



Roj: **STS 4548/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4548**

Id Cendoj: **28079130052022100195**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/12/2022**

Nº de Recurso: **405/2022**

Nº de Resolución: **1635/2022**

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

Ponente: **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ NA 517/2021,**
ATS 5595/2022,
STS 4548/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.635/2022

Fecha de sentencia: 12/12/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 405/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.NAVARRA SALA CON/AD

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 405/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1635/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Octavio Juan Herrero Pina, presidente

D. Carlos Lesmes Serrano



D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D.^a Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Fernando Román García

En Madrid, a 12 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 405/2022 interpuesto por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, representada por el procurador D. Noel de Dorremochea Guiot y defendida por el letrado D. Fulgencio Larumbe San Martín y por el AYUNTAMIENTO DE PUENTE LA REINA, representado por el procurador D. Ignacio Argos Linares, bajo la dirección letrada de D. Fernando-Isasi Ortiz de Barron, contra la sentencia nº 268/2021, de 11 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictada el procedimiento ordinario nº 392/2019, que anuló la aprobación definitiva del Plan General Municipal de Puente la Reina y su normativa urbanística, por vicios procedimentales. Ha comparecido como parte recurrida D. Virgilio, representado por el procurador D. Iñigo Muñoz Duran y defendido por el letrado D. José María Álvarez Moya.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso Administrativo Tribunal Superior de Justicia de Navarra dictó sentencia núm. 268/2021, de 11 de octubre, estimatoria del P.O 392/2019 interpuesto por D. Virgilio contra la resolución de la Directora General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de Navarra de la Orden Foral 100E/2019, de 28 de mayo, de la Consejera de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de Puente la Reina/Gares.

La Sala anula por vicios procedimentales el Plan General Municipal de Puente la Reina, considerando, en particular, que la omisión del informe de telecomunicaciones es determinante del vicio de nulidad. Toma en consideración, entre otros, la doctrina establecida en STS 25 de mayo de 2020, respecto a la nulidad del plan en su totalidad, por falta del informe preceptivo y vinculante de las redes de comunicaciones electrónicas.

SEGUNDO.El recurso de casación promovido por la parte.-

Frente a dicha sentencia, el asesor jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, y la representación procesal del Ayuntamiento de Puente La Reina, preparan recursos de casación frente a la mencionada sentencia, en los que razonan sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución impugnada.

El Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, considera infringidos, en lo que al presente auto interesa, el artículo 26.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, el artículo 14 de la CE y la Jurisprudencia relativa a que la emisión del informe después del trámite de información y antes de la aprobación definitiva del Plan General Municipal no determina la nulidad del instrumento de planeamiento, pues tal nulidad solo la produce la ausencia de informe.

Invoca, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, los previstos en los arts. 88.2.a), c) y g) LJCA.

La representación procesal del Ayuntamiento de Puente La Reina, considera infringidos, en lo que al presente auto interesa, el artículo 26.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y el artículo 35.2 de la Ley 19/2014, General de Telecomunicaciones, y el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, considerando que la sentencia incurre en infracción de los referidos preceptos por aplicarlos indebidamente, ya que, a diferencia de lo que entiende la Sala de instancia, existe informe favorable en materia de comunicaciones, por lo que no concurre causa de nulidad porque el informe sea posterior a la aprobación provisional pero antes de la definitiva, ya que tal nulidad solo la produce la ausencia de informe.

Invoca, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, los previstos en los arts. 88.2.a), b), c) y g) LJCA. Invoca además, de forma implícita el supuesto contemplado en el artículo 88.3 c) LJCA.

TERCERO.Admisión del recurso.-



Mediante auto de 13 de enero de 2022, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 6 de abril de 2022, acordando:

<< 1º) Admitir el recurso de casación nº 405/2022 preparados por el Letrado de la Comunidad Foral de Navarra y el Ayuntamiento de Puente La Reina, contra la sentencia de 11 de octubre de 2021 de la Sala de lo Contencioso Administrativo Tribunal Superior de Justicia de Navarra, estimatoria del P.O 1599/18.

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en **reafirmar, reforzar, complementar, y, en su caso, matizar, nuestra jurisprudencia sobre el alcance y consecuencias de la omisión del informe sectorial de telecomunicaciones en el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planificación urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas.**

3º) Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación, el artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, ello sin perjuicio de que la Sala de enjuiciamiento pueda extenderse a otras, si así lo exigiese el debate procesal finalmente trabado (art. 90.4 LJCA).

