



Roj: **STSJ PV 1647/2019 - ECLI: ES:TSJPV:2019:1647**

Id Cendoj: **48020330022019100230**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **2**

Fecha: **28/05/2019**

Nº de Recurso: **1261/2017**

Nº de Resolución: **265/2019**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 1261/2017

DE Ordinario

SENTENCIA NÚMERO 265/2019

ILMOS/A. SRES/A.

PRESIDENTE:

DOÑA ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL

MAGISTRADOS:

DON ÁNGEL RUIZ RUIZ

DON JOSÉ ANTONIO ALBERDI LARIZGOITIA

En Bilbao, a veintiocho de mayo de dos mil diecinueve.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por la Presidenta y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 1261/2017 y seguido por el procedimiento Ordinario, en el que se impugna: la Orden Foral núm. 162/2017 de 7 de junio, de la Diputación Foral de Álava, de denegación de la aprobación definitiva de la modificación de las NNSS de Iruña de Oca, en relación con el cumplimiento de la STSJ PV núm. 139/2016 de 31 de marzo de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 711/2013, en relación con el ámbito R1-LS4 de Nanclares de Oca; y Orden foral núm. 280/2017 de 10 de octubre de la Diputación Foral de Álava desestimatoria del requerimiento formulado por el Ayuntamiento de Iruña contra la anterior OF núm. 162/2017.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : AYUNTAMIENTO DE IRUÑA DE OCA, representado por la Procuradora D^a BEGOÑA FERNÁNDEZ DE GAMBOA IRARAGORRI y dirigido por el Letrado D. LUIS URKIZA UGARTE.
- **DEMANDADA** : DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, representada por la Procuradora D^a IRATXE PÉREZ SARACHAGA y dirigida por el Letrado de sus servicios jurídicos.
- **OTRADEMANDADA** : D. Jesus Miguel y D. Juan Pedro representados por la Procuradora D^a LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU y dirigidos por el Letrado D. EDUARDO BÁRBARA GUTIÉRREZ.

Ha sido Magistrada Ponente la Il^{ta} Sra. D^a. ANA ISABEL RODRIGO LANDAZABAL.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El día 15 de septiembre de 2017, tuvo entrada en esta Sala escrito en el que la Procuradora D^a Begoña Fernandez de Gamboa, actuando en nombre y representación del Ayuntamiento de Iruña de Oca, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden Foral núm. 162/2017 de 7 de junio, de la Diputación Foral de Álava, de denegación de la aprobación definitiva de la modificación de las NNSS de Iruña de Oca, en relación con el cumplimiento de la STSJPV núm. 139/2016 de 31 de marzo de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 711/2013, en relación con el ámbito R1-LS4 de Nanclares de Oca; y Orden foral núm. 280/2017 de 10 de octubre de la Diputación Foral de Álava desestimatoria del requerimiento formulado por el Ayuntamiento de Iruña contra la anterior OF núm. 162/2017.; quedando registrado dicho recurso con el número 1261/2017.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se proceda a anular y revocar la Orden Foral 280/2017, de 10 de octubre de, del Diputado Foral del Departamento de Medio Ambiente y Urbanismo de la Diputación Foral de Álava y estimando el requerimiento previo presentado en fecha 19 de julio de 2017 por el Ayuntamiento de Iruña de Oca, acuerde:

- a) Anular y revocar la Orden Foral nº 162/2017 de 7 de junio de la Diputación Foral de Álava.
- b) Reconocer la vigencia de la Orden Foral 357/2013 de 23 de julio.
- c) Ordenar a la Diputación foral de Álava a que proceda a dictar nueva Orden Foral por la que se declaren cumplidas las condiciones impuestas en la Orden Foral 357/2013 de 23 de julio de aprobación definitiva de la modificación puntual de las normas Subsidiarias de Iruña de Oca en lo referido al ámbito R1-LS4.

Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada.

TERCERO.- En los escritos de contestación de la Diputación Foral, D. Jesus Miguel y D. Juan Pedro, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, solicitaron de este Tribunal el dictado de una sentencia en la que se desestime el recurso por ser conforme a derecho la resolución impugnada con expresa condena en costas a la parte demandate.

CUARTO.- Por Decreto de 18 de julio de 2019, se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

QUINTO.- Por resolución de fecha 18 de septiembre de 2018, se tuvo por no solicitado el recibimiento del proceso a prueba.

