que realizar todos los trámites que ya entonces faltaron (esto no se opone a la cosa juzgada de la sentencia que sólo se pronunció sobre el concreto vicio que se alegó pero no excluyó la posible concurrencia de otros) y los exigidos por la normativa posterior, así como proceder a una adaptación a los preceptos de la LOUA de directa aplicación. Si no se procede así, quizá quepa decir que no se vulnera aquella sentencia 258/2004, pero se habrá infringido la regulación ahora vigente y que hay que observar. Dicho de otra forma: acaso no cabría anular ahora ese Plan Parcial en ejecución de aquella sentencia pero cabría conseguir su anulación con los recursos ordinarios.

Entendemos que la exigencia de evaluación estratégica que se analiza en el apartado siguiente requiere, en este caso, de un nuevo procedimiento. El TJUE ha dicho por lo demás que el principio de cosa juzgada no es un límite absoluto a la prevalencia del Derecho de la Unión (STJUE Klausner Hoz, de 11 de noviembre de 2015, C-505/14). En un caso como el del PP El Pinar I, difícilmente puede oponerse la fuerza de

cosa juzgada, ya que al ser ahora distinto el marco legal, el Plan Parcial debe cumplir la normativa vigente, incluido naturalmente el Derecho de la Unión Europea. Vid la STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, (C-421/14). Interpreta esta Sentencia el art. 207 de la Ley de Enjuiciamiento civil que prohibía al juez, en virtud de la cosa juzgada, admitir la oposición a la ejecución con fundamento en el carácter abusivo de una cláusula dado que el contrato había sido declarado conforme a la Directiva 93/13. Pues bien el TJUE dice:

“en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo con lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancias de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”.

Por la misma razón no puede oponerse la cosa juzgada a la aplicación de la Directiva de Evaluación Estratégica cuando esta cuestión no fue objeto de la Sentencia que anuló el Plan Parcial.

8. En especial, la necesidad de Evaluación Ambiental Estratégica.

Aun dentro de la casuística que se presenta, sí cabe al menos enfatizar la necesidad de Evaluación Ambiental Estratégica incluso para los planes iniciados antes de que fuese obligatoria si su aprobación definitiva se va a realizar ahora.

La Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, disponía en su art. 13.1 que “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 21 de julio de 2004”. Y el apartado 3 del mismo art. 13 establecía que la obligación de sometimiento a Evaluación Ambiental Estratégica “se aplicará a los planes y programas cuyo primer

acto preparatorio formal sea posterior a la fecha mencionada en el apartado 1, esto es, posterior a 21 de julio de 2004.

En concordancia con ello, la Ley estatal española que transpuso esa Directiva, Ley 9/2006, de 28 de abril, señaló igualmente esa fecha como referencia, pese a que, por tratarse de una transposición tardía, su aprobación es posterior: la obligación de evaluación ambiental "se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior a 21 de julio de 2004".

Pero todavía hay más. Se establecían otros casos en que planes ya en tramitación necesitaban la evaluación: aquéllos que, aunque iniciados antes de 21 de julio de 2004, tuvieran aprobación administrativa final después de 21 de julio de 2006. Lo expresaba así la Directiva en el inciso final de su art. 13.3: "Los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior a esta fecha (21 de julio de 2004) y cuya adopción o presentación al procedimiento legislativo se produzca transcurridos más de 24 meses a partir de esta fecha serán objeto de (evaluación ambiental), salvo cuando los Estados miembros decidan, caso por caso, que esto es inviable e informen al público de su decisión". Y esto es lo que se plasmó en la Ley estatal 9/2006, de 28 de abril, concretamente en su disposición transitoria primera, apartado 2: la obligación de evaluación ambiental "se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable. En tal supuesto, se informará al público de la decisión adoptada".

Por tanto, sea por una causa o por otra, los planes que ahora se aprueben y que entren dentro del ámbito objetivo de la exigencia, deben someterse a Evaluación Ambiental Estratégica. Así ha venido entendiéndolo el TS. Lo hizo ya en su sentencia de 11 de enero de 2013 (casación 3719/2010, Ar. 1349) y lo ha reiterado en otras. Así, SSTs de 9 de mayo de 2014 (casación 5634/2011, Ar. 2920); de 27 noviembre 2015

(casación 851/2014, Ar. 5922); y 989/2017, de 5 de junio). Incluso ha precisado que, más que de una aplicación retroactiva de las leyes nacionales, se trata de un efecto directo de la Directiva (STS de 8 de octubre de 2013, casación 2786/2010, Ar. 6916).

Ya en esta situación, ahora habrá que tener en cuenta la Ley estatal 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (que deroga a la Ley 9/2006), cuya disposición transitoria primera establece que “esta ley se aplica a todos los planes, programas y proyectos cuya Evaluación Ambiental Estratégica o evaluación de impacto ambiental se inicie a partir del día de la entrada en vigor de la presente ley”. Además, por su parte, la Ley andaluza 3/2015, de 29 de diciembre, que modifica la Ley de Gestión Integrada de Calidad Ambiental, dice en su disposición transitoria primera que “esta Ley se aplica a todos los planes, programas y proyectos cuya evaluación ambiental estratégica o evaluación de impacto ambiental se inicie a partir del día de su entrada en vigor”.

9. Sobre el futuro ejercicio de la potestad de planeamiento y del *ius variandi*. Efectos de las SSTS que anularon el PGOU de 2010 sobre la futura Revisión del PGOU de 1986.

a) Posibilidad de coincidencias con la ordenación del Plan anulado; pero la reiteración de los vicios que llevaron a la anulación no sólo será ilegal sino que se considerará incumplimiento de la sentencia.

Lo que importa determinar es si la sentencia que anula un plan comporta un nuevo y específico límite al futuro ejercicio de la potestad de planeamiento o del *ius variandi*. O sea, más concretamente, si el Ayuntamiento de Marbella al proceder ahora a la Revisión del PGOU de 1986 encuentra límites específicos en las SSTS que anularon el PGOU de 2010.

La respuesta a la cuestión planteada ha de ser, en principio, negativa. Nada justifica lo contrario: ni el valor general de esas sentencias (que suponen que el plan declarado nulo, precisamente ése, es nulo para todos) ni sus efectos prospectivos y

retroactivos (que comportan que ese plan, precisamente ese, no puede aplicarse en el futuro y deben destruirse los efectos que produjo) pueden justificar otra conclusión. Tampoco el efecto de la cosa juzgada (que se refiere a un concreto plan y no a otro futuro) altera lo más mínimo la respuesta. Y si la pregunta la formulamos más concretamente en el sentido de si el nuevo plan puede tener coincidencias materiales con el anulado la respuesta sigue siendo, en principio, la misma: ni siquiera están prohibidas, en principio, esas coincidencias. Dicho de otra forma: las sentencias anulatorias del plan anterior no alzan un límite adicional a la potestad de planeamiento y al *ius variandi*. O, dicho para nuestro caso, la potestad de planeamiento del Ayuntamiento de Marbella no encuentra para su ejercicio futuro en las SSTs que anularon el PGOU de 2010 un límite que le impida reiterar la ordenación urbanística.

Ahora bien, en ese panorama hay que introducir un factor que ha alterado en parte la respuesta formulada. Ese factor deriva de la construcción que ha realizado la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, por derivación, sobre el deber de cumplimiento (o ejecución voluntaria) de las sentencias y sobre el alcance de su ejecución judicial forzosa. Con esa base se ha impuesto la idea según la cual se incumplen las sentencias anulatorias de reglamentos o planes si un nuevo reglamento o plan reproduce las determinaciones anuladas sin superar los vicios que llevaron a tal anulación judicial; o sea, si reincide en los mismos vicios.

Eso matiza la respuesta que en principio hemos dado. Ahora la respuesta es ésta: la sentencia que anula un reglamento o plan comporta un límite según el cual el futuro reglamento o plan no puede reincidir en los mismos vicios que en aquella llevaron a la declaración de nulidad; además –y esto es lo importante– si se vulnera ese límite se estará, no sólo vulnerando la legalidad, sino incumpliendo la sentencia anterior.

Este límite sólo actúa cuando: a) se dan los mismos vicios que basaron la sentencia anulatoria; y b) no ha habido cambios sustanciales en las circunstancias de hecho y de Derecho valoradas en la sentencia anulatoria. Por ambas condiciones se comprende que hay que estar no sólo al desnudo fallo de las sentencias anulatorias sino

...anulada a su turno de manera consuetudinaria en estos casos por el vicio o vicios que dieron
a la declaración de nulidad y por los hechos que fueron considerados determinantes en
aquella sentencia. Sólo atendiendo a todo esto, y no sólo a la literalidad del fallo, puede
saberse lo que ha decidido la sentencia y lo que, consiguientemente, podrá considerarse
que la incumple. Si el vicio que se observa en el nuevo reglamento es otro o si, aun
siendo el mismo, ha habido cambios relevantes en los hechos que se valoraron o en el
Derecho aplicable no se estará ante este supuesto de incumplimiento de la sentencia
anterior. Siendo así, con frecuencia será perfectamente posible que el nuevo reglamento
o plan tenga coincidencias parciales e incluso amplias con el anulado y hasta será lícito
que reproduzca sus mismas determinaciones materiales.

