



Roj: **STS 1417/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1417**

Id Cendoj: **28079130052024100054**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **13/03/2024**

Nº de Recurso: **4789/2022**

Nº de Resolución: **454/2024**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJCA, Donostia-San Sebastián, núm. 3, 14-09-2020 (proc. 647/2018),
STSJ PV 1162/2022,
ATS 17223/2022,
STS 1417/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 454/2024

Fecha de sentencia: 13/03/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4789/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Procedencia: T.S.J.PAIS VASCO CON/AD SEC.2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4789/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 454/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

D.ª Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 13 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto los recursos de casación tramitados con el nº 4789/2022 interpuestos por el Ayuntamiento de Hondarribia, representado por el procurador D. Ramiro Reynolds Martínez, bajo la dirección letrada de D. Gonzalo Valcarce Sagastume; y, por la mercantil Inmorekalde 21, S.L., representada por la procuradora D.ª Imelda Marco López de Zubiria, bajo la dirección letrada de D. Rosario-Bárbaro García Maza, contra la sentencia de fecha de 22 de marzo de 2022 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estimó el recurso de apelación nº 883/2020.

Ha sido parte recurrida, D. Pascual, representado por el procurador D. Juan Antonio Fernández Múgica y defendido por la letrada D.ª Olatz Mercader Echave.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. Pascual interpuso recurso contencioso-administrativo contra el decreto 1331/2018, de 24 de octubre, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Hondarribia, que desestimó el recurso de reposición contra la resolución de 1 de agosto de 2018 de la Junta de Gobierno Local por la que se concedió a Inmorekalde 21, S.L. licencia para la construcción de un tanatorio en el nº 1 de la Calle Gabarrari en Hondarribia.

El citado recurso fue desestimado por sentencia de 14 de septiembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra esa sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Segunda) dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2022, pronunciándose en el fallo en los siguientes términos:

"Estimamos el recurso de apelación nº 883/2020 interpuesto por Pascual, contra la sentencia nº 148/2020, de 14 de septiembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Donostia/San Sebastián que, tras rechazar las causas de inadmisibilidad planteadas, desestimó el recurso 647/2018, seguidos por los trámites del procedimiento ordinario contra decreto de la alcaldía del Ayuntamiento de Hondarribia 1331/2018, de 24 de octubre, que desestimó recurso de reposición interpuesto contra resolución de 1 de agosto de 2018 de la Junta de Gobierno Local, por la que se concedió a Inmorekalde 21 S.L. licencia para la construcción de un tanatorio en el nº 1 de la Calle Gabarrari, y debemos:

1º.- *Revocar la sentencia apelada, dejando sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso al que llegó, con ratificación de la firmeza del rechazo de las causas de inadmisibilidad opuesta por Inmorekalde 21 S.L. como codemandada.*

2º.- *Resolviendo el debate de fondo de primera instancia, estimar parcialmente las pretensiones ejercitadas con la demanda, declarar la disconformidad a derecho de la licencia de construcción del tanatorio, porque se concedió por el Ayuntamiento con el régimen jurídico vigente en el PGOU que ha sido declarado nulo de pleno derecho por sentencia firme, y retrotraer las actuaciones del expediente administrativo para que por el Ayuntamiento se dé respuesta a la solicitud de licencia de tanatorio de conformidad con el régimen jurídico que recobra vigencia, por ello bajo el régimen jurídico de las Normas Subsidiarias de 1997.*

3º.- *No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.*

4º.- *Devolver al apelante el depósito por él constituido.*"

TERCERO.- Contra la referida sentencia prepararon recurso de casación las respectivas representaciones procesales del Ayuntamiento de Hondarribia y Inmorekalde 21, S.L., teniéndose por preparados en auto de fecha 20 de mayo de 2022, dictado por el Tribunal de instancia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, así como la remisión de las actuaciones y el expediente administrativo.

CUARTO.- La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de fecha 30 de noviembre de 2022 declaró que las cuestiones planteadas en el recurso que presentaban interés casacional objetivo

para la formación de la jurisprudencia consistían en precisar y complementar nuestra jurisprudencia a fin de determinar si:

"1. Es necesario que el demandado en la primera instancia, que ha obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones al desestimarse íntegramente el recurso contencioso-administrativo, se adhiera al recurso de apelación interpuesto por el demandante, en el supuesto de existir motivos de oposición a la demanda no atendidos en la sentencia recurrida, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación.

2. Es admisible la aportación, en sede de recurso de apelación, de una sentencia anulatoria de un Plan General notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que esta pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que se derive de su aplicación al caso.

3. En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, si resulta viable, conforme a los principios de proporcionalidad e igualdad, atemperar los efectos de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento por vicios procedimentales sin incidencia directa en la ordenación de un determinado sector respecto a una licencia urbanística, otorgada conforme al referido planeamiento, que es impugnada en otro proceso distinto y cuya adecuación al plan ha sido confirmada por sentencia judicial que se recurre en apelación."

Y, a tal efecto, dicho auto, identificó como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación -sin perjuicio de que la sentencia debiera extenderse a otras, si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso- las siguientes: "el art. 85.4 LJCA, en conexión con el art. 461 LEC, y el art. 271.2 LEC, en relación con el art. 56 LJCA."

QUINTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso de casación, la representación del Ayuntamiento de Hondarribia presentó escrito el 7 de febrero de 2023, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, solicitó:

"(...) tenga por interpuesto en tiempo y forma Recurso de Casación contra la Sentencia de referencia, y, en su virtud, dicte Sentencia que, estimando este Recurso de Casación, revoque la Sentencia recurrida, devolviendo los Autos a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Excmo. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, para que proceda a dictar nueva Sentencia, atendiendo a la matización del criterio jurisprudencial relacionado con la interpretación y aplicación de lo dispuesto por el artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 56 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, considerando al efecto la intercesión de los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad, cuando la motivación de la declaración de la nulidad de un Plan General de Ordenación Urbana, no guarda relación alguna con las circunstancias, condiciones, naturaleza y régimen de las determinaciones urbanísticas concretas aplicadas al otorgamiento reglado de una licencia durante la vigencia del Plan General después declarado nulo, ni con los motivos esgrimidos en la impugnación directa de dicha licencia urbanística."

Y, en escrito presentado en la misma fecha, la representación de Inmorekalde 21, S.L. solicitó que:

"(...) con estimación del presente recurso de casación, acuerde (art. 87.bis 2 y 93.1 LJCA):

1º.- Se fije la doctrina casacional en los términos interesados.

2º.- Se anule la STSJPV (Sección 2ª) 175/2022, de 22 de marzo (rec. 883/2020) que revoca la dictada por el Juzgado (SJCA 3 , 148/2020, de 14.09).

3º.- Por economía procesal, se sitúe en la posición propia del TSJPV, en cuanto Tribunal de apelación, y entre al examen de la concreta controversia objeto del proceso, resolviendo las pretensiones del litigio en los términos en que fue planteado el debate, analizando la totalidad de los motivos de oposición alegados por esta parte. Consecuente con ello, se desestime la apelación interpuesta por el Sr. Pascual , manteniendo la sentencia de primera instancia.

Subsidiariamente, se ordene la retroacción de actuaciones a fin de que el TSJPV resuelva la controversia de acuerdo con la doctrina fijada en la presente sede casacional.

4º.- Todo ello, condenando en costas a la parte recurrida, tanto en casación como en el resto de instancias, ex art. 93.4 LJCA."