SEXTO.- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

QUINTO.- Por resolución de fecha 21/05/2019, se señaló el pasado día 28/05/2019 para la votación y fallo del presente recurso.

SEXTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo por la representación procesal del Ayuntamiento de Iruña de Oca contra la Orden Foral núm. 162/2017 de 7 de junio, de la Diputación Foral de Álava, de denegación de la aprobación definitiva de la modificación de las NNSS de Iruña de Oca, en relación con el cumplimiento de la STSJPV núm. 139/2016 de 31 de marzo de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 711/2013, en relación con el ámbito R1-LS4 de Nanclares de Oca; y Orden foral núm. 280/2017 de 10 de octubre de la Diputación Foral de Álava desestimatoria del requerimiento formulado por el Ayuntamiento de Iruña contra la anterior OF núm. 162/2017.

La sentencia núm. 139/2016 declaró la nulidad de la OF 431/2013, de 5 de septiembre, de aceptación del cumplimiento de las condiciones impuestas en la OF 357/2013, de 23 de julio, de aprobación de la modificación puntual de las NNSS de Planeamiento de Iruña de Oca. artículo 187.14-R1-LS4. Este precepto es el relativo a la ordenación urbanística de este ámbito de las NNSS de Iruña de Oca.

El mismo recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra la OF 357/2013, de 23 de julio, (BOTH de 26 de agosto de 2013), que se siguió con el núm. 250/2014, dictándose sentencia de inadmisibilidad del recurso por extemporáneo.

El Ayuntamiento de Iruña de Oca procedió a elaborar sendos documentos denominados "estudio económico financiero" y "estudio de sostenibilidad económica", acordando el Pleno con fecha 14 de diciembre de 2016 convalidar el resto de trámites y documentos, y proceder "en ejecución de la sentencia de 31 de marzo de 2016", según se dice, a aprobar inicialmente los documentos denominados "estudio económico-financiero" y



"estudio de sostenibilidad económica". Y se prosiguió el trámite, desestimando las alegaciones presentadas, y aprobando provisionalmente estos documentos.

La Diputación Foral de Álava ha denegado la aprobación definitiva porque habiéndose declarado la nulidad del art. 187.14 de las NNSS, no hay conservación de trámites, al tratarse de un instrumento normativo.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento de Iruña de Oca sostiene que se ha producido una ampliación de los efectos del fallo judicial, que no alcanza a la Orden Foral 357/2012 de aprobación definitiva de la modificación puntual, y que no ha sido anulada.

Es decir, que lo que el Ayuntamiento de Iruña de Oca solicita es que se consideren cumplidas las condiciones establecidas en la OF 357/2013, de 23 de julio. Y por ello, la Orden foral impugnada anula de facto la Orden Foral 357/2013, por lo que debe ser declarada nula.

En segundo lugar se alega que se vulnera el art. 91 de la LS 2/2006 de 30 de julio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, y se insiste en que se revoca la OF 357/2012 sin justificación alguna. Además se invocan los principios de buena fe, confianza legítima, legalidad y seguridad jurídica, generando importante perjuicio a los intereses municipales.

TERCERO.- La STSJPV núm. 139/2016 de 31 de marzo de 2016 (rec. 711/2013) declaró la nulidad del art. 187.4-R1-LS4 de las NNSS de Iruña de Oca, texto publicado en el BOTHA de 27 de septiembre de 2013. Aunque por el Ayuntamiento recurrente se sostiene que los efectos del fallo no alcanzan a la OF 357/2013, el pronunciamiento conlleva la nulidad de dicho precepto, y, por lo tanto, del acuerdo de aprobación definitiva "con condiciones", y del acuerdo que acepta que estas condiciones se han cumplido.

La STSJPV de 22 de junio de 2017 (rec. 241/2015), entre otras, se refiere al art. 91.5 , 6 y 7 de la Ley 2/2006 de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo :

"Art. 91 LS 2/2006

5. El Ayuntamiento o la Diputación Foral, según corresponda, podrán aprobar definitivamente el plan, suspender su aprobación definitiva, o desestimarla motivadamente. La desestimación podrá ser parcial en las condiciones establecidas en este artículo.