Todo esto lo refleja fielmente la jurisprudencia. Con evocaciones kantianas, el
TS ha dicho que no hay un "imperativo categórico" que excluya *a radice* esas
coincidencias, que incluso podrían ser muy amplias. Dice la STS 1997/2016, de 6 de
septiembre (casación 3365/2014; Ar. 5776):

"No puede desprenderse de nuestra jurisprudencia, desde luego, la
existencia de un imperativo categórico que venga a impedir, siempre y sin
excepción, la reproducción de la ordenación anulada por virtud de una sentencia
firme".

"Habrà que estar a la entidad y naturaleza de la entidad y naturaleza del
vicio determinante de la anulación" y, por tanto, a la "*ratio decidendi* de las
resoluciones judiciales" anulatorias.

"Al amparo de su potestad de planeamiento, la Administración puede
ejercitar una opción diferente y llevar a efecto una ordenación distinta, pero
también le es dable proponer una ordenación planteada en términos similares a
la que había sido anulada".

Concretemos lo dicho para nuestro asunto. Algunas de las previsiones esenciales
del PGOU de 2010, desde luego, no pueden pasar al nuevo Plan por dos géneros de
razones:

- a) Porque son materialmente ilegales (ilegales por contrarias a la ley
tal y como ésta es interpretada por la jurisprudencia de la que son muestra, junto
con otras, las SSTs que anularon el PGOU de 2010). Así, muchas de las
previsiones relativas a la llamada normalización o regularización; muchas de las
concernientes al moldeamiento de los conceptos de suelo urbano consolidado y

no consolidado y, en fin, todas las que pretendieron en su para este un régimen jurídico que no es el de la ley, en especial, sus deberes para promotores en contra de las previsiones legales sobre subrogación de los adquirentes. Todo esto sería ilegal en un futuro Plan de Marbella como lo fue en el PGOU de 2010 o como lo sería en el de cualquier municipio español, al margen de que hubiera antes una sentencia anulatoria. Y

b) Porque serán consideradas incumplimiento de las SSTS que anularon el PGOU de 2010. Esta segunda razón, que requiere alguna condición adicional (finalidad incumplidora de la sentencia) sólo vale para el Ayuntamiento de Marbella, para un Plan de Marbella. Y comportaría que ese nuevo Plan pudiera ser anulado, sin necesidad de un nuevo proceso declarativo, en ejecución de aquellas sentencias.

Pero -y esto es lo que queremos enfatizar- otras muchas previsiones, las de verdadera ordenación urbanística comprendidas en las normales potestades de planeamiento, las que dentro de la discrecionalidad esencial de esa potestad se acogieron en aquel PGOU de 2010, podrían volver a ser acogidas si, al margen por completo de aquél precedente y sin ningún propósito de burlar la sentencia, fueran reflejo de un nuevo juicio sobre el modelo de ciudad que se pretende. Igual que no se debe buscar de propósito esa coincidencia, tampoco hay que huir de ella si, como es normal que suceda, eso obedece a una nueva ponderación de las circunstancias, de las necesidades y de las aspiraciones de la ciudad y si esa nueva valoración se justifica suficiente y racionalmente. Con más detalle analizaremos esta cuestión al hilo del estudio de la evaluación estratégica.

b) Especial deber de justificación y motivación.

Lo que sí ha establecido el TS es una especie de prejuicio ante los planes que reproducen las determinaciones de los anteriores judicialmente anulados. Un prejuicio que se traduce técnicamente en cargar sobre la Administración una demostración (un "plus de justificación", dicen algunas sentencias) de que las coincidencias entre el

nuevo plan y el anulado no son buscadas de propósito con la finalidad de eludir los efectos de la sentencia anulatoria sino que son fruto de una valoración de lo conveniente para el interés general.

Una ilustrativa síntesis de todo esto (subsistencia de la potestad administrativa para perseguir el interés general con posibilidad de determinaciones coincidentes con las del plan anulado pero prevención especial frente a tales coincidencias) se contiene en la STS de 20 de marzo de 2014 (casación 4333/2011; Ar. 2414) que hubo de enjuiciar un Catálogo del Patrimonio Histórico, promovido en sustitución del inventario incorporado a las Normas Subsidiarias. Afirma que los límites a la potestad de planeamiento “aparecen indudablemente reforzados cuando median resoluciones judiciales que asimismo exigen ser respetadas y cumplidas”. Y añade:

“Pero tampoco, por la existencia de tales límites, la potestad de planeamiento urbanístico queda cancelada con vistas a satisfacer las exigencias requeridas en cada momento por los intereses públicos; ni desaparecen las potestades de planeamiento de la Administración, si su ejercicio se encamina realmente a los objetivos que la justifican, porque el planeamiento urbanístico tampoco puede entenderse que pueda quedar petrificado a partir de tales resoluciones.

Ahora bien, ello no impide que deba extremarse el cuidado y el rigor en la fiscalización que los órganos jurisdiccionales estamos llamados a ejercer cuando la verdadera finalidad a que responde el ejercicio del *ius variandi* puede comprometer la efectividad de nuestras propias resoluciones -y con ella los derechos a la tutela judicial efectiva que asisten a las partes que haya obtenido una decisión favorable en el curso del proceso-, justamente, para verificar que ello no es así, y que las potestades administrativas efectivamente se dirigen a la satisfacción de los intereses públicos puestos bajo la tutela de la Administración en cada caso”.

c) La clave de la Evaluación Ambiental Estratégica

La motivación reforzada encuentra hoy su asiento principal en la evaluación estratégica, porque es en esa evaluación donde se confronta el modelo territorial escogido con las exigencias ambientales.

El borrador inicial del Plan sometido a evaluación estratégica no puede tener en cuenta determinaciones en las alternativas que vayan en contra de las Sentencias

declaratorias de la unidad del PGOO, en particular no es admisible que la justificación de una alternativa se base en la oportunidad o conveniencia de legalización de actuaciones, obras o usos ilegales.

Las alternativas de muestreo y lo que propugne el planificador tienen que hacerse de acuerdo con el modelo territorial que se considere más idóneo desde el punto de vista del interés público territorial y de la sostenibilidad ambiental, como si no existieran las obras, actuaciones y usos ilegales, porque éstas no pueden condicionar la adopción del modelo territorial. Obviamente en los documentos informativos del Plan no puede ignorarse la realidad. Pero al tratarse de las consecuencias fácticas de planes anulados, tales condicionantes no vinculan al planificador, que tendrá que articular sus decisiones según estrictas consideraciones de política territorial y ambiental.

Como es preceptivo, sólo a partir de la admisión a trámite del documento ambiental estratégico y conforme a las determinaciones del documento de alcance del estudio ambiental estratégico podrá adoptarse un modelo territorial, que es el que tiene que orientar todo el plan, conforme al art. 40 de la Ley 7/2007, de 9 de Julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, y Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Como es sabido, la evaluación estratégica es una ponderación de los efectos de los planes y programas realizada en el estadio más inicial posible cuando sólo existe un borrador. De ahí que entre las alternativas que deben ponderarse está la alternativa cero, esto es, la de no llevar adelante programas o plan alguno. Es pues en esta fase incipiente de elaboración del plan donde la autoridad ambiental tiene que establecer el marco de los condicionantes ambientales que vinculan todo el proceso de formación y que da lugar finalmente al informe de valoración ambiental definitivo.

Subrayamos esta circunstancia porque el nuevo Plan General que se elabore tiene que observar las exigencias de la evaluación estratégica, tal como hoy aparecen definidas en la Ley estatal 21/2013, de 9 de diciembre, y en particular el estudio de alternativas, incluida la alternativa cero. Lo recuerda la STS de 27 de Octubre de 2015

(Casación 2109/2014) que anuló entre otras razones el Plan de 2010 por falta de evaluación ambiental estratégica, sin que fuera bastante el estudio de impacto ambiental elaborado según las previsiones del Decreto andaluz 292/95, de 12 de Diciembre.

Resulta pertinente transcribir el siguiente párrafo de la Sentencia (FJ decimotercero):

"Pues bien, la entidad recurrente pone el acento, de entre todos los requisitos enunciados e incumplidos, en la ausencia de evaluación de las diferentes alternativas, incluida la denominada alternativa cero -que no es otra que dejar de realizar el plan, como esta Sala ya ha señalado en sentencias precedentes, como la pronunciada el 19 de diciembre de 2013 en el recurso de casación nº 827 / 2011-, examen comparativo que en el EIA brilla completamente por su ausencia, ya que la sentencia -y, mediatamente, la propia Junta de Andalucía en su contestación- tratan de justificar esa observancia en el hecho de que el punto 2.2 del estudio ambiental lleve por rúbrica la de "alternativas posibles o seleccionada", lo que no resulta convincente cuando a la vista del epígrafe puede observarse que no sólo no se evalúan las distintas alternativas, sino que ni siquiera se describen de modo claro y preciso, de modo que podamos conocer cuáles serían y, menos aún, se consignan las "razones de la selección de las alternativas previstas y una descripción de la manera en que se realizó la evaluación" (apartado h); como tampoco consta el "informe previsto sobre la viabilidad económica de las alternativas" (Anexo I, letras h) y k), que es una exigencia específica de la Ley 9/2006 que no cabe entender cumplida, como apodóticamente señala la sentencia, con las meras indicaciones generales del estudio económico. A tal efecto, la sentencia reconoce la omisión de tal informe, que trata de salvar afirmando que "[...] respecto del planeamiento urbanístico general, supuesto en el que nos encontramos no son exigibles otros contenidos en términos económicos que los recogidos en el apartado Programación de Actuaciones y Estudio Económico, que consta en las págs. 519-583, apartado 6, Memoria de Ordenación, DVD 1).