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala Tercera, a la que corresponde el enjuiciamiento del recurso con arreglo a las vigentes normas sobre reparto de asuntos.>>

CUARTO. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal de la Comunidad Foral de Navarra con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: <<1º) Que con estimación del presente recurso de casación se revoque y anule la sentencia impugnada con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida. 2º) Que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo ordene la retroacción de actuaciones al objeto de que el Tribunal de instancia entre a examinar del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en instancia. 3º) Y en consecuencia desestime el recurso contencioso-administrativo, procedimiento ordinario nº 392/2019, promovido por D. Virgilio contra la Orden Foral 100E/2019, de 28 de mayo, de la Consejera de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, por la que se aprueba definitivamente el PLAN GENERAL MUNICIPAL DE PUENTE LA REINA y su Normativa Urbanística conforme fue publicada en el BON de 6/9/2019, dada su plena conformidad al ordenamiento jurídico.>>

Por la representación procesal del Ayuntamiento de Puente La Reina se presentó escrito de interposición del recurso con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita y termina suplicando a la Sala: <<que, habiendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo, y previos los trámites pertinentes, dicte sentencia con a) Estimación del recurso de casación con anulación de la sentencia impugnada b) Devolución de los autos con retroacción de actuaciones al objeto de que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra resuelva el recurso en los términos en que quedó planteado el debate c) Desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirmación de la Orden Foral recurrida y normativa impugnada.>>

QUINTO. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la representación procesal de D. Virgilio , presentó escrito argumentando en contra del planteamiento de los recursos, suplicando a la Sala: <<Que tenga por formulado el presente ESCRITO DE OPOSICIÓN al recurso de casación interpuesto por la COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA y por el AYUNTAMIENTO DE PUENTE LA REINA, contra la sentencia nº 268/2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra de 11/octubre/2021, dictada en el P.O. nº 392/2019, para que, en su virtud, y previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de casación formulado de adverso, declarando la firmeza de la sentencia recurrida, con expresa condena en costas a la parte recurrente, y cuanto demás que proceda en Derecho.>>



SEXTO.- Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 29 de noviembre de 2022, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto del recurso y fundamento.

1. Sentencia impugnada y antecedentes. Se interpone el presente recurso de casación 405/2022 por la representación procesal de la Comunidad Foral de Navarra y por el Ayuntamiento de Puente La Reina, contra la sentencia 268/2021, de 11 de octubre, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la mencionada Comunidad Autónoma en el recurso 392/2019, que había sido promovido por D. Virgilio , en impugnación de la Orden Foral 100E/2019, de 28 de mayo, de la Consejería de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, por la que se aprueba definitivamente el Plan General Municipal de Puente la Reina/Gares, publicado en el Boletín Oficial de Navarra número 150, de 2 de agosto de 2019.

La sentencia estima el recurso y anula el mencionado Plan General conforme a los argumentos que se contienen, en lo que trasciende al presente recurso, en el fundamento séptimo, que para un mejor tratamiento de las cuestiones suscitadas en esta casación resulta conveniente su transcripción:

"En cuanto al informe de Telecomunicaciones, constan en el expediente a los documentos 47 y 97; en el primero se contiene informe a los efectos de lo establecido en el art 26.2 Ley General de Telecomunicación en relación con el PGOU indicándose como observaciones que el mismo no estaba alineado con la legislación vigente en la materia y en el segundo, emitido en febrero de 2019 con ocasión de la aprobación provisional de 28 noviembre 2018, se contiene informe a los efectos de lo establecido en el art 35.2 de la Ley General de Telecomunicaciones (texto de 2014), en la misma línea que el anterior, emitiéndose informe desfavorable en relación con la adecuación del PGOU a la normativa sectorial de telecomunicaciones. Concediéndose al Gobierno de Navarra, Servicio de Territorio y Paisaje plazo de un mes para remitir dicho instrumento urbanístico adaptado al ordenamiento legal vigente o para remitir alegaciones, y si se formularan alegaciones se emitiría un nuevo informe en el plazo máximo de un mes, con carácter vinculante, y si vuelve a no ser favorable, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial por urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones. Exactamente se decía esto el Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, emite informe de 25 febrero de 2019 en los siguientes términos:

""CONCLUSIONES: Analizado el instrumento de planeamiento urbanístico presentado, se comprueba que varios puntos del mismo no están alineados con la legislación vigente. La tabla siguiente establece una relación entre dichos puntos con las observaciones realizadas en el apartado 1 del presente informe(...)

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, se emite Informe Desfavorable en relación con la adecuación del PLÁN GENERAL MUNICIPAL DE PUENTE LA REINA/GARES (NAVARRA) a la normativa sectorial de telecomunicaciones.

"Las observaciones marcadas como vinculantes tienen consideración a los efectos contemplados en el mencionado artículo 35.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

"En consecuencia, el GOBIERNO DE NAVARRA SERVICIO DE TERRITORIO Y PAISAJE dispondrá de un plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de este informe, para remitir a este Ministerio dicho instrumento adaptado al ordenamiento legal vigente, o para, en su caso, remitir a este Ministerio sus alegaciones, motivadas por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial.