SEXTO.- Dado traslado para oposición, la representación procesal de D. Pascual , presentó escrito el 4 de abril 2023, en el que, tras las alegaciones que estimó convenientes a su derecho, terminó suplicando que:



"(...) tenga por interpuesto en tiempo y forma Escrito de Oposición al Recurso de Casación interpuesto por el Ayuntamiento de Hondarribia e Inmorekalde 21, S.L., y, en su virtud, dicte Sentencia que, desestimando este Recurso de Casación, confirme la Sentencia recurrida. Todo ello, condenando en costas a las partes recurrentes, ex art. 93.4 LJCA."

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 92.6 LJCA, atendiendo a la índole del asunto, no se consideró necesaria la celebración de vista pública, quedando el recurso concluso y pendiente de señalamiento.

OCTAVO.- Habiendo cambiado la composición de la Sala, se designó nuevo Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y, por providencia de 11 de enero de 2024, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 5 de marzo de 2024, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del presente recurso.

El Ayuntamiento de Hondarribia y la entidad Inmorekalde 21, S.L. impugnan en este recurso de casación la sentencia de fecha de 22 de marzo de 2022, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estimó el recurso de apelación nº 883/2020.

Para una mejor comprensión de la cuestión tratada en dicha sentencia y de los razonamientos contenidos en ella deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias, que aparecen debidamente acreditadas en las actuaciones:

(i) En fecha 1 de agosto de 2018 la Junta de Gobierno Local de Hondarribia concedió a Inmorekalde 21, S.L. licencia para la construcción de un tanatorio en el nº 1 de la Calle Gabarrari de esa localidad.

(ii) La concesión de esa licencia fue recurrida en reposición por D. Pascual, recurso que fue desestimado por decreto 1331/2018, de 24 de octubre, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Hondarribia.

(iii) Frente a ese decreto, el Sr. Pascual interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por sentencia de 14 de septiembre de 2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián.

(iv) Interpuesto el recurso de apelación nº 883/2020 contra esa sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sección Segunda) dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2022, cuyo Fallo era del siguiente tenor literal:

"Estimamos el recurso de apelación nº 883/2020 interpuesto por Pascual, contra la sentencia nº 148/2020, de 14 de septiembre de 2020, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Donostia/San Sebastián que, tras rechazar las causas de inadmisibilidad planteadas, desestimó el recurso 647/2018, seguidos por los trámites del procedimiento ordinario contra decreto de la alcaldía del Ayuntamiento de Hondarribia 1331/2018, de 24 de octubre, que desestimó recurso de reposición interpuesto contra resolución de 1 de agosto de 2018 de la Junta de Gobierno Local, por la que se concedió a Inmorekalde 21 S.L. licencia para la construcción de un tanatorio en el nº 1 de la Calle Gabarrari, y debemos :

1º.- *Revocar la sentencia apelada, dejando sin efecto el pronunciamiento desestimatorio del recurso al que llegó, con ratificación de la firmeza del rechazo de las causas de inadmisibilidad opuesta por Inmorekalde 21 S.L. como codemandada.*

2º.- *Resolviendo el debate de fondo de primera instancia, estimar parcialmente las pretensiones ejercitadas con la demanda, declarar la disconformidad a derecho de la licencia de construcción del tanatorio, porque se concedió por el Ayuntamiento con el régimen jurídico vigente en el PGOU que ha sido declarado nulo de pleno derecho por sentencia firme, y retrotraer las actuaciones del expediente administrativo para que por el Ayuntamiento se dé respuesta a la solicitud de licencia de tanatorio de conformidad con el régimen jurídico que recobra vigencia, por ello bajo el régimen jurídico de las Normas Subsidiarias de 1997.*

3º.- *No hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas de ambas instancias.*

4º.- *Devolver al apelante el depósito por él constituido."*

SEGUNDO.- El auto de admisión y las cuestiones de interés casacional suscitadas en este recurso.

Conforme a lo establecido en el auto de admisión dictado por la Sección Primera de esta Sala en fecha 30 de noviembre de 2022, las cuestiones que presentan interés casacional en este recurso consisten en determinar si:



"1. Es necesario que el demandado en la primera instancia, que ha obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones al desestimarse íntegramente el recurso contencioso-administrativo, se adhiera al recurso de apelación interpuesto por el demandante, en el supuesto de existir motivos de oposición a la demanda no atendidos en la sentencia recurrida, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación.

2. Es admisible la aportación, en sede de recurso de apelación, de una sentencia anulatoria de un Plan General notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que esta pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que se derive de su aplicación al caso.

3. En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, si resulta viable, conforme a los principios de proporcionalidad e igualdad, atemperar los efectos de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento por vicios procedimentales sin incidencia directa en la ordenación de un determinado sector respecto a una licencia urbanística, otorgada conforme al referido planeamiento, que es impugnada en otro proceso distinto y cuya adecuación al plan ha sido confirmada por sentencia judicial que se recurre en apelación".

TERCERO.- El escrito de interposición presentado por el Ayuntamiento de Hondarribia.

Señala el citado Ayuntamiento en su escrito -en esencia- que su razonamiento parte de estas dos premisas:

La primera, que es un hecho indiscutible que la licencia otorgada por el Ayuntamiento fue legal y legítimamente concedida, por ser la solicitud de la misma plenamente conforme con las determinaciones urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Hondarribia, entonces vigente. Esta afirmación fue ratificada por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián.

Y la segunda, que el principio de proporcionalidad implica individualizar la valoración de la gravedad de los efectos perniciosos, y, por ello, indeseados, de la proyección y aplicación de una determinada decisión de carácter general sobre un caso concreto. Por ello, de esa implicación, individualización y valoración, se debe derivar la racionalización y el equilibrio entre objetivo y resultado, en la aplicabilidad de aquella decisión general a un caso concreto, atendiendo a las circunstancias particulares que concurren en éste.

Y señala que la Sala de instancia, amparada en lo dispuesto en el artículo 271.2 de la LEC y en la STS de 1 de diciembre de 2021 (RC 7945/2020), primero admite la aportación por el recurrente, en esa instancia de apelación, del auto de fecha 12 de febrero de 2021 dictado por la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que declaró la inadmisión a trámite los recursos de casación tramitados con el nº 6767/2020, que habían sido tenidos por preparados contra la sentencia dictada por la Sala de instancia con fecha 25 de mayo de 2020 en el Procedimiento Ordinario nº 1348/2017, que declaró la nulidad de pleno derecho del PGOU de Hondarribia; luego, considera esas resoluciones judiciales condicionantes y decisivas para resolver el recurso de apelación ante ella planteado; y, finalmente, en atención a ellas, estima esa apelación, y revoca la sentencia de instancia.

En consecuencia, el Ayuntamiento de Hondarribia considera necesario que esta Sala matice la jurisprudencia existente sobre la interpretación y aplicación de lo dispuesto por el artículo 271.2 de la LEC en relación con el artículo 56 de la LJCA, cuando la relevancia, condicionante o decisiva de la aportación en fase de recurso de apelación de una sentencia que declara la nulidad de un planeamiento urbanístico general, ha de ser valorada en su proyección y aplicación a la impugnación de una licencia de edificación: otorgada de forma reglada durante la vigencia y en aplicación de aquel Plan General de Ordenación Urbana; discutida por motivos totalmente ajenos a los que dieron lugar a la declaración de nulidad del Plan; incluso sin que tales motivos tengan relación alguna con la procedencia o no del otorgamiento de la licencia en cuestión; y que, en nuestro caso concreto, además fue ratificada judicialmente en primera instancia.