En definitiva, la completa falta de estudio comparativo de las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, así como de exposición de la denominada alternativa cero, hacen incurrir al PGOU de Marbella en la nulidad pretendida, al haberse prescindido de la preceptiva EAE, así como de la Memoria ambiental consecuente, efectuadas conforme a las prescripciones de la Ley 9/2006 y de la Directiva 2001/42/CE en que se inspiran".

Por lo demás debe recordarse que, en todo caso, el procedimiento debe observar las exigencias de la Directiva 2001/42/CE, de modo que, como ha dicho reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Derecho interno no puede interpretarse

de forma que obstaculice la eficacia del Derecho de la Unión. De modo que es esencial que el plan se someta a evaluación en el momento más pronto posible.

En consecuencia el planificador deber atender los requerimientos de la evaluación estratégica establecidos por el art. 40 de la citada Ley andaluza 7/2007, de 9 de Julio, interpretadas a la luz de la Directiva y de la Ley estatal, lo que exige la presentación de un borrador de plan con anterioridad a la aprobación inicial del plan [art. 40.5, apartado a), b), c), e) y f) citado] con estudio de todas las alternativas disponibles, incluida la alternativa cero.

d) La nueva regulación sobre planificación e integración de actuaciones irregulares; en especial, la incidencia de la Ley autonómica 2/2012 de modificación de la LOUA

Ya dijimos que la cosa juzgada material está condicionada por las posibles modificaciones en el Derecho aplicable al caso. Y ahora hemos afirmado que las restricciones a las coincidencias con el plan judicialmente anulado dependen de que haya habido cambios, no sólo en las circunstancias de hecho valoradas como determinantes en las sentencias anulatorias, sino también del Derecho aplicable. Pues bien, lo cierto es que desde que se aprobó el PGOU marbellí de 2010 hasta hoy ha habido modificaciones relevantes de la legislación urbanística y que algunas de ellas afectan a lo que aquí nos ocupa. Sobre todo sucede así con la reforma de la LOUA introducida por la Ley autonómica 2/2012, de 30 de enero. Aunque esta Ley es anterior a las SSTs que anularon el PGOU de 2010, no fue tomada en cuenta por estas sentencias que aplicaron la normativa que estaba vigente en 2010 cuando se aprobó aquél Plan.

Esa reforma de la LOUA afrontó la integración en nuevos planes de actuaciones realizadas irregularmente.

Hasta ese momento sólo había en la LOUA algunos preceptos que tangencialmente podían entenderse referidos a ello. Eran los contenidos en sus arts. 9.B) y 17.2, así como en su disposición adicional primera. El art. 9.B) simplemente decía que los PGOU deben "mantener, en lo sustancial, las tipologías edificatorias, las



edificabilidades y las densidades preexistentes en la ciudad consolidada, salvo en las zonas que provengan de procesos inadecuados de desarrollo urbanos". El art. 17, tras establecer estándares para suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable, disponía en su apartado 2 que el cumplimiento de esos estándares "podrá eximirse parcialmente en la ordenación de concretos sectores de suelo urbano no consolidado, cuando las dimensiones de éstos o su grado de ocupación por la edificación hagan inviable dicho cumplimiento o éste resulte incompatible con una ordenación coherente" así como cuando se trate de "sectores de suelo urbano no consolidado o de suelo urbanizable en que se hayan llevado irregularmente a cabo, total o parcialmente, edificaciones de urbanización y edificación que el PGOU declare expresamente compatibles con el modelo urbanístico territorial que adopte". Aun así, esa exención quedaba condicionada a lo que "se prevea reglamentariamente" y a una justificación "suficiente y expresa". Y por su parte la disposición adicional primera, al ocuparse de la situación de fuera de ordenación, preveía que "se particularizará para las actuaciones de urbanización y subsiguiente edificación en las unidades resultantes ejecutadas de forma clandestina o ilegal en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable (...) respecto de las que ya no sea legalmente posible, al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, medida alguna de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden infringido, y que el referido instrumento de planeamiento determine como incompatibles con el modelo urbanístico que se adopte". Esos preceptos fueron invocados en defensa del PGOU de 2010. Y el TS negó que esas normas de la LOUA ofrecieran el fundamento que se pretendía al planeamiento con finalidad de regularización que detectó en el PGOU de Marbella. Así dijo en su FD.10.1º la primera de las STS anulatoria del PGOU de 2010, la de 27 de octubre de 2015 que resolvió la casación 313/2014 (Ar. 5581), y reiteraron muchas de las que igualmente anularon ese Plan de Marbella, lo siguiente:

Este tipo de planeamiento (...) no cuenta con respaldo legislativo (...)

Como se ha expresado, se busca apoyo legal a tal proceso de Normalización en varios preceptos de la LOUA que justificarían "esta posibilidad de integración urbanística en un nuevo planeamiento de lo construido ilegalmente con anterioridad a su vigencia"; más la cita que se realiza al respecto no cuenta con el ámbito que se pretende: así, el artículo 9.B) se refiere a que, en el marco de los fines y objetivos enumerados en el artículo 3 de la misma LOUA, los planes deben "mantener, en lo sustancial, las tipologías edificatorias, las edificabilidades y las densidades preexistentes en la ciudad consolidada, salvo en

zonas que provengan de procesos inadecuados de desarrollo urbano. De ahí, en realidad, podría deducirse lo contrario de lo pretendido, pues lo que el precepto excluye de su mantenimiento es, justamente, aquello que procede de un desarrollo inadecuado. Algo parecido acontece con el artículo 17.2 de la LOUA ---que, en realidad, lo que contempla es una exención parcial de las reglas previstas para la ordenación de SUNC y Suelo Urbanizable---, así como con el inciso final de la Disposición Adicional Primera de la misma LOUA, de la que se deduciría que "un nuevo planeamiento puede legítimamente proponer la compatibilidad de edificaciones ilegales con el nuevo modelo urbanístico que adopte", pues, en realidad, si bien se observa, lo que en dicha disposición se contempla no es la legalización ---como en la Normalización--- sino la regulación de las construcciones, edificaciones e instalaciones que, como consecuencia del nuevo planeamiento, quedaren en la situación de fuera de ordenación.

La referida Ley andaluza 2/2012, de 30 de enero, modificó la LOUA sobre todo con el objetivo de adaptarla a la Ley estatal de Suelo de 2007. Pero como se decía en su Exposición de Motivos, "a este objetivo se añade la incorporación de determinaciones puntuales en materia de disciplina urbanística, con el fin de facilitar la aplicación práctica de la Ley por parte de las Administraciones Públicas". Y, en especial, para lo que aquí nos interesa, explicaba:

A tal efecto, en la modificación de esta Ley se recoge que la aprobación del instrumento de planeamiento que contenga determinaciones que supongan la incorporación al proceso urbanístico de actuaciones irregulares no conllevará por sí misma la efectiva legalización de éstas, sino que será necesario el completo cumplimiento de los deberes y cargas que dicho instrumento contenga. Esto supone la aplicación del principio de cumplimiento por equivalencia en los supuestos que exista una resolución firme de restauración de la realidad física alterada.

Todo ello considerando que el instrumento de planeamiento debe responder al cumplimiento de los intereses generales, no al mero interés de regularizar lo ilegal, y en coherencia con el modelo urbano asumido.

En parte, ese pasaje transcrito parece evocar lo dicho por el TS para anular el PGOU de Marbella de 2010. Pero lo cierto es que esa idea genérica encontró en el articulado de esa Ley, que pasó a ser el articulado de la LOUA, plasmaciones que no existían en 2010 y que no pudieron ser tomadas en consideración al elaborarlo ni al anularlo. Ahora se encuentran en la LOUA estos nuevos preceptos que influyen en el tratamiento de lo realizado irregularmente:

- DICE ahora el art. 34.j) LUGA que la ordenación urbanística establecida en los instrumentos de planeamiento tiene por objeto:

“(…)

j) El establecimiento de medidas para evitar la presencia en el territorio de edificaciones y asentamientos ejecutados al margen de la legalidad urbanística, incorporando al ordenamiento los procesos existentes cuando ello fuera compatible con la ordenación territorial y urbanística y demás normativa especial de aplicación, sin perjuicio del ejercicio de la potestad de disciplina urbanística.”

- El nuevo art. 34.1.b), tras referirse a la situación de fuera de ordenación en los mismos términos de la redacción inicial, pasó a tener un nuevo párrafo de este tenor:

“Para las instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas al margen de la legalidad urbanística para las que no resulte posible adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística ni el restablecimiento del orden jurídico perturbado, reglamentariamente podrá regularse un régimen asimilable al de fuera de ordenación, estableciendo los casos en los que sea posible la concesión de autorizaciones urbanísticas necesarias para las obras de reparación y conservación que exijan el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble.”