"En el caso de que se formulen alegaciones, este Ministerio, emitirá un nuevo informe en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones. Este nuevo informe tendrá carácter vinculante, de forma que si el mismo vuelve a ser no favorable, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones."

"Por el Servicio de Territorio y Paisaje se vuelve a pedir informe, en abril de 2019 con traslado de la documentación remitida por el ayuntamiento.

"Pues bien, no consta el cumplimiento de los indicados requerimientos ni en fin, el informe favorable de Telecomunicaciones antes de la aprobación definitiva; nos remitimos al contenido del mismo recogido en anteriores fundamentos. Y como ya se ha dicho, la jurisprudencia exige, en aplicación de la ley sectorial de telecomunicaciones, que los órganos encargados de la redacción de los instrumentos de planificación



territorial o urbanística que recabasen un informe estatal para determinar las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, añadiéndose que esos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones.

"Por la Administración se dice que la incorporación posterior a la aprobación provisional de los informes de la Dirección General de Telecomunicaciones carece de trascendencia invalidatoria al no ocasionar indefensión al recurrente y que han sido incorporados al expediente antes de la aprobación definitiva del Plan.

"Esta Sala no puede aceptar esta afirmación. No se constata la existencia de este informe y sin tan segura estaba la Administración de su incorporación siquiera posteriormente a la aprobación provisional pero antes de la aprobación definitiva no tenía más que haber indicado el concreto documento del farragoso expediente donde se contenía, cosa que no se ha hecho; y no obstante el esmerado estudio y la esforzada búsqueda por esta Sala del informe, este no está. No se trata sino de una mera alegación de parte, carente de cobertura jurídica, por un lado; en fin, la pretendida incorporación antes de la aprobación definitiva del Plan de tal informe esta huérfana de prueba fehaciente. Como se ha dicho, el último informe que consta en el expediente administrativo que se ha remitido a esta Sala, firmado electrónicamente el 25 de febrero de 2019, y no se aporta ningún otro como prueba documental, es desfavorable en relación con la adecuación del Plan General de Puente la Reina a la normativa sectorial de telecomunicaciones. La tesis de la Administración entonces ha de decaer, y siendo cierto que no se acaba de comprender la ausencia de un informe preceptivo no obstante el tiempo transcurrido hasta la aprobación definitiva, lo cierto es que no consta.

"Por lo demás, ninguna relevancia tiene la ausencia de indefensión para el actor, pues no estamos ante un supuesto de anulabilidad.

"Y a este respecto hemos de recordar la doctrina jurisprudencial dictada al respecto que se expresaría así (al hilo de esta cuestión, el TS desgrana la evolución de su jurisprudencia):

"" Es jurisprudencia constante y reiterada del TS la de que la presencia de vicios esenciales de forma o la omisión de trámites preceptivos en el iter procedimental de los planes urbanísticos o territoriales no sólo acarrea su nulidad de pleno derecho (art. 72.2 LJCA), sino que les afecta en su totalidad, consecuencia de la imposibilidad de salvar o conservar elementos de un plan cuando todo él estaría aquejado del vicio concurrente. En otras palabras, la omisión del estudio económico-financiero -a la que cabe equiparar, en sus efectos de invalidación, la formal presencia de un documento bajo ese nombre pero no merecedor legalmente de tal denominación- afecta al instrumento en su conjunto, no a las distintas partes sustantivas o temáticas que lo componen y que son racionalmente inseparables unas de otras, pues no cabe suponer, ni aun a los meros efectos dialécticos, que la ausencia del citado estudio pudiera conducir a una anulación sólo parcial, con conservación de fragmentos de éste pese a no contar, aisladamente considerados, con la menor previsión financiera de carácter concreto". El TS es consciente de que la existencia en la doctrina de dos tesis. Frente a la doctrina unitaria, para la cual cualquier defecto procedimental acarrea la nulidad radical, aparece la tesis gradualista o proporcional, según la cual, habrá de estarse a la entidad del vicio formal, a la hora de establecer los efectos de la declaración de nulidad, acercándolos más a las propias de la anulabilidad de los actos. De esta forma, se ha afirmado que el problema no es sino el reflejo de uno mayor, como es la aplicación estricta de la dualidad nulidad-anulabilidad en el derecho actual, categorías jurídicas que se consideran dignas de reconsideración. Se afirma que los Tribunales y la Administración deberían sopesar cuidadosamente los efectos de la declaración de nulidad de los planes, que puede tener graves efectos, apostando porque la declaración de la nulidad vaya acompañada de una valoración de los efectos sobre los actos de aplicación, por lo que el juez deberá tener en cuenta, junto al principio de legalidad, la existencia de otros principios (especialmente, los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y conservación) que le permitirán ponderar las consecuencias que, en su caso, produciría la declaración de nulidad del plan. ¿UN GIRO EN LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA? Con la entrada en vigor del nuevo modelo casacional, la Sección de Admisión de la Sala Tercera, procedió a dictar una serie de Autos, en los que la determinación de la cuestión que presentaba interés casacional objetivo versaba sobre el alcance y efectos de la declaración de nulidad de los Planes de urbanismo, lo que ha dado lugar al dictado de una serie de resoluciones que parecen abrir la puerta a un cambio en la tesis tradicional antes expuesta. LA SENTENCIA DE 4 de MARZO DE 2020 En el auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2019, (recurso 2560/2017) la cuestión de interés casacional a resolver era la siguiente: "En consecuencia, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA en relación con el artículo 90.4 de la misma, procede admitir el recurso de casación con base en el art. 88.2.c), d) y 88.3.c) LJCA , precisando que la cuestión que, entendemos, tiene interés casacional objetivo 8 para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el alcance de la nulidad de los instrumentos de planeamiento, singularmente cuando es consecuencia de la impugnación indirecta de los mismos -cuál es el caso aquí enjuiciado- y cuando la declaración de nulidad afecta realmente a una concreta determinación de dicho plan o instrumento, considerando que la anulación in totum de tales instrumentos de planeamiento