Y a este respecto señala que la necesidad de individualizar la valoración y aplicación o no de los efectos de la nulidad de un instrumento de planeamiento general a un determinado y único supuesto, cuando la razón de tal declaración de nulidad ha obedecido a cuestiones de carácter formal y, más concretamente, a la ausencia de algún informe de carácter sectorial, ya ha sido considerada, avalada y establecida por esta Sala, por ejemplo, en la STS nº 569/2020, de 27 de mayo (RC 6731/2018).

Por ello y, con base en los argumentos que expone, solicita que se establezca el siguiente criterio: "*no cabe una interpretación y aplicación general y absoluta de esa Norma a supuestos, como el nuestro, en los que se ha de resolver, en fase de resolución de un Recurso de Apelación, sobre la extensión o no de los efectos de la nulidad sobrevinida, por declaración judicial, de un Planeamiento Urbanístico General, a la legalidad y legitimidad de una licencia de edificación, otorgada de forma reglada en base a dicho Planeamiento, cuando aún tenía plena vigencia, y que había recibido ya la oportuna ratificación judicial en primera instancia, considerando al efecto la*



intercesión de los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad, y en atención, además, a que la motivación de la declaración de aquella nulidad, no guarda relación alguna con las circunstancias, condiciones, naturaleza y régimen de las determinaciones urbanísticas concretas aplicadas en su otorgamiento, ni con los motivos esgrimidos en la impugnación de dicha licencia urbanística, articulada bajo el amparo de la acción pública urbanística por una única persona física recurrente".

Finaliza su escrito solicitando la estimación del recurso en los términos expresados en el Suplico (que hemos referenciado en el Antecedente de Hecho Quinto de esta sentencia).

CUARTO.- El escrito de interposición presentado por Inmorekalde 21, S.L.

La representación de Inmorekalde 21, S.L. también impugna la sentencia dictada por la Sala de instancia, efectuando -en síntesis- las siguientes alegaciones:

I. En primer lugar, que la sentencia recurrida infringe los artículos 85.4 LJCA y 461 de la LEC, así como la jurisprudencia que los interpreta, incluso del Tribunal Constitucional.

Y afirma a este respecto que la Sala de instancia ha entendido que, para poder analizar las causas de inadmisibilidad alegadas por Inmorekalde, esta parte debió apelar o adherirse a la apelación, y ello pese a contar con un fallo totalmente favorable, que no le era perjudicial en ningún aspecto, contradiciendo de este modo otros fallos de la misma Sección y Ponente que, con cita de la misma jurisprudencia constitucional invocada por esta parte, entendieron, como Inmorekalde, que en los casos de revocar el fallo de la instancia se debe analizar, incluso de oficio y con carácter previo, todos los motivos inadmisión invocados en la demanda.

En apoyo de su tesis cita la STS nº 1.648/2022, de 14 de diciembre (RC 1303/2021), la STS de 7 de febrero de 1994 (RC 6994/1991) y las SSTC nº 103/2005, nº 67/2009 y 11/2004, así como diversas sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y de otros Tribunales Superiores de Justicia, y finaliza señalando:

"En conclusión, la STSJ aquí recurrida que sin entrar a conocer las causas de inadmisibilidad del recurso falla declarando "ratificación de la firmeza del rechazo de las causas de inadmisibilidad" infringe las normas citadas y la jurisprudencia constitucional y del TS que la interpreta. Contradije, también, la aplicación que de esa doctrina hacen otros TTSSJJ.

Es más, el TSJPV se ratifica en el rechazo de las causas de inadmisibilidad por el hecho de que no hemos apelado o no nos hemos adherido a la apelación, pese a que el fallo de la instancia nada dice sobre tales cuestiones, y sin entrar a analizar las cuestiones de orden público alegadas por esta parte que cuestionan la existencia de presupuestos procesales básicos para que el sr. Pascual pudiera impugnar la licencia, firme y consentida cuando la impugna".

II. Alega también que el artículo 271 LEC habilita una vía excepcionalísima para aportar material probatorio de naturaleza documental, en momentos no iniciales, con relación a los hechos controvertidos en los que las partes sustentan sus pretensiones fuera de los supuestos del artículo 270.

Pero el artículo 271.2 LEC no es cauce adecuado para aportar nueva fundamentación jurídica. Es decir, el citado precepto tiene su ámbito natural en el terreno de la satisfacción por las partes de las cargas alegatoria y probatoria, pero no juega en el campo de la aplicación e interpretación de la norma jurídica.

Y, a este respecto, señala que el Sr. Pascual no aportó hechos controvertidos, solo interpretación del Derecho; no aportó los documentos por la vía del artículo 271 LEC, sino del 286 LEC; no solo no justificó la concurrencia de los requisitos del artículo 271.2 (a los que se refiere Inmorekalde con cita de diversas SSTs), sino que tampoco lo hizo respecto al artículo 286 LEC; jamás aportó la STSJ que anulaba el PGOU (ni ex artículo 286, ni ex artículo 271 LEC) que pretende que se aplique al caso, carga que solo a él correspondía; y tampoco hizo el mínimo esfuerzo argumental por encajar los documentos aportados, menos los hechos, en el debate trabado en instancia.

Añade que se ha producido un cambio del debate procesal, sin sujetarse a los límites legales y sin justificar que se cumplimentan los requisitos previstos para utilizar la vía excepcional del artículo 286 LEC (reconducido impropriamente por el TSJPV al artículo 271 LEC), y que la ausencia de justificación debió llevar aparejada la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que validaba la licencia de obras otorgada.

III. Alega también Inmorekalde que la sentencia estima parcialmente el recurso de apelación no atendiendo a los motivos del debate originariamente trabado, sino por extensión de los efectos de la anulación del PGOU; extensión que deriva de la indebida aplicación del artículo 271.2 LEC.



Y, al hilo de esta afirmación, señala que, en una aplicación objetiva y aséptica del Derecho, todas las licencias otorgadas bajo la vigencia del PGOU serían nulas, se hayan o no declarado judicialmente conformes a aquél o se hayan o no recurrido, lo que afecta al principio de seguridad jurídica y de confianza legítima y desborda el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Destaca también la relevancia de otros hechos, además de los señalados en los antecedentes, como son: que no se solicitase la suspensión de efectos de la licencia; que cuando deviene firme la anulación del PGOU, el edificio estaba totalmente ejecutado; que para el ámbito urbanístico de referencia el nuevo PGOU recoge íntegramente la misma ordenación que la del anulado; y que el Sr. Pascual estando abierta la vía ordinaria, interpuso acción de nulidad contra la licencia desestimada por el Juzgado.

Y afirma que no resulta acorde a los principios de proporcionalidad, igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima la anulación de una licencia que, declarada judicialmente acorde a la legalidad vigente al momento de su concesión, cuando el debate procesal entablado en la instancia era meramente jurídico, sin material fáctico controvertido. Por tanto, concluye, habiendo desaparecido el objeto del debate, lo que correspondía era declarar la pérdida del objeto del recurso interpuesto por el Sr. Pascual, no la nulidad de la licencia.

Finaliza Inmorekalde S.L. su escrito de interposición solicitando la estimación del recurso en los términos interesados.

QUINTO.- El escrito de oposición de D. Pascual .