- Se incorporó un nuevo y relevante apartado 2 al artículo 34 con esta redacción:

“Para la efectiva incorporación al proceso urbanístico de actuaciones irregulares será necesario, junto a la aprobación del instrumento de planeamiento que contenga determinaciones que supongan dicha incorporación, el cumplimiento de los deberes y las cargas que dicho instrumento de planeamiento contenga, en la forma y plazos que éste establezca.”

- Se modificó el artículo 45.2.B).c), de conformidad con el TRLS 2008 que regula las actuaciones de dotación. El precepto establece las circunstancias en las que el suelo urbano debe ser categorizado como no consolidado. Y con la reforma apareció ésta que tiene interés para nuestro objeto por lo que luego dice la disposición adicional novena. En concreto, además de otros, es suelo urbano no consolidado el que adscriba a esta categoría el PGOU por:

“Precisar de un incremento o mejora de dotaciones, así como en su caso de los servicios públicos y de urbanización existentes, por causa de un incremento del aprovechamiento objetivo derivado de un aumento de edificabilidad,

densidad o de cambio de uso que el instrumento de planeamiento autoriza o reconozca en parcelas integradas en áreas homogéneas respecto al aprovechamiento preexistente.

Se presumirá que este aumento de edificabilidad o densidad o cambio de uso requiere el incremento o mejora de las dotaciones, y en su caso de los servicios públicos y de urbanización, cuando dicho incremento comporte un aumento del aprovechamiento objetivo superior al diez por ciento del preexistente."

- Y se incorporó esta nueva Disposición adicional novena bajo el rubro "Recuperación de dotaciones y aprovechamiento público en actuaciones irregulares en suelo urbano":

"1. El Plan General de Ordenación Urbanística o sus innovaciones podrán considerar que concurren las circunstancias previstas en el artículo 45.2.B).c) de esta Ley en las *actuaciones irregularmente materializadas* en suelo urbano siempre que expresamente se justifique la integración y coherencia de éstas respecto del modelo urbano propuesto y se dé cumplimiento a los deberes regulados en el artículo 55 para esta clase y categoría de suelo. A tal efecto, acreditada la dificultad de aportar los terrenos para compensar el defecto de dotaciones o la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actividad urbanística, el Plan General de Ordenación Urbanística podrá imponer su sustitución en metálico, cuyo pago se hará efectivo al solicitar la correspondiente autorización en el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

El porcentaje de participación de la comunidad en las plusvalías se fijará reglamentariamente entre el diez y el quince por ciento, que se integrará en el patrimonio público de suelo.

Asimismo, el pago en metálico como medida sustitutiva de la cesión de los terrenos necesarios para las dotaciones se integrará en el depósito referido en el artículo 139.2 de esta Ley.

En los supuestos en los que exista resolución administrativa firme acordando la reposición de la realidad física alterada, únicamente se entenderá ejecutada la misma por equivalencia cuando los deberes establecidos por el Plan General de Ordenación Urbanística o sus innovaciones, conforme a lo dispuesto en el primer párrafo del presente apartado, hayan sido definitivamente cumplidos, en la forma y plazos que dicho instrumento de planeamiento establezca, y sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

2. En los casos que, tratándose de suelo urbano, no concurren las circunstancias descritas en el artículo 45.2.B) para su adscripción al suelo urbano no consolidado, la resolución administrativa firme que acuerde la reposición de la realidad física alterada sólo se entenderá ejecutada por equivalencia cuando haya sido íntegramente satisfecha la indemnización que, en su caso, se prevea en dicha resolución en la forma y plazos establecidos en la misma."

La reforma de 2012, que solo hemos examinado y que no es muestra en el panorama nacional, es de tal calado para lo que nos ocupa que ha llevado a afirmar al Magistrado del TSJ de Andalucía Rodríguez Moral y precisamente en relación al caso de Marbella que “aquellas actuaciones de convalidación que a partir de ahora se acometan al amparo de los instrumentos de planeamiento previstos en la Ley 2/2012 se sustraen a los efectos de la cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Supremo al exceder de los límites objetivos y temporales que le son propios, justamente porque actúan una potestad de planeamiento habilitada en términos legales distintos de los que contemplaba el Alto Tribunal y deben ser examinadas a la luz de sus propios condicionantes legales”. Desde luego, este sugerente estudio rodea de requisitos y cautelas esas posibles determinaciones del planeamiento: sólo serán regularizables las construcciones ilegales compatibles con el “modelo de ciudad justa” o habitable y de entre ellas muchas deberán considerarse como fuera de ordenación o asimilados; no puede ser un “gigantesco fraude de ley” y convertirse en “un instrumento derogatorio de los estándares legales”; la reconducción a la legalidad no puede tratarse como un simple problema económico y compensatorio; sólo en algunos casos y con condiciones cabrá la deslocalización de los suelos dotacionales pues como regla general “la superación del déficit dotacional debe procurarse prioritariamente (...) en la unidad espacial que conforma cada área homogénea”; será especialmente necesaria una meticulosa motivación; etc. Pero, sin entrar en detalle en todos esos condicionantes, lo que nos interesa destacar es ese nuevo escenario que lleva a afirmar al Magistrado Rodríguez Moral que con esa Ley 2/2012 “el ordenamiento autonómico andaluz cuenta con un *corpus* normativo ideado justamente con la finalidad de solventar el tipo de problemas que sufre la ciudad de Marbella”. Y, en suma: “Ése es el marco en que, en principio, está llamado a desenvolverse el nuevo PGOU, lo que conduce a la idea de que, con toda probabilidad, las operaciones legalizadoras y de reajuste dotacional del Plan anulado, por la fecha en que éste se aprobó y publicó, no gozaban de la habilitación legal o, al menos, no de la suficiente para la tarea emprendida, a diferencia de lo que ocurrirá ahora que es obligada la redacción del nuevo PGOU o de las modificaciones puntuales del Plan resucitado que, por aplicación de la regla *tempus regit actum*, quedarán indefectiblemente ligadas a las exigencias de la legislación que se encuentre vigente en estas fechas, lo que en este caso permite marcar una cierta distancia con los

pronunciamientos del Tribunal Supremo, justamente en su condición de legislación sobrevenida y que por razones obvias el Tribunal no pudo tomar en consideración al pronunciarse”.

Si eso se mantiene ante la reforma de la LOUA operada por la Ley 2/2012, otro tanto podrá decirse ante otras modificaciones de la misma LOUA, como la aprobada por Ley 6/2016, de 1 de agosto, para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. En especial, su disposición adicional quinta sobre el régimen de asentamientos que se incorporen al planeamiento urbanístico.

Aunque estas ideas deben aplicarse con extrema prudencia, hay que tomarlas en cuenta para relativizar en parte las anteriores prevenciones contra las coincidencias de un futuro PGOU con el anulado por el Tribunal Supremo en tanto que, si éste, como acabamos de recordar, vio ciertos vicios en el PGOU de 2010 porque algunas de sus determinaciones “no cuentan con respaldo normativo”, ahora, tras las reformas de la LOUA, hay un nuevo marco que en algún aspecto y con ciertas condiciones podría parcialmente justificarlas. En todo caso, como ya hemos reiterado, resulta determinante la compatibilidad de la regularización con el modelo urbanístico adoptado por el Plan.

VII. LÍMITES CONCRETOS QUE DEBE RESPETAR EL PLANIFICADOR EN LA ORDENACIÓN

1. Metodología.

En aplicación de lo antes expuesto y con la finalidad de establecer los límites que derivan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, partiremos de las distintas clases de suelo y dentro de ellas analizaremos las diferentes situaciones que pueden presentarse y que el planificador tiene que observar a la hora de elaborar el Plan.



2. Suelo urbano historico anterior al PGOU de 1986 o devenido urbano en ejecución legal del PGOU de 1986.

El suelo urbano histórico de Marbella se impone como realidad fáctica al planificador, que a este respecto solo debe fijar mediante las ordenanzas correspondientes la ordenación pormenorizada. Y caso de que fuera necesario conforme al modelo territorial que adopte el Plan deberían fijarse las áreas sujetas a operaciones de reforma interior o las susceptibles de actuaciones de dotación.

En las mismas circunstancias se encuentra el suelo que ha devenido urbano consolidado como consecuencia de la ejecución del PGOU de 1986, siempre que esa ejecución se haya producido legalmente y no exista sentencia anulatoria, pues en este último caso habrá que estar a lo que se desarrolla en el apartado siguiente. Como se ha expuesto *supra* (apartado II de este informe) son muchas las situaciones existentes, ya que el PGOU de 1986 no se publicó debidamente hasta el 2000 (BOP de Málaga de 28 de Noviembre de 2000), de modo que hasta esa fecha fue un plan válido pero ineficaz jurídicamente.

Como regla general todas las actuaciones consolidadas conformes en su contenido y ejecución al Plan General vigente no declaradas nulas por sentencia firme son situaciones legales en tanto que actuaciones ajustadas, desde el año 2000, al ordenamiento urbanístico. Y respecto de ellas el planificador debe atenerse al carácter reglado del suelo urbano, ya que por definición, las superficies de suelo de que se trata cuentan con los servicios urbanísticos previstos en el PGOU vigente en ese momento.