puede entrar en conflicto con el principio de seguridad jurídica - art. 9.3 CE - que exige que la anulación se circunscriba a las concretas determinaciones vinculadas con el acto de aplicación que sean consideradas contrarias a la legalidad". El citado recurso fue resuelto por la sentencia de 4 de marzo de 2020 en la que se contestaba a la cuestión lo siguiente: "Nada impide, atendida la vigente normativa y la jurisprudencia de esta Sala, concretar la nulidad de pleno derecho del artículo 62.2 ley 30/92, (hoy 47.2 ley 39/2015), en relación a un procedimiento de actuación urbanística, a las precisas determinaciones afectadas del vicio de nulidad de pleno derecho, y quedando a salvo aquellas determinaciones concretas del planeamiento que carezcan de las características de infracción relevante de nulidad, y sea posible su existencia escindida de las determinaciones nulas de pleno derecho". No obstante, la fijación de la citada doctrina, que supone introducir una matización importante sobre la postura tradicional, en el caso concreto examinado se afirma que "

"Por lo demás, y al margen de consideraciones doctrinales, señalar también que en el Auto de 11 de julio de 2019, se consideró que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consistía en determinar: *"si, atendidas las circunstancias del caso y la normativa que se predica infringida, resulta ajustada a Derecho la anulación de la disposición de carácter general objeto de litis."* Como puede observarse la fijación del interés casacional, en este caso tenía un carácter más general que exigía conocer cuáles resultaban ser las "circunstancias del caso". La nulidad del Plan venía motivada por la falta del informe preceptivo y vinculante de las redes de comunicaciones electrónicas, lo que según la sentencia de 25 de mayo de 2020 daba lugar a la nulidad del plan en su totalidad, al tratarse de un elemento básico y estructural que no permite acotación a un determinado contenido del plan ni por tanto nulidad parcial. En concreto señala la sentencia que *"Tampoco puede acogerse la alegación del Ayuntamiento de Boqueixón que considera desproporcionado que la sentencia de instancia otorgue un efecto de nulidad radical del PGOM, por la omisión del informe en cuestión, pues, como señala la Xunta de Galicia que desiste de tal motivo de impugnación en el escrito de interposición del recurso, tal alegación ya fue objeto de examen y desestimación en sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2019 (rec. 1605/2017), en que se refleja en los siguientes párrafos: "Olvida la administración recurrente cuando sostiene que la ausencia del informe no supondría la invalidez de todo el plan, no solo los contenidos del mismo que afectan a las telecomunicaciones, que el despliegue de las redes públicas de telecomunicaciones electrónicas sobre las que el informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo debe incidir, en los términos señalados en el artículo 35.2, constituye una de las determinaciones mínimas y que todo Plan General debe contener, por lo que su ausencia impide su aprobación. Si con lo hasta aquí expuesto no debe ofrecer cuestión que el despliegue de las redes públicas de telecomunicaciones electrónicas constituye, conforme ya adelantamos, una de las determinaciones mínimas de todo Plan General, consecuentemente ha de concluirse que sin esas determinaciones mínimas no se puede aprobar definitivamente tal instrumento de planeamiento. Pues bien, esa falta de determinación del despliegue de las redes públicas de telecomunicaciones es lo que ocurre en el supuesto de autos por falta de la solicitud del informe preceptivo, en cuanto mal puede afirmarse la existencia de determinación cuando el órgano competente para establecerla no ha podido pronunciarse sobre las propuestas en el proyecto del plan. Pero es que además carece de todo sentido que pueda entenderse aprobado definitivamente un plan general a excepción, como propugna la administración recurrente, de las determinaciones en materia de telecomunicaciones, y es que la incuestionable incidencia que la red de telecomunicaciones tiene en otras esferas del planteamiento, hasta el punto de que algunas de estas pueden verse condicionadas por aquella, impide considerar que los planes generales se aprueben definitivamente sin hallarse determinada el despliegue de dicha red."* Tras fijar esta doctrina, la Sala realiza una importante afirmación, al sostener que *"Ello no significa que no se valore la alegación de la parte en el sentido de que la declaración de nulidad del PGOM ha de ser proporcionada a la incidencia negativa sobre el mismo de la infracción apreciada"*, esto es, admite la posibilidad de la proporcionalidad de la declaración de nulidad en relación con la naturaleza y entidad del vicio formal detectado, si bien, en el caso enjuiciado concluye que *"en este caso esos efectos negativos no pueden acotarse y reducirse a determinado contenido del plan, al que pueda limitarse la declaración de nulidad, pues, contrariamente a las alegaciones de la parte y como se deduce de lo anteriormente expuesto, las determinaciones sobre redes públicas de comunicaciones electrónicas constituyen un equipamiento de carácter básico y su previsión en los instrumentos de planificación urbanística tiene naturaleza estructural, por lo que inciden en la configuración general del planeamiento, que resulta afectada por la omisión del informe en cuestión, por lo que su omisión determina la nulidad de plan."*