El Sr. Pascual se opone a los recursos de casación formalizados de contrario alegando, en síntesis, lo siguiente:

I. Que, en cuanto al apartado 2.1º del auto de admisión, referido a los artículos 85.4 LJCA y 461 LEC, resulta de plena aplicación al supuesto de autos la reciente STS de 14 de diciembre de 2022 (RC 1303/2021), que ha fijado la siguiente doctrina jurisprudencial respecto a la adhesión al recurso de apelación contencioso-administrativa: "...debe interpretarse el art. 85.4 de la LJCA en el sentido de que es necesario que el recurrente en la primera instancia se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la Administración demandada -en el supuesto en el que haya obtenido una sentencia totalmente estimatoria que crea que pudiera serle perjudicial, aún favorable a sus pretensiones, pero que haya dejado imprejuzgados alguno de los motivos de oposición al acto recurrido por considerar innecesario su análisis-, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación."

II. Respecto del apartado 2.2º del auto de admisión, referido a los artículos 271 LEC y 56 LJCA, alega que la Sala Tercera ha dictado la STS de 1 de diciembre de 2021 (RC 7945/2020), dando respuesta a la cuestión de interés casacional aquí suscitada en el sentido de que "resulta admisible la aportación en sede de recurso de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que resulte de su aplicación al caso".

Asimismo, señala que la STS nº 1.551/2022, de 23 de noviembre de 2022 (RC 7929/2021) ha fijado una doctrina jurisprudencial plenamente aplicable al supuesto de autos, sobre cómo incide en segunda instancia la firmeza de la sentencia que anula un Plan urbanístico en un proceso contra un acto dictado en su ejecución: "En virtud del principio *iura novit curia*, la determinación de la norma aplicable es una cuestión indisponible para las partes y para el tribunal, quedando al margen de las pretensiones de aquéllas".

Menciona también la STS 3474/2022, de 29 de septiembre de 2022 (RC 8112/2021) que, invocando a la ya citada STS de 1 de diciembre de 2021 (RCA 7945/2020), considera que "Resulta admisible la aportación en sede de recurso de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que resulte de su aplicación al caso".

Y precisa que la anulación por sentencia judicial del PGOU de 2017 determina, según constante jurisprudencia, la reviviscencia del Plan anterior, en este caso de 1996-1997, de manera que con la aportación de la sentencia anulatoria lo que se está planteando es la cuestión de la elección de la norma aplicable y no la aportación de hechos o modificación de debate procesal. Por otra parte, alega, la elección de la norma aplicable ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional (*iura novit curia*), con independencia de que se invoquen o no por la parte las normas que entiende de aplicación al caso.

Y dice que en este sentido es significativa la sentencia de 3 de junio de 2020 (recurso 3654/2017), que, aunque referida a las limitaciones del escrito de conclusiones, señala que "el tribunal no puede quebrantar la neutralidad exigible frente a ambas partes introduciendo hechos distintos de los debatidos, mientras que, al contrario, en la elección o interpretación de la norma debe atenerse a la que resulte aplicable al asunto, haya



sido o no invocada (art. 218 LEC), pero siempre para aceptar o rechazar las pretensiones oportunamente deducidas."

III. En cuanto al apartado 2.3º del auto de admisión, referido a la atemperación de los efectos de la nulidad del PGOU, niega la afirmación de Inmorekalde de "que todas las licencias otorgadas bajo la vigencia del PGOU serían nulas (...) se hayan o no recurrido", señalando que obvia la recurrente, en defensa de su posición, que opera el límite establecido por el art 73 LJCA, con respecto a los actos firmes. E invoca al efecto: la citada STS de 23 de noviembre de 2022; la STS 1553/2021, de 14 de abril (RC 2034/2020); la STS 3801/2016, de 26 de julio; la STS 5036/2009, de 16 de junio; la STS de 15 de marzo de 2013.

Y añade: "El TS sintetiza lo indicado en los párrafos precedentes en la Sentencia de 30 de enero de 2014 (RJ 2014\802) -"cuando los actos dictados en aplicación de un reglamento ilegal no han alcanzado firmeza [...], entonces la anulación de la disposición general comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, que quedan desprovistos de la cobertura jurídica que precisan para su conformidad a derecho. [...] solo los actos firmes y consentidos quedan excluidos del alcance de la declaración de nulidad de un reglamento, de tal manera que -a falta de alguna otra cobertura normativa específica- dicha nulidad se propaga a los demás actos dictados en su aplicación carentes de la virtualidad antes indicada".

La anterior afirmación podría tener una excepción: que la licencia tenga cobertura jurídica suficiente en la normativa urbanística vigente - SSTS de 26 de abril de 2005 (RJ 2005\5975) y de 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994\10705)-. Esta cobertura la podría obtener del planeamiento precedente y que revive, situación que deberá convenientemente analizarse tras la retroacción del expediente que ordena la sentencia objeto del presente recurso.

Sin ese análisis, con respecto del cual el Ayuntamiento de Hondarribia nada ha concretado ni particularizado, no resulta posible conocer cuáles serían las consecuencias materiales de la nulidad del PGOU con respecto a la licencia de construcción del Tanatorio, y por tanto, cuáles son los efectos de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento por vicios procedimentales que cabría, en su caso, "atemperar".

Y, con base en lo expuesto, finaliza su escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso y con confirmación de la sentencia recurrida.

SEXTO.- Doctrina sobre la primera de las cuestiones de interés casacional indicadas en el auto de admisión.

La primera de las cuestiones de interés casacional a las que se refiere el auto de admisión consiste en determinar "si es necesario que el demandado en la primera instancia, que ha obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones al desestimarse íntegramente el recurso contencioso-administrativo, se adhiera al recurso de apelación interpuesto por el demandante, en el supuesto de existir motivos de oposición a la demanda no atendidos en la sentencia recurrida, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación".

I. Sobre una cuestión de interés casacional formulada en términos análogos a los de la presente se ha pronunciado la STS nº 1.648/2022, de 14 de diciembre (RC 1303/2021), dictada por la Sección Segunda de esta Sala. En aquel supuesto la cuestión suscitada consistió en "Determinar, interpretando el artículo 85.4 LJCA a la luz del principio pro actione, si es necesario que el recurrente en la primera instancia se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la Administración demandada -en el supuesto en el que haya obtenido una sentencia totalmente estimatoria, y, por tanto favorable a sus pretensiones, pero que haya dejado imprejuicados alguno de los motivos de oposición al acto recurrido por considerar innecesario su análisis-, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación".

Y la Sección Segunda de esta Sala dio respuesta a esa cuestión en el Fundamento Segundo de su sentencia en los siguientes términos:

"SEGUNDO. Interpretación del art. 85.4 de la LJCA y su proyección al caso enjuiciado. El principio de tutela judicial efectiva aplicable al caso.

Tal y como se formula la cuestión con interés casacional objetiva en relación con el supuesto que nos ocupa, se nos muestra incompleta, en tanto que la correcta resolución del presente recurso de casación no puede limitarse a despejar la citada cuestión sin entrar en consideraciones afectantes al caso concreto, puesto que como se desprende de lo que ahora decimos, en principio resulta correcta la interpretación que sobre el art. 85.4 de la LJCA realizó la Sala de apelación.

Dispone el citado artículo que " *En el escrito de oposición, la parte apelada, si entendiera admitida indebidamente la apelación, deberá hacerlo constar, en cuyo caso el Secretario judicial dará vista a la apelante, por cinco días, de esta alegación. También podrá el apelado, en el mismo escrito, adherirse a la apelación, razonando los puntos*



en que crea que le es perjudicial la sentencia, y en este caso el Secretario dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de diez días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión".