6. La aprobación definitiva del plan podrá ser parcial si las objeciones del informe de la Comisión de Ordenación del Territorio afectan a zonas o a determinaciones concretas que no impiden una aplicación coherente del resto del plan.

7. La desestimación o la suspensión habrán de ser motivadas bien en razones de estricta legalidad, con indicación expresa de los preceptos infringidos, bien en afectación a intereses supramunicipales, con expresión de los mismos. Cuando la competencia sea de las Diputaciones Forales, será nula de pleno derecho la denegación o suspensión que se base exclusivamente en aspectos o materias de interés estrictamente municipal.

Como decíamos en la STSJPV de 2.11.2010 (rec. 1599/2008), en relación con el art. 132.3 del RPU, aunque no se contempla la posibilidad de aprobación condicionada, la jurisprudencia viene admitiéndola cuando no se oponen razones de coherencia sistemática (así STS 23.6.92.rec. 7317/1990). Tanto el art. 132.3.b) del RPU como el art. 91.5 de la LS 2/2006 contempla la posibilidad de "suspender la aprobación definitiva". No obstante, como hemos indicado, la jurisprudencia ha mantenido la posibilidad de aprobación condicionada. En la STS 12.45.2013 (rec. 5811/2010), que se invoca por el propio Ayuntamiento, se refería a la "aprobación supeditada" del art. 41 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre , reguladora de la actividad urbanística, de la Comunidad Valenciana, que permite la aprobación definitiva "supeditada a la formalización de alternativas", cuando se plantean reparos de alcance limitado y pueden subsanarse con una corrección técnica específica. En todo caso, como hemos indicado, la posibilidad de aprobación definitiva "condicionada" se viene admitiendo jurisprudencialmente, y, también la posibilidad de impugnar autónomamente el acuerdo de aprobación definitiva parcial o, como, en este caso, condicionada. Pero el que el Acuerdo de aprobación definitiva condicionada sea susceptible de impugnación autónoma, no implica que el pronunciamiento que declara la nulidad de la concreta determinación urbanística, por cumplirse la condición suspensiva, no lo alcance. La Orden Foral 431/2013 de 5 de septiembre, dio por cumplidas las condiciones impuestas en la Orden Foral 357/2013, de 23 de julio, y procede a publicar la normativa modificada, en concreto, el art. 187.14-R1-LS4 de las NNSS. Al declararse nulo este precepto, no puede entenderse que el pronunciamiento no alcanza a la "aprobación definitiva condicionada", sino sólo a si se han cumplido o no las condiciones, que es lo que parece propugnar el Ayuntamiento. Lo que se declara es la nulidad de las concretas determinaciones urbanísticas, y, por lo tanto, del Acuerdo de aprobación definitiva, que sólo se integra cuando se cumple la "condición suspensiva", las condiciones que a las que se sujeta la aprobación definitiva en la OF 357/2013.



Afirmado lo anterior, se plantea la cuestión relativa al alcance del pronunciamiento. El ATS de 17 de enero de 2019 (rec 3313/2017) admite a trámite el recurso de casación, y precisa como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia si "en la elaboración de un plan urbanístico (jurisprudencialmente considerado disposición general), dictado en ejecución de un pronunciamiento jurisdiccional que declaró su nulidad, cabe conservar actos y trámites de similar contenido de la disposición anulada, así como subsanar los vicios detectados o, por el contrario, dada la radicalidad de la declaración de nulidad y sus efectos "ex tunc", deviene necesaria una nueva tramitación integral."

Hasta la fecha la posición jurisprudencial se expone, entre otras, en STS 4 de mayo de 2016 (rec. 13/2015), STS 21 de diciembre de 2017 (rec. 128/2016), y más recientemente STS de 5 de marzo de 2019 (rec. 4628/2017 -Pte. Sr. Montero Fernandez). En esta última, fundamento jurídico tercero se dice:

TERCERO.- Sobre la anulación del planeamiento urbanístico y sus efectos.

Sobre la anulación del planeamiento urbanístico y sus efectos son numerosos los pronunciamientos de este Tribunal. Siguiendo la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión hemos de estar a lo que a continuación desarrollamos.

Como en ocasiones precedentes hemos indicado la declaración de nulidad de pleno derecho de un plan produce efectos erga omnes y ex tunc, de modo que no se ocasionan a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición general declarada nula.