Lo mismo, naturalmente, cabe decir respecto de las modificaciones de dicho Plan vigentes y no anuladas. Las situaciones consolidadas realizadas a su amparo son una realidad jurídica y fáctica que el planificador debe respetar, en los términos antes descritos para el suelo histórico.



nos referimos a todos aquellos suelos ya urbanizados, pero que no han sido en
disconformidad con el ordenamiento jurídico por alguna de las siguientes razones:

1ª) Suelos desarrollados respecto de los que han recaído sentencias anulatorias.

2ª) Suelos desarrollados respecto de los que no ha recaído sentencia anulatoria,
pero cuyo desarrollo se basaba en el Plan General de 2010 anulado por el Tribunal
Supremo o en el proyecto de plan de 1998 o que incurren por otro motivo en ilegalidad.

Sin perjuicio de la discrepancia que los miembros de la Comisión encargada de
redactar este informe pueden tener respecto de las consecuencias que el Tribunal
Supremo extrae de la nulidad del Plan General (nulidad en cascada o que se irradia
sobre todos los instrumentos de desarrollo del Plan como son Planes Parciales, Estudios
de Detalle, etc.), la seguridad jurídica requiere que el planificador observe,
escrupulosamente, la doctrina del Tribunal Supremo sobre Marbella. En este sentido
deben asimilarse a efectos del nuevo Plan ambos tipos de suelo y su tratamiento por el
planificador debe ser idéntico.

Pues bien, el planificador tendrá que clasificar y, en su caso, ordenar esos suelos
como si no estuvieran actualmente urbanizados, con una mirada equivalente a la que
tendría un planificador que hubiera previsto un suelo urbanizable de extensión del suelo
preexistente de manera coherente y sistemática, de acuerdo con el modelo territorial del
plan que se adopte.

En consecuencia, ese modelo podrá o no coincidir con la realidad existente,
porque, como ya se ha dicho, esa realidad urbanizada es un hecho que el planificador
naturalmente tiene que tener en cuenta pero que no le vincula, dado que el Tribunal
Supremo prohíbe que la legalización de lo ilegalmente urbanizado sea una causa que
pueda justificar el modelo de ordenación urbanística.

Dentro de estos suelos urbanizados hay que distinguir entre los que cuentan con edificación y los que no cuentan con edificación, y a su vez, los que tienen la licencia anulada o no. Previamente tenemos que plantearnos la hipótesis de que puedan existir proyectos de reparcelación y de urbanización firmes en ejecución de planes anulados.

A) *Proyectos de reparcelación y urbanización derivados de planeamiento anulado.*

Puede ocurrir que exista acuerdo definitivo y firme de reparcelación y urbanización derivado de planeamiento anulado. Ya hemos observado anteriormente que existe una tendencia jurisprudencial que los asimila a actos administrativos y que, por tanto, no se consideran que sean nulos como simple consecuencia de la anulación del plan. Pueden ser actos nulos si incurren en causa de nulidad (por ejemplo por invadir un vial público, art. 185.B y art. 169.5 LOUA) o ser anulables si incurren en ilegalidades no castigadas con la nulidad. En el primer caso cabe la revisión de oficio mientras en el segundo solo cabe la declaración de lesividad si no ha transcurrido el plazo de cuatro años del art. 107 LPAC.

Al margen de ello, a nuestro juicio los proyectos de reparcelación y urbanización derivados de planeamiento aprobado en los que no se llegaron a otorgar licencias urbanísticas devienen ineficaces al desaparecer la causa o presupuesto jurídico que los justificó. Nadie puede ampararse en una reparcelación o en la existencia de un proyecto de urbanización aprobado para solicitar licencia si la ordenación urbanística que motivó la elaboración y aprobación de aquellos actos administrativos ha desaparecido; sencillamente resulta imposible considerar que dichos actos siguen produciendo efectos jurídicos desde el mismo momento que desapareció la causa que justificó su aprobación, al no existir ordenación que pueda desarrollarse o ejecutarse (Véase supra págs. 119 y ss.).

B) *Edificación con licencia anulada.*

Resulta claro que el planificador tiene que actuar con una perspectiva sistemática y coherente, no analizando la situación específica de cada parcela, pues eso sería incompatible con la necesidad de que exista un modelo territorial en el plan.

Si dentro de esa visión sistemática, no aislada, el planificador considera que la edificación existente es compatible con el nuevo modelo territorial, debe mantenerla, en el bien entendido de que será el juez competente en cada caso el que, en ejecución de sentencia, finalmente determine si procede o no a la demolición.

Si la edificación es enteramente compatible con la nueva ordenación, los propietarios de suelo no tendrán que atender nuevas obligaciones o cargas urbanísticas si ya se afrontaron cuando se urbanizaron los terrenos. Si no se afrontaron dichas cargas habrá que recurrir al art. 34.2 LOUA, que exige para la efectiva incorporación al proceso urbanístico de actuaciones irregulares el cumplimiento de los deberes y cargas que el nuevo planeamiento establezca. Al hablar de compatibilidad nos referimos tanto a las normas sobre edificabilidad como a las que disciplinan los usos. Por el contrario, si la edificación es solo parcialmente compatible con la nueva ordenación, además de las medidas que procedan de demolición parcial o de adecuación de la edificación en ejecución de sentencia, los propietarios tendrán que atender las obligaciones que resulten necesarias. Por ejemplo, si no cuentan con todos los servicios que doten de carácter urbano consolidado al suelo, deberán afrontar las obligaciones proporcionales que correspondan, conforme al principio de subrogación real.

C) Edificación con licencia no anulada, pero otorgada al amparo de Plan declarado nulo o que por otra circunstancia es ilegal.

Partiendo de la libertad de configuración del planificador sobre el modelo territorial hay que distinguir dos situaciones:

1ª) Licencias nulas de pleno derecho

Hemos sostenido anteriormente que pueden existir licencias firmes convalidadas al planeamiento cuando no se hayan impugnado y también hemos subrayado que conforme al art. 73 LJCA la anulación del Plan de 2010 no implica por sí misma la anulación de los actos firmes dictados a su amparo.

Ahora bien, puede haber licencias firmes que, sin embargo, incurran en nulidad de pleno derecho (art. 185.B en relación con el art. 169.5 LOUA). Por ejemplo por invadir terrenos dotaciones o zonas verdes. En casos como estos, de ilegalidades muy graves para las que la LOUA prevé la nulidad de pleno derecho, el planificador no debe respetar estas situaciones antijurídicas insubsanables y el Ayuntamiento tiene abierta la potestad de revisión de oficio de dichas licencias conforme al art. 106 de la Ley 39/2015 (LPAC). Independientemente de ello debe notarse que en estos casos la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística no tiene plazo de caducidad (art. 185 LOUA) de modo que el Ayuntamiento no tiene obstáculo alguno para restablecer, en todo caso, la legalidad perturbada.

Cuestión distinta es si el modelo territorial que adopta el nuevo plan justificadamente cambia la localización de una dotación, espacio libre, parque o jardín, de forma tal que desaparece la causa de nulidad. En tal caso podrá otorgarse nueva licencia cumpliendo las determinaciones urbanísticas y manteniendo la edificación en la medida en que se adecue al plan.

2ª) Licencias anulables.

En el caso de licencias anulables (por ejemplo por ser contrarias a las ordenanzas de uso o a las condiciones de edificabilidad) no cabrá por regla general que el Ayuntamiento inicie el procedimiento de lesividad (art. 107 LPAC) al haber transcurrido ya el plazo de cuatro años que la ley prevé para el ejercicio de la acción impugnatoria ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En tal circunstancia, el planificador deberá declarar la edificación fuera de ordenación si es incompatible con la nueva ordenación. Si es compatible con la nueva ordenación los derechos de los propietarios derivados de la antigua licencia quedan consolidados plenamente.

Si es incompatible, y la licencia ya no es susceptible de revisión (lo que será el caso más frecuente, como ahora mismo se dirá), la edificación quedará fuera de ordenación en los términos que el Plan establezca en desarrollo de la LOUA (Vid infra).

D) Edificaciones en curso o paralizadas.

Se debe aplicar por el planificador las mismas reglas que hemos visto anteriormente, con las matizaciones derivadas de si existe o no sentencia anulatoria.

En definitiva, si la obra es conforme con el nuevo modelo territorial deberá ser respetada y si es disconforme deberá procederse a las medidas de restablecimiento de la legalidad conculcada.

E) Suelos urbanizados con Plan Parcial aprobado no edificados.

- Suelos completamente urbanizados.

En los mismos términos vistos anteriormente el planificador deberá decidir si esos suelos se ordenan como: a) suelos urbanizados, si son compatibles con el modelo territorial; b) suelos urbanizables, si el nuevo modelo es solo parcialmente compatible; o c) suelos no urbanizables, si el nuevo modelo territorial impone tal clasificación por consideraciones de oportunidad, sostenibilidad ambiental, o por tener valores ambientales de otro tipo que obliguen a la preservación conforme al TRLS de 2015 y a la LOUA.