"De las sentencias que han afrontado el tema de los efectos de la declaración de nulidad de los Planes, la que lo ha hecho de forma más completa, es la sentencia de 27 de mayo de 2020. En el recurso de casación 6731/2018, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 25 de febrero de 2019, acordando:

"CONCLUSIÓN Como puede observarse de las recientes sentencias de la Sala Tercera en materia del alcance de los efectos de los vicios de forma en la elaboración de los planes de urbanismo, se ha producido una cierta evolución de la doctrina tradicional, que aplicaba con carácter general y cierta rigidez el principio de la



nulidad radical y total del plan impugnado. Pese a esta evolución, considero que las sentencias analizadas, esencialmente la de 27 de mayo de 2020, no rompen, con la doctrina tradicional, limitándose a matizarla para un supuesto concreto y específico, en el que la ausencia del informe podía dar lugar a una consecuencia limitada de nulidad, al referirse a un concreto, determinado y específico ámbito territorial (la zona costera). Sin embargo, la referida sentencia contiene afirmaciones, que no permiten a mi juicio, extrapolar la solución al conjunto de vicios formales en la elaboración de los planes, ni tampoco, puede servir de apoyo para degradar la importancia del procedimiento de elaboración de los planes. La sentencia continúa afirmando, pese al debate doctrinal, la condición de disposiciones generales de los planes y la permanencia de las categorías jurídicas de nulidad y anulabilidad. Se resalta la importancia de los vicios de procedimiento y se reputa el plan como un todo armónico, cuyas determinaciones no pueden modificarse sin alterar el equilibrio de la ordenación que contiene. Debemos estar a cada supuesto concreto para evaluar si el avance que supone estas sentencias, son o no aplicables, lo que indudablemente introduce un cierto factor de inseguridad, si bien, atendiendo a la práctica, se puede concluir que las causas de nulidad de la mayoría de los planes, cuyo dictado ha provocado un cierto estado de alarma, han venido provocadas, como ya dijimos al inicio de este trabajo, por defectos, cuya apreciación será complejo que puedan permitir una nulidad parcial, me estoy refiriendo a la ausencia de evaluación ambiental, a la falta de incorporación de la documentación económica del Plan o, a la ausencia de constatación de recursos hídricos suficientes. Incluso en el caso de algunos informes, cuya trascendencia general puede resultar más discutible, por ejemplo el informe en materia de telecomunicaciones, la solución pasa por la consideración del mismo como un elemento estructural del Plan. En definitiva, la gran novedad se contiene en el siguiente razonamiento, la regla general es la declaración de nulidad del Plan, en la medida en que esa declaración de nulidad no puede hacerse por áreas o por sectores sin que se vean afectados los restantes en las determinaciones generales que comporta la potestad del planeamiento, ahora bien, cuando pueda individualizarse una concreta zona o sector, o unas concretas determinaciones de igual naturaleza, que tenga un grado de individualización tal que sus determinaciones no afecten al resto del territorio planificado, nada impide que pueda limitarse la declaración de nulidad a esa zona o zonas concretas. En qué supuestos pueda individualizarse una concreta zona o sector, o unas concretas determinaciones de igual naturaleza, sigue siendo un interrogante que sólo la resolución del caso nos permitirá responder".