La redacción literal del precepto deja pocas dudas interpretativas por su claridad. Ello sin perjuicio de reconocer que no le falta razón a la parte recurrida cuando señala que no cabe equiparar perjudicial con estimación parcial, puesto que una estimación total por un concreto motivo o causa pudiera resultarle a la parte beneficiada por el fallo perjudicial en cuanto que mejor satisfacía a sus intereses el acogimiento de su pretensión por otro de los opuestos. Ahora bien, en este caso no estamos en ninguno de los supuestos a los que pudiera abrirse la aplicación del expresado precepto, puesto que resulta evidente que la estimación íntegra de la pretensión actuada por la demandante en la instancia, satisfacía total y absolutamente los intereses actuados, por lo que le resultaba de todo punto extraño la herramienta, la adhesión a la apelación, que el precepto pone a disposición de aquellos que se consideren perjudicados por la sentencia.

Siendo ello así, la interpretación que ofrece la sentencia impugnada, en referencia en exclusividad de la aplicación al caso del art. 85.4 de la LJCA, resulta absolutamente correcta. Primero, ya se ha dicho, porque no estamos en el supuesto contemplado en el art. 85.4 de la LJCA, puesto que, y así era objetivamente, porque la sentencia estimatoria obtenida ningún perjuicio producía a la parte demandante. Segundo porque como bien dice la sentencia de apelación, la naturaleza del expresado instituto es la de un recurso de apelación autónomo, lo cual se ha reiterado en numerosas ocasiones por este Tribunal, al efecto cabe mencionar la sentencia de 11 de febrero de 2021, rec. cas. 7636/2019, que haciéndose eco de una anterior jurisprudencia, afirma que "Se trata, en definitiva, de una fórmula que, en los supuestos de estimación parcial, permite al apelado, que en principio no interpuso recurso de apelación acomodándose a lo resuelto en la sentencia, convertirse en apelante a la vista del recurso interpuesto por la contraparte. Pero el hecho de que la adhesión a la apelación se interponga en el escrito de oposición a la apelación de la contraparte no altera su naturaleza jurídica de recurso de apelación en el que se ejercita una pretensión impugnatoria autónoma e independiente de la ejercitada por el apelante originario que debe cumplir, asimismo, al igual que aquélla, los requisitos legales de admisibilidad de la apelación entre los que se encuentra...", podríamos añadir, hacer valer los motivos de la apelación, "para acceder a este recurso y, por ello, debe ser cuantificada en función del perjuicio que en ella se impugne, en definitiva, de su propia *summa gravaminis*. Así se infiere, además, de la redacción misma del art. 85.4 LJCA, cuando faculta al apelado a adherirse a la apelación en el escrito de oposición, "*razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia*", es este perjuicio el que le permite acceder a la apelación, el que constituye su objeto y el que debe ser valorado". Por tanto, al no haberse adherido la demandante a la apelación de la demandada, esto es, al no haber ejercitado su derecho al recurso de apelación, no puede exigir que la sentencia de apelación entre a conocer de unos motivos de apelación que al no haberse accionado mediante la adhesión al recurso de apelación es como si no se hubieran formulado, puesto que a decir correctamente de la sentencia impugnada, "El hecho de que el apelado no haya promovido la adhesión a la apelación en los términos expresados impide entrar a enjuiciar otros motivos de impugnación esgrimidos en su demanda y no examinados en la sentencia apelada".

En definitiva, a la cuestión de interés casacional cabe contestar que debe interpretarse el art. 85.4 de la LJCA en el sentido de que es necesario que el recurrente en la primera instancia se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la Administración demandada -en el supuesto en el que haya obtenido una sentencia totalmente estimatoria que crea que pudiera serle perjudicial, aún favorable a sus pretensiones, pero que haya dejado imprejuicados alguno de los motivos de oposición al acto recurrido por considerar innecesario su análisis-, para que esos motivos puedan y deban ser examinados en la sentencia que estime el recurso de apelación.

Desde esta perspectiva la sentencia impugnada resulta irreprochable. Pero es de hacer notar que subsidiariamente la parte recurrente solicitó la retroacción de actuaciones para que el Juzgado examinara aquellas cuestiones que opuestas a las liquidaciones quedaron imprejuicadas, siendo notorio que en el fallo de la sentencia de apelación, tampoco en el cuerpo de la sentencia, se aborda y resuelve esta solicitud, de suerte que la estimación del recurso de apelación es total y revoca la sentencia de instancia declarando la conformidad jurídica de las liquidaciones. En definitiva, si bien resulta correcto el criterio de la Sala de apelación denegando la adhesión a la apelación sin entrar en los motivos o cuestiones hechas valer en la instancia por el demandante y que quedaron imprejuicadas, se vulnera el principio de tutela judicial efectiva por no haber retrotraído las actuaciones para que el Juzgado se pudiera pronunciar sobre dichas cuestiones, dando satisfacción al principio de tutela judicial efectiva, que, desde luego, se vulnera cuando se deja imprejuicados motivos o causas hechas valer correcta y legítimamente sin obtener respuesta judicial alguna.

Sobre casos semejantes este Tribunal se pronunciado en múltiples ocasiones, valga como ejemplo la sentencia de 1 de julio de 2020, rec. cas. 438/2019, en la que se dijo que "Ahora bien, a diferencia de lo sucedido en los procesos resueltos por las sentencias nº. 1210, 1245 y 1642/2019, no cabe resolver el recurso



contencioso-administrativo n.º 3/2013 del mismo modo en que resolvieron el que tenían planteado. En las tres, al llegar a pronunciarse como juez de instancia, la Sección Quinta atendió a que, no estando en discusión el hecho de que no se habían pagado las cuotas colegiales y no siendo susceptibles de casación los hechos, debían ser desestimados los recursos contencioso-administrativos. No es posible esa solución en este caso porque, como hemos visto, la Sra. Mercedes planteó en su demanda motivos que, efectivamente, no han recibido respuesta y, entre otros extremos, niegan la conformidad a Derecho del Reglamento de Cuota Colegial, la aplicabilidad del Estatuto de 2007 y sostienen que la actuación del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid es contraria a otros preceptos del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea.

Pese a lo que dicen, la sentencia de apelación y el auto de aclaración, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo no se pronunció sobre las pretensiones subsidiarias formuladas por la Sra. Mercedes. Ciertamente, no era preciso que lo hiciera porque estimó íntegramente su recurso y declaró nula de pleno Derecho la actuación del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid. Esa falta de pronunciamiento y la razón a la que se debió no significa la desestimación tácita que ven la sentencia de apelación y el auto de aclaración, ni que fuera parcial la estimación del recurso. Fue, como dice, la sentencia, íntegra. Y acoger íntegramente la pretensión principal de ninguna manera puede significar la desestimación de las subsidiarias ni la estimación parcial del recurso.

Tiene, pues razón, en este punto la Sra. Mercedes. Ahora bien, no vamos a pronunciarnos sobre los extremos de hecho y de Derecho que plantea la demanda y no fueron considerados en su momento, tal como nos lo solicita, precisamente porque no ha habido enjuiciamiento sobre ellos y versan sobre aspectos sobre los que conviene un examen detenido. En consecuencia, tal como nos autoriza el artículo 93.1 de la Ley de la Jurisdicción, vamos a acordar la retroacción de las actuaciones a la instancia a los efectos de que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de los de Madrid, se resuelvan las pretensiones subsidiarias de la demanda".