En el primer caso, es decir, el de clasificación como suelo urbanizado de las superficies de suelo cuya situación sea compatible con la ordenación a establecer por el nuevo Plan, los propietarios de suelo no tienen que afrontar nuevo deberes urbanísticos.

En el segundo caso, es decir, el de las superficies de suelo que, por su situación real, en la ordenación del nuevo Plan sea asumible con un destino final urbano, pero cuyas características actuales no sean enteramente aceptables a tal efecto (resultando inservible el Plan Parcial existente) haciendo precisa la clasificación como suelo urbanizable, los propietarios tendrán que atender a las nuevas obligaciones que deriven de las nuevas exigencias de urbanización (por ejemplo obras de conexión con otro sector o infraestructuras que el plan asigne a ese sector) pero compensándose las cesiones que sigan siendo válidas conforme al nuevo plan, para evitar un enriquecimiento sin causa de la Administración.

- Suelos parcialmente urbanizados

En este tipo de casos hay también que establecer una distinción, según que las actuaciones consideradas hayan sido o no divididas en fases de urbanización diferenciadas (susceptibles de recepción separada o independiente).

Si el Plan Parcial de que se trate es susceptible (en origen) de ejecución en fases susceptibles, cada una de ellas, de recepción independiente, las fases ya recepcionadas podrán pasar a formar parte del suelo urbano consolidado si son compatibles con el modelo territorial elegido. En otro caso, es decir, de no resultar compatibles con dicho modelo, pasarían a ser suelo urbanizable o no urbanizable con arreglo al grado de incompatibilidad con el modelo territorial escogido por el planificador.

Si las obras de urbanización correspondientes al Plan Parcial constituyen una única fase y están avanzadas (puede establecerse como criterio orientativo el del 50% de ejecución) el suelo podrá considerarse: a) suelo urbano no consolidado, si es compatible con el modelo territorial; o b) suelo urbanizable, si, siendo compatible, tiene un grado de ejecución inferior al 50%. Los deberes urbanísticos no cambian, puesto que se parte de la compatibilidad del plan parcial con el nuevo modelo territorial.

Evidentemente si la transformación del suelo realizada en ejecución de un Plan Parcial resulta incompatible con el nuevo modelo territorial, el suelo deberá clasificarse

como no urbanizable o urbanizable en los mismos términos vistos en el apartado anterior.

- Suelos con Plan Parcial aprobado sin obras de urbanización ejecutadas

En este caso, si el planificador considera compatible el Plan Parcial con el nuevo modelo puede hacerlo suyo, clasificando el suelo como urbanizable con ordenación pormenorizada.

Si lo considera incompatible, el suelo será urbanizable sujeto a la aprobación de un nuevo Plan Parcial o no urbanizable, siendo el transcurso sin efecto del plazo de ejecución previsto en el propio Plan Parcial o el subsidiario legal criterio que puede tenerse desde luego en cuenta (en la medida en que dicho transcurso determina la recuperación por la Administración de la plenitud de su *ius variandi*).

Respecto a los costes de urbanización o cesiones en los que se haya incurrido, si son compatibles y útiles para el nuevo modelo se descontarán de los nuevos costes de urbanización (por ejemplo si es válida y útil la reparcelación, no habrá que volver a hacerla o si hay un incremento total de las cesiones, solo se abonará la diferencia). Todo ello de acuerdo con el mismo principio de prohibición de enriquecimiento sin causa antes señalado.

F) Suelos urbanizables sin Plan Parcial aprobado

Este tipo de suelo no plantea problema alguno. El planificador lo ordenará conforme al nuevo modelo territorial clasificando el suelo en urbanizable o no urbanizable, de acuerdo con el modelo territorial.

VIII. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE ASIMILADO A FUERA DE ORDENACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS

La hemos dicho anteriormente que las obras, instalaciones o usos ilegales sobre los que no sea posible la adopción de medidas de restauración de la legalidad urbanística quedan en fuera de ordenación. Pero debe precisarse de inmediato que la LOUA, con buen criterio, distingue entre (i) las situaciones de fuera de ordenación que derivan de la *potestas variandi* de los planes, es decir, cuando la edificación o el uso legal, conforme al plan anterior deviene total o parcialmente incompatible con el nuevo Plan, que podemos denominar “fuera de ordenación” puro, caracterizado en todo caso por la legalidad de la obra o uso originarios y (ii) las situaciones originariamente ilegales conforme al plan vigente en el momento en que se ejecutaran respecto de las cuales no es posible adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad, que dan lugar a la situación de asimilada a fuera de ordenación.

El artículo 34 LOUA, tras establecer esta distinción remite al reglamento la regulación del régimen asimilable al fuera de ordenación, “estableciendo los casos en los que sea posible la concesión de autorización urbanística necesarias para las obras de reparación y conservación que exijan el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble”.

Por su parte la disposición adicional decimoquinta LOUA regula el régimen complementario aplicable a edificaciones aisladas en suelo no urbanizable para los que han transcurrido los plazos de ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad estableciendo un procedimiento específico.

El desarrollo reglamentario de la situación asimilada a fuera de ordenación en suelo urbano o urbanizable se regula en el art. 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía (Decreto 60/2010, de 16 de Marzo, modificado por Decreto 2/2012) que, por una parte, remite al planeamiento la decisión última sobre “el desarrollo, ordenación y destino de las obras, instalaciones, construcciones o edificios afectados por la declaración de asimilado al régimen de fuera de ordenación”, y por otra regula cómo se debe llevar a cabo el reconocimiento particularizado de dicha situación respecto de dichas instalaciones, construcciones o edificaciones, si bien el tercer párrafo del nº 3 del citado art. 53 observa que, “una vez otorgado el reconocimiento, podrán

autorizarse las obras de reparación y conservación que exija el estricto mantenimiento de las condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble".

De lo expuesto se deduce:

1º) El Plan es un instrumento que, de acuerdo con el modelo territorial elegido, debe determinar el grado de compatibilidad de lo construido ilegalmente o del uso ilegal con la nueva ordenación.

2º) Si la incompatibilidad es total, la regulación de la situación asimilada al fuera de ordenación no puede exceder de lo que exija, estrictamente la seguridad, habitabilidad y salubridad del inmueble. Cuando se trata de usos incompatibles, cabrá siempre la revocación o prohibición del uso, conforme al criterio general sobre las licencias de funcionamiento.

3º) Si la incompatibilidad es parcial, el Plan tiene un amplio margen de discrecionalidad para regular las actuaciones posibles que dependerán del grado en que lo construido se adecue a la nueva ordenación, respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Conviene tener en cuenta que respecto a los edificios que queden en la genuina situación de fuera de ordenación (fuera de ordenación pura, según el término que hemos empleado antes), entre los que pueden estar, según se vio, los amparados por licencias firmes o por legalizaciones firmes dictadas en su momento conforme al PGOU de 2010, el futuro planeamiento tendrá, de acuerdo con la Disposición Adicional primera de la LOUA, un margen de discrecionalidad para establecer su régimen relativamente amplio (mayor, en cualquier caso, que para el de los asimilados a fuera de ordenación). El futuro PGOU deberá cuidar este aspecto y, en su caso, establecer previsiones especialmente adecuadas a los edificios con licencias firmes dictadas al amparo del PGOU de 2010.

IX. SOBRE LAS PREVISIONES INDEMNIZATORIAS DEL NUEVO PLAN: NO CONSIDERACIÓN DE LAS ACTUACIONES ILEGALES, YA QUE EL NUEVO PLAN NO PUEDE AFECTAR A LO QUE ES NULO

El Tribunal Supremo ha establecido en los últimos años una doctrina según la cual los planes cuando limitan de manera general derechos consolidados tienen que prever en la memoria económica las indemnizaciones correspondientes, cambiando así su doctrina anterior. Lo explica bien, a propósito del Plan Insular de Lanzarote, la STS de 18 de diciembre de 2009 (Casación nº 4424/2005):

"Respecto del contenido del *Estudio Económico Financiero* ("Bases de carácter económico") el artículo 42 del Reglamento de Planeamiento (referente a los Planes Generales) alude sólo a la evaluación económica de la ejecución de las obras de urbanización correspondientes a la estructura general y orgánica del territorio y a la implantación de los servicios, incluidos en los programas cuatrimestrales, y no incluye, por tanto, la evaluación económica de las indemnizaciones que exija la ejecución del Plan, lo que ha llevado a la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 22 de septiembre de 1997 -apelación 7002/90- y de 4 de mayo de 1999 -casación 3151/94-) a afirmar que no es necesario que el *Estudio Económico Financiero* incluya " las indemnizaciones que la aprobación del Plan puede generar a favor de persona determinada ".

Sin embargo, esa jurisprudencia se refiere a Planes cuya ejecución exige indemnizaciones singulares (" a favor de persona determinada ", dice la segunda de las sentencias citadas) pero no a Planes cuya finalidad primera es precisamente limitar el aprovechamiento de planes con obras de urbanización ejecutadas o en ejecución, e incluso limitar el aprovechamiento adquirido en licencias ya otorgadas; en estos casos no se trata de que la ejecución del Plan exija meras indemnizaciones por vinculaciones singulares u otros causas, sino de que la misma finalidad del Plan exige limitaciones generalizadas de aprovechamientos patrimonializados, que han de ser compensados con las correspondientes indemnizaciones.