"Se trae a colación lo anterior, pues si bien las partes no plantean la nulidad parcial del plan, sirve para concluir que, el vicio es de nulidad, no entra en juego la pretendida indefensión del interesado, y también la omisión del informe de telecomunicaciones es determinante como vicio esencial de la nulidad. En fin la cuestión no es pues, si el recurrente ha sufrido o no indefensión, puesto que formulo alegaciones en algún momento, ni siquiera si lo hubiera sido en la fase formal de información pública, sino si la infracción cometida ha impedido alcanzar el fin propuesto con el trámite omitido, que es el de la elaboración de las normas con la más amplia participación ciudadana en este sentido también la STSJ PV de 25 de mayo 2020.

"En esta medida entonces, se ha de estimar el recurso contencioso por concurrir los vicios procedimentales arriba expuestos, lo que hace innecesario examinar las cuestiones de fondo referidas a las determinaciones del Plan."

2. Preparación y admisión. A la vista de la decisión y fundamentos de la sentencia de instancia se prepara el presente recurso por la Administración foral y municipal, que fue admitido a trámite, como ya se dijo, estimándose que la cuestión que suscita interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia es "reafirmar, reforzar, complementar, y, en su caso, matizar, nuestra jurisprudencia sobre el alcance y consecuencias de la omisión del informe sectorial de telecomunicaciones en el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planificación urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas." A tales efectos se consideran que debe ser objeto de interpretación, entre otros que se consideren procedentes, el artículo 35-2º de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT).

3. Fundamentos de la interposición del recurso de la Administración Foral. En el escrito de interposición del recurso se aduce por el Letrado foral, tras reseñar los antecedentes de la aprobación del Plan impugnado, en primer lugar, que se vulnera el artículo 319 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto se considera que la Sala de instancia, en su sentencia --de ahí que no se pudieran invocar con anterioridad la vulneración de los referidos preceptos procesales-- realiza una valoración de la prueba documental pública existente en autos contrariando los criterios legales para dicha valoración dado que, a juicio del letrado autonómico, consta en el expediente el informe a que se refiere el artículo 35-2º de la LGT, por lo que no puede apreciarse el vicio formal que motiva la decisión de la Sala de instancia.

Se aduce en segundo lugar que la sentencia de instancia vulnera el antes mencionado artículo 35-2º de la mencionada Ley, por cuanto la misma Sala sentenciadora acepta que se emitió el informe que impone el precepto, sin perjuicio de que lo fuera una vez efectuada la aprobación provisional y antes de la aprobación



definitiva, lo cual se considera cumple la exigencia legal del trámite que justifica la estimación del recurso en la instancia. En este sentido se invoca la jurisprudencia de esta Sala de la que se deja cita concreta.

Finalmente se reprocha por la defensa foral a la sentencia recurrida la vulneración del principio de igualdad, reconocido como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución, al considerar que la interpretación y decisión de autos difiere de lo declarado para supuestos similares por esta Sala Tercera en relación con la validez de los informes emitidos después de la aprobación provisional y antes de la aprobación definitiva; criterio que también ha sostenido la misma Sala de Navarra.

4. Fundamentos de la interposición del recurso por el Ayuntamiento. Se opone por la defensa municipal a los argumentos de la sentencia, en primer lugar, que, en el mismo sentido argumentado por la defensa foral, la Sala sentenciadora desconoce que el referido informe a que se refiere la LGT consta en autos y se identifica en el expediente, aportándose con el escrito de interposición. En segundo lugar y también acorde con lo argumentado por la defensa foral, se considera que la Sala de instancia vulnera el mencionado artículo 35-2º, por cuanto se rechaza que el cuestionado informe pueda ser aportado al procedimiento de elaboración del plan una vez se haya producido la aprobación provisional y antes de que se acuerde la aprobación definitiva. Finalmente se aduce que la sentencia de instancia, en realidad, incurre en un vicio de incongruencia extrapetita, por cuanto la omisión del pretendido informe de la LGT no fue alegada por el recurrente en la instancia, siendo acogido por la Sala sentenciadora sin haber procedido, como era obligado, al trámite de audiencia que impone el artículo 33 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En este sentido se sostiene que, en la demanda rectora del proceso, lo aducido fue que el mencionado informe fue aportado extemporáneamente, tras la aprobación provisional, pero nunca se cuestionó que no existiera el mismo, que es lo que acoge la sentencia. Conforme a tales argumentos, en especial el último, lo que se termina suplicando es que, fijándose como doctrina la consecuente a los fundamentos aducidos, se proceda a anular la sentencia de instancia y se dicte otra en que se desestime el originario recurso o, de manera subsidiaria, que se declare la nulidad de actuaciones para que por la Sala de Navarra se dicte nueva sentencia conforme a lo concluido.

5. Oposición al recurso. Ha comparecido para oponerse al recurso la defensa del originario recurrente que en su argumentación recuerda que ya en la demanda se adujeron varios motivos de nulidad que no han sido examinados por la sentencia, por haberse acogido el primero de los aducidos, estando pendientes de resolverse los otros. Como principal fundamento de la oposición se aduce que la naturaleza del recurso de casación impide poder cuestionar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, sin que sea admisible cuestionar los hechos de que se parte en la sentencia recurrida de que no constaba dicho informe en el expediente, resultando inoportunas o insuficientes las razones que se dan por la defensa municipal en el escrito de interposición con la aportación incluso del pretendido informe que se cuestiona.