Lo procedente, por tanto, era que la sentencia impugnada, sin perjuicio de estimar la apelación, ordenara la retroacción para que el Juzgado resolviera sobre el resto de cuestiones que quedaron imprejuzgadas. Lo cual ha de declararse en el presente, si bien, dado el objeto material del recurso contencioso administrativo el Juzgado, al resolver, deberá tener en cuenta la jurisprudencia emanada de este Tribunal sobre el alcance y la aplicación de la STC 182/21, valgan por todas sentencias de 26 de julio de 2022, rec. cas. 7928/2020, y de 27 de julio de 2022, rec. cas. 3304/2019".

II. A esta cuestión también se ha referido el Tribunal Constitucional en sus sentencias nº 103/2005, nº 67/2009 y nº 11/2014. En los Fundamentos Jurídicos 2 y 3 de esta última se decía:

"2. Las SSTC 103/2005, de 9 de mayo, y 67/2009, de 9 de marzo, en unos asuntos sustancialmente idénticos al que ahora se enjuicia, declaran que no es razonable y que es, por tanto, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exigir al demandante que ha obtenido una Sentencia favorable en primera instancia en el orden contencioso-administrativo que -como requisito para que puedan ser objeto de pronunciamiento en la apelación aquellos motivos que, habiendo sido correctamente planteados en la primera instancia, quedaron sin analizar por haberse estimado la demanda en virtud de un motivo distinto- interponga recurso de apelación o se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la parte contraria.

En la citada STC 103/2005 se declara que "de acuerdo con lo literalmente establecido en el art. 85.4 LJCA , para poder adherirse a la apelación la parte apelada habrá de razonar los puntos en que crea que le es perjudicial la Sentencia; circunstancia que no concurre en este caso, pues la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no le causaba perjuicio al haber sido estimatoria de su recurso contencioso-administrativo" (FJ 4). Se añade que la falta de adhesión a la apelación no puede justificar la ausencia de una respuesta a las cuestiones planteadas, pues "a tenor de lo dispuesto en el art. 85.4 LJCA , la adhesión a la apelación solo procede en los casos en los que la Sentencia apelada resulta perjudicial al apelado, y en el presente caso la referida Sentencia es estimatoria de su recurso, sin que pueda considerarse 'un perjuicio' el haber dejado imprejuzgada alguna de sus alegaciones por haber apreciado la invalidez del acto por otro de los motivos alegados, ya que la Sentencia le resulta favorable, y su falta de adhesión a la apelación no puede interpretarse, en ningún caso, como renuncia a seguir sosteniendo la existencia de la prescripción de la deuda" (FJ 4).

3. En el presente caso -tal como se ha expuesto más detalladamente en los antecedentes- el único argumento esgrimido por el órgano judicial de apelación para no resolver la cuestión, relevante para la decisión, sobre el momento en que debía comenzar el cómputo de la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial que había alegado el Ayuntamiento de Cambrils en la contestación a la demanda y en el escrito de oposición al recurso de apelación fue que dicho Ayuntamiento no había interpuesto recurso de apelación ni se había adherido a la apelación planteada por la parte contraria.



Por tanto, debe concluirse que, como dice el Ministerio Fiscal, se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente en amparo, por haberse aplicado de manera no razonable de un obstáculo procesal que impidió pronunciarse sobre una pretensión correctamente deducida. De ese modo, deben anularse las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraerse las actuaciones para que se adopte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido".

III. A la vista de las sentencias que acabamos de transcribir, nuestra convicción es clara en el sentido de que el artículo 85.4 LJCA, a la luz del principio *pro actione*, debe ser interpretado del siguiente modo: cuando un recurrente obtiene en la primera instancia una sentencia totalmente estimatoria y, por tanto, favorable a sus pretensiones, pese a rechazar otros motivos de inadmisión también alegados por él, no es necesario que interponga un recurso contra aquella sentencia, ni que se adhiera al recurso de apelación interpuesto por la parte contraria para que dichos motivos de inadmisión puedan y deban ser examinados en la sentencia que resuelva el recurso de apelación.

Y ello porque es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva una interpretación del artículo 85.4 LJCA que conduzca a considerar que quien ha obtenido una sentencia totalmente favorable a sus pretensiones ha sufrido un perjuicio por el hecho de que el juzgador no haya aceptado plenamente todos y cada uno de los motivos de oposición que esgrimió, y que haya apreciado la invalidez del acto con base, solo, en alguno de los motivos alegados. En tal caso, no sería conciliable con el citado derecho fundamental una interpretación de aquel precepto que condujese a afirmar que la no interposición de recurso o la no adhesión a la apelación formulada de contrario puede interpretarse como una renuncia a seguir sosteniendo la invalidez del acto impugnado con base en los otros motivos de oposición que fueron alegados y rechazados en la primera instancia.

Entendemos que esta solución es la que, conforme a lo razonado en las precitadas sentencias del Tribunal Constitucional, resulta ser la más respetuosa con el derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, consideramos que la doctrina que nos requiere el auto de admisión debe fijarse en los siguientes términos:

(i) Cuando quien interpone un recurso contencioso-administrativo obtiene del Juzgado una sentencia plenamente favorable a sus pretensiones, acogiendo ésta uno de los motivos de impugnación alegados y rechazando los demás, no puede considerarse que dicha sentencia resulte perjudicial al citado recurrente.

(ii) Conforme a lo previsto en el artículo 85.4 LJCA, la adhesión a la apelación solo sería exigible cuando el recurrente *"crea que le es perjudicial la sentencia"*.

(iii) Por tanto, cabe afirmar que no será exigible que dicho recurrente se adhiera a la apelación formulada de contrario para que los motivos de impugnación que esgrimió y fueron rechazados en la primera instancia sean examinados, en su caso, en la sentencia que resuelva la apelación.

(iv) Obviamente, no será necesario el examen de dichos motivos si la Sala de apelación considerase que el recurso de apelación debe ser desestimado por otras razones; pero, si la Sala de apelación considerase procedente acoger el recurso de apelación, antes de estimar ese recurso deberá examinar aquellos motivos.

SÉPTIMO.- Doctrina sobre la segunda de las cuestiones de interés casacional suscitadas en el auto de admisión.

La segunda de las cuestiones que nos plantea el auto de admisión consiste en determinar "si es admisible la aportación, en sede de recurso de apelación, de una sentencia anulatoria de un Plan General notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que esta pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que se derive de su aplicación al caso".

Sobre cuestiones relacionadas con la ahora examinada se ha pronunciado esta Sala en diversas sentencias.

Así, en la STS nº 1.422/2021, de 1 de diciembre (RC 7945/2020), hemos sentado la siguiente doctrina: "resulta admisible la aportación en sede de recurso de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que resulte de su aplicación al caso".

Esta doctrina ha sido reiterada después en la STS nº 1.222/2022, de 29 de septiembre (RC 8112/2021), en la que hemos sostenido que la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento urbanístico durante la pendencia de un recurso de apelación tiene plenos efectos para la resolución del recurso.

Así lo recordábamos en la STS 1.551/2022, de 23 de noviembre (RC 7929/2021), en la que, además, dijimos:



"E) Por otra parte, conviene precisar que, teniendo los planes urbanísticos -en sus distintas modalidades- rango de norma reglamentaria, la declaración de nulidad de pleno derecho de aquéllos comporta su expulsión del ordenamiento jurídico con efectos desde que se produjo su entrada en vigor. Por ello, en virtud del principio *iura novit curia* -de observancia indisponible para las partes y para el propio tribunal- esa expulsión debe ser tenida necesariamente en cuenta por los tribunales que deban enjuiciar la conformidad a Derecho de actos dictados en ejecución de la norma declarada nula.