El Plan Insular de Ordenación de Lanzarote impugnado reduce la oferta turística a la hotelera, revisa la distribución parcial de las eficabilidades previstas en los Planes Parciales, modifica la programación de plazas turísticas, que también limita, declara incompatibles con la nueva ordenación las licencias ya otorgadas y que excedan de las asignadas en el Plan Insular y prohíbe el otorgamiento de nuevas licencias que excedan del 25% de la capacidad alojativa.

Todos estos no son efectos colaterales del Plan Insular, sino que constituyen la finalidad misma que el planificador pretende, y se trata por lo tanto de conceptos indemnizables ínsitos en el Plan, cuya evaluación económica y fuentes de financiación deben especificarse en el *Estudio Económico Financiero* , si no se quiere hacer del Plan un mero dibujo o una privación ilegal y generalizada de derechos adquiridos".



Esa doctrina lleva al Tribunal Supremo a la anulación del instrumento de planificación por no contener las previsiones sobre indemnizaciones derivadas de restricción o eliminación de aprovechamientos urbanísticos consolidados. En similares términos prácticos puede verse, por ejemplo, la STS de 7 de marzo de 2005 (Recurso nº 1086/2000).

La jurisprudencia citada ha sido reforzada por el legislador, a partir de la Ley 8/2007 de Suelo, mediante el informe de sostenibilidad económica. El vigente art. 22.4 TRLS 2015 exige que el planeamiento justifique “el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas”. Si el nuevo plan restringe o extingue aprovechamientos consolidados debe haber una previsión de su repercusión económica. Ahora bien esa previsión se refiere exclusivamente a la eliminación o restricción de derechos legalmente consolidados, es decir, a nuestro juicio el nuevo Plan no debe hacer otras previsiones indemnizatorias que las que deriven de la afectación de la nueva ordenación a situaciones patrimoniales consolidadas que no sean ilegales.

Estas situaciones pueden ser:

- a) Obras amparadas en licencia firme.
- b) Obras iniciadas amparadas en proyecto de urbanización y reparcelación firmes.

En estas dos circunstancias, si el nuevo Plan afectara a estos intereses patrimoniales de modo que debiera procederse al derribo de lo construido existiría responsabilidad patrimonial. No así si las edificaciones quedaran fuera de ordenación, conforme al art. 48.a), párrafo 2º TRLS 2015 que dispone:

“Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil”

Para el supuesto de que alguna de las actuaciones ilegales fueran susceptibles de indemnización por ser nulo el plan de 2010, instrumento de ordenación o licencia, la causa de esta indemnización hipotética no está en el nuevo Plan sino en el anteriormente anulado, razón por la cual sería un contrasentido que el nuevo Plan previera indemnizaciones. Otra cosa distinta es que la eventual acción pueda nacer a partir del momento en que se apruebe el nuevo Plan, pues es claro que sólo a partir de dicho Plan puede saberse si las edificaciones y obras ilegales se legalizan, pasan a la situación de fuera de ordenación (y con qué régimen concreto) o a la de asimilado al fuera de ordenación o se derruyen.

Por otra parte será en cada caso concreto donde los Tribunales o la Administración, en el caso de instar el particular procedimiento de responsabilidad extracontractual, deberán decidir si existe responsabilidad, y a quién corresponde en su caso. Conforme al art. 32.1, párrafo 2º de la Ley 40/2015, la simple anulación del acto o disposición no presupone por sí misma que exista derecho a indemnización. Y el art. 48.d) TRLS 2015 añade que en ningún caso procederá la indemnización si media dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

A este respecto hay dos situaciones bien diferentes. Primera la de las urbanizaciones y edificaciones ilegales desde su origen que no cuenten con título habilitante. En este caso, entendemos que no procede responsabilidad alguna de la Administración puesto que no existe acto o Plan alguno que pudiera inducir al particular a realizar actuación urbanística alguna. La segunda situación es la de las urbanizaciones y obras realizadas al amparo de una licencia o título habilitante cuya nulidad se declara. En esa circunstancia, la jurisprudencia es bastante restrictiva a la hora de reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración. No entramos en este asunto porque requeriría un análisis de cada caso concreto, que como hemos dicho no es imputable al nuevo Plan sino al antiguo anulado.

Por lo demás, las situaciones asimiladas al fuera de ordenación no deben dar lugar a responsabilidad alguna, por las siguientes razones:

1) El TRLS 2015 niega con carácter general la responsabilidad por falta de ordenación conforme al art. 48, a), párrafo 2º, según hemos visto ya.

2ª) El origen ilegal de la edificación o instalación impide considerar que las previsiones del nuevo Plan modifiquen la situación originaria, ya que las obras o instalaciones ilegales no se incorporan al patrimonio del propietario. Lo demuestra el art. 21.3 TRLS 2015, que para reconocer la situación de suelo urbanizado, como requisito previo o simultáneo a la obtención de la licencia, exige que el suelo esté “legalmente integrado en una malla urbana” (asimismo véase los arts. 35.3 y 37,1 TRLS 2015).

En el mismo sentido los arts. 23 y 25 del Reglamento estatal de valoraciones de la Ley del Suelo tienen en cuenta a la hora de la expropiación si la edificación es ilegal o no.

X. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La declaración de ilegalidad del PGOU de Marbella de 2010 implica la nulidad de pleno derecho de su entero contenido sin que sea posible, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni su convalidación ni su subsanación.

SEGUNDA.- Los planes de desarrollo del plan anulado son igualmente nulos, de modo que la nulidad del PGOU 2010 comporta un “efecto cascada” sobre todos los instrumentos urbanísticos que desarrollaban el Plan General, y también sobre las modificaciones de aquel plan.

TERCERA.- Sin embargo subsisten los actos administrativos firmes, bien por no haber sido recurridos, bien por haber sido confirmados por sentencia firme, dictados al amparo del Plan General de 2010, de acuerdo con el art. 73 LJCA. Excepción a esta regla son los actos sancionadores firmes cuando la sanción no ha sido definitivamente ejecutada.

En consecuencia las licencias de obras nuevas otorgadas al amparo del antiguo plan subsisten, quedando en situación legal de fuera de ordenación las edificaciones erigidas al amparo de aquellas licencias que no sean conformes con el planeamiento vigente.

CUARTA.- Los procedimientos expropiatorios basados en el PGOU 2010 en curso de ejecución son nulos al desaparecer la "causa expropriandi".

QUINTA.- Debe distinguirse entre las sentencias contencioso-administrativas anulatorias de licencias que ordenan inequívocamente la demolición de lo construido de aquéllas que se limitan a anular las licencias sin tener un pronunciamiento explícito ni implícito sobre la demolición.

SEXTA.- Las sentencias contencioso-administrativas anulatorias de licencias sin pronunciamiento sobre la demolición dan lugar a que el Ayuntamiento, dentro del plazo establecido por la LOUA, tramite un procedimiento de restablecimiento de la legalidad que terminará con acuerdo de legalización o de demolición, según las circunstancias de cada caso. Nada de esto, ni siquiera aunque se acuerde la legalización, comporta imposibilidad de ejecución de la sentencia sino su cumplimiento. Por tanto, no es necesario pedir al Juez que declare la imposibilidad de ejecución. El Juez sólo intervendrá *a posteriori* si se impugna la legalización por cualquier causa, incluso la del art. 103.4 LJCA. Si transcurriera el plazo para incoar el procedimiento de restablecimiento de la legalidad, el edificio pasará a la situación de asimilado a fuera de ordenación.

SÉPTIMA.- Las sentencias contencioso-administrativas anulatorias de licencias que explícita o implícitamente condenan a la demolición exigen una ejecución material. Frente a ello no se aceptan invocaciones de intereses públicos ni de terceros ni la desproporción de la demolición. Pero pueden surgir causas de imposibilidad material o legal. La imposibilidad legal existirá sobre todo si la obra deviene conforme con un nuevo plan aprobado definitivamente. Tal imposibilidad sólo la puede declarar el Juez de la ejecución, normalmente a petición del Ayuntamiento y tras un procedimiento en el

que este aprecie la conformidad con el nuevo plan. Si el juez entiende que el nuevo plan se ha aprobado con el fin de eludir el cumplimiento de la sentencia denegará la imposibilidad de ejecución e impondrá la demolición.

OCTAVA.- Lo dicho sobre las sentencias contencioso-administrativas anulatorias de licencias es trasladable a las sentencias penales con igual contenido si bien ante las que no contengan un pronunciamiento explícito de demolición se refuerza la idea de que lo pertinente es sólo la tramitación de un procedimiento administrativo para decidir si legalizar o demoler. Cuando la sentencia penal sí que contenga una condena expresa de demolición puede darse causa de imposibilidad material o legal que habrá que sustanciar ante el Juez penal.