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 (STS de 27 de abril de 1988), porque la nulidad se extiende a los efectos derogatorios que el plan que desaparece del mundo jurídico hubiera podido desplegar. Esto es, la anulación de un PGOU, determinará, como regla general, la "reviviscencia" del anterior planeamiento vigente al plan anulado.

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.

Tal nulidad posee varias notas distintivas que la jurisprudencia de este Tribunal ha perfilado de modo constante y reiterado: a) se trata de una nulidad radical o de pleno derecho (art. 47 de la Ley 39/2015), con independencia de los vicios, de fondo o de forma, que hayan determinado su anulación; b) se declara erga omnes o con efectos generales, para todos, hayan sido o no parte en el proceso correspondiente (arts. 70.2 , 71.1.a) y 72.2 de la Ley Jurisdiccional); c) Produce efectos ex tunc , originarios, lo que coloca a la norma anulada en una situación equiparable a la inexistencia, esto es, que la nulidad radical conlleva la pérdida de eficacia ex tunc (desde su origen), según el principio enunciado en los aforismos latinos " quod nullum est, nullum producit efectum" y " quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere"; d) Lo establecido en los artículos 64 a 67 de la Ley 30/1992 no es aplicable a los reglamentos, por lo que declarada nulo un plan urbanístico, no cabe la conservación o subsanación de sus actos y trámites (STS de 2 de marzo de 2016,rec. cas. 1626/2015).

Lo anterior constituye una doctrina jurisprudencial constante que reitera la STS de 21 de diciembre de 2016, rec. cas. 3662/2015 y que coincide con el asumido por otras Sentencias del Tribunal Supremo como las de 29 de abril de 2011 , rec. cas. 3625/2007, de 30 de junio de 2011 recs cas. 5831/2007 y 5883/2007 o la de 23 de febrero de 1998, rec. cas. 834/1992, en la que nos dice que: "Es claro que la anulación del Plan General...no es obstáculo sino todo lo contrario para la vigencia y ejecutividad de la legislación y normativa urbanística anterior y preexistente a dicho Plan que conserva toda su vigencia".

Por tanto, cabe entender que, el terreno afectados en los que se asentaba la finca, vuelva a tener la clasificación de suelo no urbanizable.

Por lo tanto, la posición jurisprudencial, hasta la fecha, es que el pronunciamiento de anulación del planeamiento urbanístico es de nulidad de pleno derecho, erga omnes y ex tunc, es decir, originarios, no siendo viables los principios de conservación y convalidación, y ello aunque no se trate de la nulidad de la totalidad del plan, sino de un precepto que ordena un ámbito, una modificación puntual.

Y siendo así, debemos compartir la posición sostenida por la Diputación Foral de Álava, cuyo planteamiento se ajusta a la posición doctrinal y jurisprudencial expuesta, en relación tanto con el alcance de la aprobación definitiva "condicionada", como de los efectos de los pronunciamientos de nulidad de las normas de planeamiento.

CUARTO.- Sin que proceda expresa imposición de las costas procesales causadas, al tratarse de una cuestión jurídica que se ha reconocido que tiene interés casacional objetivo, y está pendiente de resolverse.



La cuantía del procedimiento es indeterminada.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

QUE, DEBEMOS DESESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN PROCESAL DEL AYUNTAMIENTO DE IRUÑA DE OCA, CONTRA LA ORDEN FORAL NÚM. 162/2017 DE 7 DE JUNIO, DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA, DE DENEGACIÓN DE LA APROBACIÓN DEFINITIVA DE LA MODIFICACIÓN DE LAS NNSS DE IRUÑA DE OCA, EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LA STSJ PV NÚM. 139/2016 DE 31 DE MARZO DE 2016, DICTADA EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 711/2013, EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO R1-LS4 DE NANCLARES DE OCA; Y ORDEN FORAL NÚM. 280/2017 DE 10 DE OCTUBRE DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA DESESTIMATORIA DEL REQUERIMIENTO FORMULADO POR EL AYUNTAMIENTO DE IRUÑA CONTRA LA ANTERIOR OF NÚM. 162/2017, QUE DECLARAMOS AJUSTADAS A DERECHO.

SIN QUE PROCEDA EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES CAUSADAS.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de 30 días (Artículo 89.1 de la LRJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo 89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162 de 6 de julio de 2016, y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 1261 17, de un depósito de 50 euros, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.