Por tanto, en este sentido es claro que si la declaración de nulidad de esa norma de planeamiento se produce estando pendiente de resolver un recurso jurisdiccional contra esos actos o acuerdos, el órgano jurisdiccional que esté conociendo del recurso debe actuar en consecuencia desde el mismo instante en que tome conciencia de la concurrencia de esa circunstancia; y, en consecuencia, no puede resolver el recurso obviando esa declaración de nulidad pues, si lo hiciera, estaría inaplicando materialmente el principio *iura novit curia* y resolviendo el mencionado recurso con base en una norma inexistente".

Y es que, como dijimos en esa sentencia -y en otras muchas- debe tenerse muy presente que la determinación de la normativa vigente y aplicable al supuesto enjuiciado no es disponible ni para la parte ni para el tribunal que enjuicia una pretensión. De modo que el tribunal al que se le somete una contienda está obligado, y no meramente facultado, a aplicar las normas jurídicas que considere procedentes con independencia de las invocadas por las partes.

En consecuencia, debemos ahora reiterar la doctrina reiterada por esta Sala en los siguientes términos: es admisible la aportación, en sede de recurso de apelación, de una sentencia anulatoria de un Plan General notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que ésta pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que se derive de su aplicación al caso.

OCTAVO.- La proyección al supuesto enjuiciado de la doctrina fijada en los anteriores Fundamentos y la innecesariedad de sentar doctrina jurisprudencial sobre la tercera de las cuestiones de interés casacional suscitadas en el auto de admisión.

I. La aplicación al caso examinado de la doctrina jurisprudencial indicada en los precedentes Fundamentos exige, lógicamente, tomar en consideración las circunstancias concurrentes en el supuesto que ahora enjuiciamos que, en síntesis, son las siguientes:

1) El Ayuntamiento de Hondarribia concedió licencia a Inmorekalde para la construcción de un tanatorio, al estimar su conformidad con el PGOU de 2017, entonces en vigor.

2) La concesión de esa licencia fue impugnada por el Sr. Pascual , que interpuso recurso contencioso-administrativo, oponiéndose el citado Ayuntamiento e Inmorekalde.

El Juzgado, pese a rechazar las causas de inadmisión opuestas por Inmorekalde, desestimó el recurso, acogiendo plenamente las pretensiones desestimatorias del Ayuntamiento y de Inmorekalde.

3) El Sr. Pascual interpuso entonces recurso de apelación y, después de haberse formalizado éste, aportó documentación consistente en copia del auto de inadmisión dictado por el Tribunal Supremo del que derivaba la firmeza de la sentencia del TSJ del País Vasco que había declarado la nulidad del PGOU aprobado en 2017 (que otorgaba cobertura a la licencia concedida) y copia de la diligencia de ordenación declarando la firmeza de aquel auto.

4) La Sala de instancia admitió y valoró esa documentación en su sentencia, considerando, tras examinar las alegaciones de las partes al respecto, que no suponía la incorporación de nuevos hechos, ni modificación de pretensiones por la parte apelante, sino que incidía en la determinación de la norma aplicable para la resolución del recurso.

Asimismo, la Sala rechazó en su sentencia el examen de las causas de inadmisibilidad alegadas por la codemandada Inmorekalde en la primera instancia y reproducidas en su escrito de oposición a la apelación, señalando que no cabía ya incidir en ellas, dado que la sentencia apelada las había rechazado y que ese pronunciamiento de la sentencia apelada debía considerarse firme y consentido, por cuanto que la mercantil codemandada, ahora apelada, ni recurrió en apelación ni se adhirió al recurso de apelación formulado de contrario.

Y, tras considerar que la nulidad del PGOU afectaba a la licencia concedida, la Sala de instancia resolvió del siguiente modo: estimó parcialmente el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y, resolviendo el debate de la primera instancia, estimó parcialmente las pretensiones ejercitadas en la demanda por el Sr. Pascual , anulando la concesión de la licencia para la construcción del tanatorio y ordenando retrotraer las actuaciones para que por el Ayuntamiento se diera respuesta a la solicitud de licencia de tanatorio de



conformidad con el régimen jurídico anterior -el de las Normas Subsidiarias de 1997-, que había recobrado vigencia tras la anulación del PGOU de 2017.

II. Pues bien, conforme a la doctrina establecida en los Fundamentos precedentes, cabe afirmar que no existe dificultad alguna en admitir y valorar en sede de apelación la documentación consistente en un auto y una diligencia de ordenación del Tribunal Supremo de los que deriva la firmeza de la declaración de nulidad de un PGOU de 2017 que había proporcionado cobertura a la licencia cuestionada en el momento de su otorgamiento, y ello por dos razones:

En primer lugar, porque la firmeza de la declaración de nulidad de un PGOU comporta su definitiva expulsión del ordenamiento jurídico y ello incide de lleno en el principio "*iura novit curia*", en cuanto que el juzgador está obligado -y no meramente facultado- a determinar correctamente la norma aplicable para resolver el caso, determinación que no es disponible ni para el tribunal ni para las partes.

Y, en segundo lugar, como consecuencia lógica de lo anterior, porque la aplicación o inaplicación del PGOU condiciona de manera apreciable la resolución del pleito.

En definitiva, en línea con lo que hemos dicho en anteriores ocasiones, debemos ahora concluir que lo determinante no es el cauce mediante el cual la noticia de la firmeza de la declaración de nulidad del PGOU llega a la Sala de apelación, ni el hecho de que se aporte la documentación referida a aquélla después de haberse formalizado el recurso de apelación; lo verdaderamente relevante es que, una vez conocida la firmeza de la anulación del PGOU, que incide directamente en el marco normativo aplicable al caso, dicha circunstancia no puede ser ignorada por la Sala, que debe tomarla en consideración para resolver el recurso.

Por tanto, desde esta perspectiva nada puede reprocharse en este supuesto a la Sala de instancia, pues ésta, efectivamente, tuvo en cuenta al resolver el recurso esa circunstancia y las alegaciones que las partes formularon al respecto.

III. Distinta consideración nos merece, por el contrario, la decisión de la Sala de instancia de no examinar los motivos de inadmisión planteados por Inmorekalde en la primera instancia y reproducidos en su escrito de oposición a la apelación.

Esta decisión no se ajusta a la doctrina que hemos establecido en interpretación del artículo 85.4 de la LJCA y, a nuestro juicio, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de Inmorekalde, conforme a lo que hemos razonado en el Fundamento Sexto.

Pero, además, esa decisión resulta aún más trascendente en este caso porque el hecho de resolver la apelación y estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por el Sr. Pascual, sin examinar previamente los referidos motivos de inadmisión, significa ahondar aún más en el perjuicio causado a Inmorekalde como consecuencia de esa primera decisión desacertada.

A nuestro juicio, por tanto, cabe afirmar que esa decisión de la Sala de instancia no es ajustada a Derecho.

IV. Pero, aún hay otra decisión de la Sala de instancia que no podemos compartir.

Nos referimos a la siguiente conclusión alcanzada por la Sala de instancia. Ésta, tras tomar en consideración la documentación del Tribunal Supremo relativa a la declaración de nulidad del PGOU de 2017 aportada por el Sr. Pascual y rechazar el examen de las causas de inadmisión aducidas por Inmorekalde, estimó parcialmente recurso de apelación y concluyó que debía "*declarar la disconformidad a derecho de la licencia de construcción del tanatorio, porque se concedió por el Ayuntamiento con el régimen jurídico vigente en el PGOU que ha sido declarado nulo por sentencia firme*", y ordenó "*retrotraer las actuaciones del expediente administrativo para que por el Ayuntamiento se de respuesta a la solicitud de licencia del tanatorio de conformidad con el régimen jurídico que recobra vigencia*", que es el de las Normas Subsidiarias de 1997.