NOVENA.- Las sentencias contencioso-administrativas y penales anulatorias de licencias comportan por igual límites a la potestad de planeamiento que no puede ejercerse, so pena de nulidad, con el fin de eludir su cumplimiento. Debe motivarse especialmente la opción planificadora coincidente con la licencia anulada para disipar la sospecha de que responda al fin defraudador. La nulidad del plan aprobado con ese fin espurio podrá ser declarada por la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en ejecución de la sentencia anulatoria de la licencia. Pero nunca la podrá declarar la jurisdicción penal que habrá de limitarse a denegar la imposibilidad de ejecución.

DÉCIMA.- La existencia de terceros de buena fe no es causa de imposibilidad de ejecutar sentencias contencioso-administrativas ni penales. Las novedades legislativas de 2015 sólo entrañan una nueva fase de la ejecución para garantizar hipotéticos derechos indemnizatorios que, si acaso, puede retrasar, pero no impedir, la efectividad material de la demolición.

UNDÉCIMA.- Al anularse el PGOU 2010 recobra su vigencia el Plan General de Marbella de 1986 con sus sucesivas modificaciones.

DUODÉCIMA.- El plan de 1986 ha de entenderse modificado por las normas de la LOUA que imponen su aplicación inmediata en sustitución de las previsiones de los

planes anteriores. Particular relevancia tienen estas reglas respecto del suelo urbano consolidado.

DECIMOTERCERA.- No hay inconveniente a la aprobación de un documento formal de adaptación del PGOU de 1986 a la LOUA en el que, entre otras cosas, se determinen los terrenos con la categoría de suelo urbano consolidado conforme a las determinaciones de aplicación directa de la LOUA.

DECIMOCUARTA.- La supervivencia del Plan General de 1986 debe interpretarse siempre “rebus sic stantibus”, lo que quiere decir que el plan no puede prevalecer sobre las normas sustantivas y procedimentales del Derecho de la Unión Europea, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2015, de la LOUA y demás legislación concordante.

En particular, el Derecho de la Unión y la Ley 9/2006, de 28 de abril, exigen imperativamente que cualquier plan iniciado antes de la entrada en vigor de la ley pero cuya aprobación definitiva fuera posterior al 21 de julio de 2006 se someta a evaluación estratégica. En consecuencia, los planes parciales o especiales en tramitación ya sea como consecuencia de no haber finalizado el procedimiento administrativo, ya sea por mor de sentencias firmes que ordenen la retroacción de actuaciones deben someterse al procedimiento de evaluación estratégica, lo que impone iniciar “ex novo” el procedimiento valorando en todo caso la alternativa cero como observa la citada Ley 9/2006.

DECIMOQUINTA.- Las sentencias que anulan el PGOU de Marbella de 2010 impiden considerar la legalización de las situaciones irregulares preexistentes al Plan como razón legítima. En consecuencia el modelo territorial que exige el planificador no puede tener como única justificación la situación preexistente.

Lo cual no significa que el planificador ignore la realidad de hecho. Simplemente no puede constituir un condicionante absoluto.

El documento de inicio del procedimiento para la aprobación del nuevo plan debe examinar las alternativas disponibles, incluida la alternativa cero y elegir justificadamente un modelo territorial que respete la ordenación supramunicipal y el principio de desarrollo sostenible.

Elegido ese modelo territorial deben subsistir aquellas urbanizaciones y edificaciones, originariamente ilegales, que se conformen a aquél. Por el contrario quedarán fuera de ordenación (o asimilados a tal situación) o deberán ser demolidas si no ha caducado la potestad de restablecimiento de la legalidad, las urbanizaciones y edificaciones que sean incompatibles con el modelo de planeamiento elegido.

DECIMOSEXTA.- La conclusión anterior puede pormenorizarse respecto de cada clase de suelo y grado de consolidación de la urbanización así como de la edificación del modo que sigue:

A) Suelo urbano histórico anterior al PGOU de 1986 o devenido urbano en ejecución legal de dicho plan.

Debe respetarse su carácter urbano, al cumplir todos los requisitos legalmente establecidos al tratarse de una potestad reglada.

B) Suelos urbanizados ilegales.

a) Edificación con licencia anulada.

Si la edificación es compatible debe mantenerse. Si en su día no se afrontaron los deberes y cargas urbanísticas, los propietarios deben afrontar los deberes y cargas que exija el nuevo planeamiento (art. 34.2 LOUA).

Si la edificación es incompatible, procederá la declaración de asimilado al fuera de ordenación o el restablecimiento de la legalidad perturbada si cabe en los términos vistos en la conclusión duodécima.

b) Edificación con licencia firme dictada al amparo del Plan de 2010 anulada y
ilegal por otras circunstancias.

Si la licencia incurre en causa de nulidad de pleno derecho (por ejemplo porque la edificación ocupa un vial público), el planificador no está obligado a respetarla si contraviene el nuevo modelo territorial. El Ayuntamiento tiene abierta la potestad de revisión de oficio y la de restablecimiento de la legalidad perturbada. Si con arreglo al nuevo modelo territorial la edificación es compatible con el Plan deberá solicitarse nueva licencia.

Si la licencia es anulable y la edificación es compatible con el nuevo plan el planificador la respetará sin que quepa aplicar el art. 34.2 LOUA al existir un acto administrativo declarativo de derechos. Si es incompatible la edificación, quedará en situación de asimilada al fuera de ordenación, supuesto que no sea posible el restablecimiento de la legalidad por haber transcurrido el plazo de caducidad.

c) Edificaciones en curso o paralizadas.

Se aplican los mismos criterios que acaban de exponerse.

d) Suelos urbanizados con Plan Parcial aprobado sin edificación.

Hay que distinguir entre los completa y los parcialmente urbanizados.

Si son compatibles con el nuevo modelo territorial los suelos completamente urbanizados deben clasificarse como suelo urbano consolidado.

Si son parcialmente compatibles, el suelo debe clasificarse como urbanizable o como suelo no urbanizable si el plan considera que existen consideraciones urbanísticas

o modificaciones debidamente justificadas que aconsejen su cancela o parcial desclasificación.

e) Suelos parcialmente urbanizados.

Si el Plan Parcial originariamente preveía la ejecución por fases susceptible de recepción independiente, las fases recibidas deberán clasificarse como suelo urbano consolidado, siempre que sean compatibles con el modelo territorial escogido.

En caso de Plan Parcial con recepción global de las obras de urbanización, si las obras de urbanización están avanzadas (por ejemplo alcanzan o superan el 50%), el suelo sería conveniente clasificarlo como urbano no consolidado. En otro caso como suelo urbanizable, salvo que sea incompatible con el modelo territorial, en cuyo caso procede su clasificación como no urbanizable.

f) Suelos con Plan Parcial aprobado sin urbanización.

Si la ordenación del Plan Parcial es conforme con el modelo territorial, se clasificarán como suelo urbanizable pudiendo asumir el Plan General la ordenación pormenorizada del Plan Parcial.

Si no es compatible con el modelo territorial, se podrá clasificar como no urbanizable o como suelo urbanizable sujeto a la aprobación de un nuevo Plan Parcial, cuando siendo susceptible de urbanización conforme al modelo territorial sea procedente modificar las determinaciones del antiguo Plan Parcial. Los costes de urbanización, incluidos las cesiones, que sean compatibles y útiles a la nueva urbanización se descontarán de los que procedan conforme al nuevo Plan Parcial.

g) Suelos urbanizables sin Plan Parcial.

El planificador lo clasificará discrecionalmente como urbanizable o no urbanizable en el marco del modelo territorial elegido.

DECIMOSEPTIMA.- Las previsiones indemnizatorias del nuevo Plan que deben ser tenidas en cuenta en su redacción solo proceden cuando la nueva ordenación afecta a situaciones patrimoniales consolidadas conforme a la ley.

La responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la anulación del PGOU de 2010 no tendría su origen en el nuevo Plan proyectado sino en el antiguamente anulado, aunque la posible responsabilidad del Ayuntamiento solo pueda exigirse a partir de la publicación de la aprobación definitiva del nuevo plan.



Dr. LUCIANO PAREJO ALFONSO

Dr. JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN.

Dr. MANUEL REBOLLO PUIG.

Dr. DIEGO J. VERA JURADO.

DATOS DEL INTERESADO

RAZÓN SOCIAL: Diego Jose Vera Jurado D.N.I./C.I.F.: 24897618A
DOMICILIO: Campillos 66 C.P.: 29010
PROVINCIA: Málaga MUNICIPIO: MÁLAGA
TLFNO. FIJO: 678424997 MÓVIL: E-MAIL: djvera@uma.es

En calidad de titular, se ha personado en las dependencias de Ayuntamiento de Marbella
al contenido del acto objeto de registro/solicitud con asunto
REMITIENDO DICTAMEN (CONTRATO SE 2117)- REVISION PLAN GENERAL

quedando anexado a la solicitud los siguientes documentos (si procede):

No se han aportado anexos

Y con las siguientes observaciones

Cuando a consecuencia de la utilización de distintos medios, electrónicos o no electrónicos, se hayan practicado varias solicitudes de este mismo acto administrativo, se entenderán producidos todos los efectos jurídicos derivados del registro, incluido el plazo para la interposición de los recursos que procedan, a partir de la primera de las solicitudes correctamente practicada.

ID DOCUMENTO: Kzp7BzaosZAn3SL0HKEzeORumG8=
Verificación código: <https://sede.marbella.es/verifica>