SEGUNDO. Delimitación del objeto del debate.

De conformidad con lo establecido en el artículo 93 de nuestra Ley procesal y acorde al orden de los pronunciamientos que se nos impone, debemos proceder, en primer lugar, a examinar la cuestión casacional delimitada en el auto de admisión en relación a la interpretación de los preceptos a que la misma se refiere; para, en un momento posterior y en función de esa respuesta, examinar la pretensión accionada en este recurso que, como cabe concluir de lo alegado y suplicado por las Administraciones recurrentes, se refiere a declarar haber lugar a la presente casación, desestimar el originario recurso y confirmar el Plan aprobado en la resolución impugnada.

Ahora bien, como ya hemos visto en relación con la delimitación casacional, la fundamentación de la sentencia recurrida e incluso los argumentos de las partes recurrentes, es obligada hacer alguna aclaración.

En efecto, la cuestión casacional ya sabemos que se refiere a determinar el alcance y consecuencias de la omisión del informe sectorial de telecomunicaciones en el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planificación urbanística que afecten al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas. Y como quiera que este Tribunal Supremo ya ha examinado dicha cuestión en varias sentencias, el cometido que se nos impone es, en su caso, el de reafirmar, reforzar, completar o matizar esos pronunciamientos. Pues bien, es cierto que la sentencia recurrida, como se ha visto en su transcripción anterior, hace un completo examen de la jurisprudencia de este Tribunal al respecto, recogiendo los últimos pronunciamientos, a la fecha de la decisión, de esta Sala.

Ahora bien, cabe concluir de los argumentos de la sentencia y se hace ver por la parte recurrida, que la decisión de instancia no está referida a una omisión de dicho informe, sino que el fundamento de la decisión tiene peculiaridades que hace que ese debate quede, cuando menos, distorsionado. Por otra parte y aun cuando las partes recurrentes hayan reconducido el debate a la pretendida vulneración del ya mencionado artículo 35-2º de la LGT, es lo cierto que toda la polémica se centra en una valoración de la prueba, porque el reproche que se hace a la Sala sentenciadora es no haber apreciado que en el expediente consta el discutido informe que



impone el precepto, y es ficticia la argumentación sobre si la Sala sentenciadora consideró improcedente la aportación extemporánea del informe entre la aprobación provisional y la definitiva, porque nada se sostiene en la argumentación de la sentencia sobre esa cuestión. Incluso la defensa municipal trae a esta casación una pretendida incongruencia de la sentencia al no haber acudido al planteamiento de la tesis, porque se considera que el motivo acogido por la Sala territorial para decretar la nulidad del Plan no había sido expresamente invocado por la parte recurrente en la instancia, admitiéndose que se había aportado después de la aprobación provisional. Todas esas cuestiones, que son las que, como decimos, se aducen por las partes recurrentes, es lo cierto que están desvinculadas de la cuestión casacional que se suscitaba en el escrito de preparación del recurso de casación.

En efecto, como cabe concluir de lo razonado en los primeros párrafos del fundamento transcrito de la sentencia de instancia, lo que se reprocha a la aprobación del Plan por la Sala sentenciadora, no es que no se hubiese emitido el referido informe, esto es, que se hubiera omitido el trámite. La cuestión es más grave. Lo que concluye la Sala sentenciadora es que informe hubo, pero que dicho informe no solo fue desfavorable, sino que se apercibió a las Administraciones que en la tramitación del Plan debían proceder a la corrección de las observaciones que se pusieron de manifiesto en el mismo; con el expreso mandato de que debían remitir una nueva propuesta con las modificaciones, en palabras de la sentencia, transcribiendo lo que consta en el expediente, que " *el GOBIERNO DE NAVARRA SERVICIO DE TERRITORIO Y PAISAJE dispondrá de un plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de este informe, para remitir a este Ministerio dicho instrumento adaptado al ordenamiento legal vigente, o para, en su caso, remitir a este Ministerio sus alegaciones, motivadas por razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial. En el caso de que se formulen alegaciones, este Ministerio, emitirá un nuevo informe en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de las alegaciones. Este nuevo informe tendrá carácter vinculante, de forma que si el mismo vuelve a ser no favorable, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que se refiere al ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones.*"

Y ante tan claros términos sobre el contenido del informe emitido, lo que concluye la Sala de instancia es que esa nueva remisión, con las correcciones oportunas a las deficiencias apreciadas, no fue cumplimentado. Es decir, conforme a lo concluido por la Sala sentenciadora, no es que se omitiese el informe, sino que emitido y apreciadas irregularidades en el Plan propuesto, que debían ser corregidas, no lo fueron, lo que equivale pura y simplemente a que el Plan se aprobó, no con la ausencia del informe preceptivo y vinculante, sino de forma contradictoria con el informe emitido; es decir, no es que el Plan se aprobara con ausencia del informe, sino que se aprobó en contradicción con lo informado.