Pero, ésta no es la conclusión que cabe alcanzar examinando, a la luz del principio de presunción de validez y acierto de los actos administrativos, la doctrina de la reviviscencia de los planes urbanísticos. Veamos.

La presunción legal de validez y acierto de los actos administrativos está establecida en el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, que dispone: "*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*". Y, consecuencia lógica de este principio es que, mientras el órgano jurisdiccional llamado a controlar su legalidad no determine que aquella presunción de legalidad ha sido eficazmente desvirtuada mediante la oportuna prueba, el acto administrativo seguirá presumiéndose válido y produciendo efectos (véase en este sentido la STS de 8 de septiembre de 2011, RC 5912/2008).

Por otra parte, la doctrina de la reviviscencia de los planes urbanísticos, en virtud de la cual en aquellos supuestos en los que se produce la nulidad de un Plan, recobra su vigencia la normativa urbanística que le



precedió y a la que sustituyó el Plan anulado (porque la nulidad se extiende a los efectos derogatorios que el Plan que desaparece del mundo jurídico hubiera podido desplegar), ha sido admitida pacíficamente en nuestra jurisprudencia. Baste citar a estos efectos, la STS nº 286/2019, de 5 de marzo (RC 4628/2017), que invoca otras anteriores y la más reciente STS nº 62/2024, de 17 de enero (RC 2859/2022).

Pues bien, esta doctrina de la reviviscencia de las normas urbanísticas que fueron derogadas por el Plan anulado debe examinarse, como antes decíamos, a la luz de la presunción de legalidad y acierto a la que hemos hecho referencia.

Así, en el caso que ahora enjuicamos, la anulación del Plan de 2017 comporta la reviviscencia de las Normas Subsidiarias de 1997. Por ello, la nulidad del Plan de 2017 no determina automáticamente, sin más, la nulidad de la licencia de construcción del tanatorio que fue concedida a su amparo. Esa licencia continúa gozando de la presunción de validez y acierto mientras el órgano jurisdiccional no constate, mediante la correspondiente prueba, que ha sido eficazmente desvirtuada esa presunción.

Y para ello será necesario que, quien pretenda obtener la declaración de nulidad de la licencia, alegue y demuestre que la licencia de construcción concedida al amparo del Plan de 2017, que ya no cuenta con la cobertura de éste por haber sido declarado nulo, no se ajusta a las determinaciones establecidas en las Normas Subsidiarias de 1997, que constituyen el régimen jurídico que "revive" como consecuencia de la mencionada declaración de nulidad del Plan de 2017 (cosa que no ha hecho el Sr. Pascual).

Consecuencia lógica de lo anterior es que la Sala de instancia no debió anular la licencia sólo por el hecho de haberse anulado el Plan de 2017. Lo que debería haber hecho es constatar si el Sr. Pascual había aportado prueba que demostrara eficazmente la disconformidad de la licencia con las previsiones de las Normas Subsidiarias de 1997, pues solo en caso de demostrarse tal disconformidad procedería anular la licencia de construcción concedida; licencia que, hasta ese preciso instante, seguiría gozando de la presunción de legalidad y acierto establecida en el artículo 39.1 de la Ley 39/2015.

Sin embargo, la Sala de instancia no lo hizo así y, por tanto, cabe colegir que la decisión de la Sala de instancia de ordenar la retroacción de las actuaciones para que el Ayuntamiento contraste la conformidad de la licencia con las previsiones de las Normas Subsidiarias de 1997, que han recobrado vigencia al anularse el PGOU de 2017, no puede considerarse ajustada a Derecho.

V. Corolario lógico de lo razonado hasta ahora en este Fundamento es la innecesariedad de dar respuesta a la tercera de las cuestiones planteadas en el auto de admisión, por las razones que expondremos a continuación.

Dicha cuestión, consistía en determinar, en caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior, "si resulta viable, conforme a los principios de proporcionalidad e igualdad, atemperar los efectos de la declaración de nulidad de un instrumento de planeamiento por vicios procedimentales sin incidencia directa en la ordenación de un determinado sector respecto a una licencia urbanística, otorgada conforme al referido planeamiento, que es impugnada en otro proceso distinto y cuya adecuación al plan ha sido confirmada por sentencia judicial que se recurre en apelación".

A este respecto, conviene recordar que en reiteradas ocasiones -por todas, baste citar la reciente STS n.º 184/2024, de 2 de febrero (RC 6951/2022)- hemos establecido que para dar respuesta precisa a las cuestiones planteadas debemos tener presente que la labor hermenéutica que nos requiere el auto de admisión (ex artículo 93.1) no puede hacerse "en abstracto", prescindiendo del objeto del litigio en los términos que derivan de la actuación administrativa recurrida y de las pretensiones ejercitadas por las partes.

De ello podemos inferir que resulta innecesario que ahora fijemos doctrina jurisprudencial sobre la tercera de las cuestiones suscitadas en el auto de admisión, pues ha quedado claro que, una vez firme la declaración de nulidad del PGOU de 2017, se ha producido la reviviscencia de las Normas Subsidiarias de 1997 y, por tanto, a efectos de determinar si sigue siendo válida la licencia de construcción del tanatorio otorgada en su día, lo relevante será que ésta sea o no conforme a las previsiones de las mencionadas Normas Subsidiarias, sin que en ello tenga incidencia o trascendencia práctica alguna la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión (pese a su indudable interés teórico).

NOVENO.- Conclusiones y costas.

A tenor de lo expuesto en los Fundamentos precedentes, debemos declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación, casando y anulando la sentencia de apelación impugnada en este recurso por no ser conforme a Derecho.

Y, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 93.1 de la LJCA, debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Pascual y confirmar, por ser ajustada a Derecho, la sentencia nº 148/2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián que, a su vez, había desestimado



el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Pascual contra la resolución del Ayuntamiento de Hondarribia que, rechazando el recurso de reposición, confirmaba el otorgamiento de licencia para la construcción de un tanatorio a Inmorekalde 21, S.L.

En cuanto a las costas, conforme a lo previsto en los artículos 93 y 139 de la LJCA, disponemos que, respecto de las de casación, cada parte abone las causadas a su instancia y la mitad de las comunes, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes; sin que proceda efectuar especial imposición de las costas de la instancia a ninguna de las partes, dada la complejidad de las circunstancias concurrentes, que han quedado expuestas en esta sentencia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Primero.- Establecer la doctrina jurisprudencial indicada en los Fundamentos Sexto y Séptimo de esta sentencia.

Segundo.- Declarar haber lugar y estimar el presente recurso de casación nº 4789/2022 interpuesto por las representaciones procesales del Ayuntamiento de Hondarribia y de la mercantil Inmorekalde 21, S.L. contra la sentencia de fecha de 22 de marzo de 2022 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que estimó el recurso de apelación nº 883/2020.

Tercero.- Casar y anular la sentencia impugnada en este recurso por no ser conforme a Derecho.

Cuarto.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia nº 148/2020 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de San Sebastián, y confirmar ésta por ser ajustada a Derecho.

Quinto.- Imponer las costas conforme a lo establecido en el último de los Fundamentos de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.