Bien es verdad que el debate que ahora se suscita en el recurso por las Administraciones recurrentes es que ese subsiguiente informe sí fue emitido antes de la aprobación definitiva, pero no lo considera probado la Sala de instancia. En el razonar de la sentencia "No se constata la existencia de este informe y sin tan segura estaba la Administración de su incorporación siquiera posteriormente a la aprobación provisional pero antes de la aprobación definitiva no tenía más que haber indicado el concreto documento del farragoso expediente donde se contenía, cosa que no se ha hecho; y no obstante el esmerado estudio y la esforzada búsqueda por esta Sala del informe, este no está. No se trata sino de una mera alegación de parte, carente de cobertura jurídica, por un lado; en fin, la pretendida incorporación antes de la aprobación definitiva del Plan de tal informe esta huérfana de prueba fehaciente".

Es cierto, como ya antes se dijo, al hilo de lo invocado por las partes en la instancia, que la Sala territorial se vio en la necesidad de salir al paso de la invocada mera anulabilidad del defecto formal y, tomando como punto de partir la objeción sobre la falta de indefensión, es cuando se hace la exposición razonada sobre la naturaleza de las causas de ineficacia de los defectos formales de los planes de ordenación, conforme ya se ha expuesto en la transcripción de la sentencia. Pero no fue esa la causa decidendi y esa exposición constituye un mero obiter dicta que solo tangencialmente afectaba al debate, porque, ha de insistirse, en el caso de autos no es que se admitiese la ausencia del informe preceptivo, sino que, existiendo, se aprobó el Plan de manera contradictoria a lo informado.

De lo expuesto debemos concluir que la cuestión casacional no se corresponde con el debate que se suscita en la instancia y ello es así hasta tal punto que las consideraciones que se hacen por la Sala territorial en relación a los defectos de tramitación y la excursión que se hace por la Jurisprudencia de este Tribunal, se abstrae del concreto informe de autos y se hace una formulación abstracta y acorde a dichos pronunciamientos, lo cual solo podría llevarnos a suscribir cuanto se razona en la sentencia de instancia a los efectos de la cuestión casacional.

Y es que, en definitiva y como conclusión de los anteriores razonamientos, todo el debate que las partes recurrentes suscitan en este recurso de casación, pese a la invocación de la relación de preceptos invocados en la interposición, es, en pura técnica jurídica, una cuestión sobre valoración de las pruebas, que si ya estaba



limitada en la anterior regulación del recurso de casación, en la regulación actual dicho debate, por la propia naturaleza y finalidad de este recurso extraordinario que el Legislador le ha querido conferir, deja al margen del debate casacional toda cuestión sobre valoración de la prueba. Que ello es así lo pone de manifiesto el artículo 87-bis de la Ley Jurisdiccional que excluye del recurso "las cuestiones de hecho"; lo cual es acorde con la nueva configuración del recurso de casación que se regula en la Ley ya que, como hemos declarado reiteradamente (por todos, autos de 9 de marzo de 2018 y de 17 de junio de 2017, dictados en recursos de queja 681/2017 y 273/2017, respectivamente) dejando fuera del interés casacional, que constituye el presupuesto del recurso, aquellas cuestiones casuísticas y particulares que resultan irrelevantes para la formación de la jurisprudencia que se nos impone. Y buen ejemplo de ello es el caso de autos en el que, cuestionándose la valoración que el Tribunal de instancia ha realizado de la prueba obrante en autos, se ha pretendido engarzar el debate sobre una cuestión propiamente material como es, no ya la incidencia de los informes sobre redes de telecomunicaciones en la elaboración de los instrumentos del planeamiento, sino sobre la incidencia que tienen los defectos de procedimiento en la elaboración de tales instrumentos, cuando, como ya se ha visto, ni fue ese el debate suscitado ni la razón de decidir de la sentencia recurrida que, por lo demás, deja constancia de lo que constituye la jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal al respecto y sobre la que no podríamos hacer declaración alguna en torno a dicha fijación jurisprudencial.

Las razones expuestas comportan la declaración de no haber lugar al recurso de casación.

TERCERO. Costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 93.4º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

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

No ha lugar al presente recurso de casación 405/2022, interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra y el Ayuntamiento de Puente La Reina, contra la sentencia 268/2021, de 11 de octubre, dictada en el recurso 392/2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la mencionada Comunidad Autónoma, mencionada en el primer fundamento; sin hacer especial imposición de las costas de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.