

¿UN GIRO JURISPRUDENCIAL SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LOS VICIOS DE FORMA EN LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LOS PLANES DE URBANISMO?

César Tolosa Tribiño. Magistrado Sala Tercera del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

El 7 de junio de este año, un medio digital encabezaba una información con el siguiente titular “El Gobierno aprobará este año una medida para evitar que la anulación parcial de un plan urbanístico lo tumbe por completo”. Dentro de la información, se afirmaba que “El Gobierno quiere aprobar este año una ley para evitar las anulaciones totales de un plan urbanístico cuando los tribunales declaren ilegal alguna de sus partes. Es decir, pretenden que se pueda subsanar un detalle concreto anulado por los jueces sin que se tenga que derogar en su totalidad el planeamiento y empezar desde cero”.

Se da cuenta igualmente de dos de las causas más frecuentes de la declaración judicial de los planes: “Casi un centenar de planes urbanísticos han sido anulados judicialmente en los últimos años por este mismo motivo, no justificar la disponibilidad de recursos hídricos”, “Un número similar de planes han sido tumbados por no llevar a cabo una previa evaluación ambiental estratégica”.

Una iniciativa de similar naturaleza, que, conforme a la anterior información periodística, pretende ser rescatada, al menos en su esencia, por el actual Gobierno, se contenía en Proposición de Ley, bajo el título de “medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística”, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del 15 de octubre de 2018.

La Exposición de Motivos de tal proposición afirmaba que “De esta forma solo son nulas de pleno derecho las normas que contienen los instrumentos de ordenación territorial y urbanística cuando incurran en alguno de los vicios referidos en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Mientras que las determinaciones no normativas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, como cualquier acto, serán nulas o anulables conforme a lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo

común y la específica aplicable. Es decir, se permite que en las determinaciones no normativas se aplique el concepto de acto administrativo en su naturaleza y por ende, la anulabilidad como regla general, con sus beneficios de conversión, conservación, subsanación, convalidación o nulidad parcial. Se conservarán, en todo caso, los actos firmes y consentidos que se hubieren dictado en aplicación del instrumento, antes de que su anulación alcance efectos generales conforme a lo dispuesto en los artículos 106.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas y 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Incluso cuando se trate de las normas, es decir, la parte de los instrumentos con condición de disposición de carácter general, la nulidad podrá ser parcial cuando el vicio afecte solo a determinados preceptos de la disposición o a una parte de su ámbito de aplicación, o a un área territorial específica.

Se permite, igualmente, que la invalidez de un instrumento de ordenación territorial y urbanística no afecte, por si sola, al resto de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanística que lo hayan desarrollado, que serán considerados independientes a los efectos previstos en el art. 49.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas”.

La concreción de esta nueva filosofía se contenía en el art. 55 de la Proposición, cuando, al tratar de la nulidad y anulabilidad de los planes, establecía que “Serán nulas de pleno derecho las normas que incorporen los instrumentos de ordenación territorial y urbanística cuando incurran en alguno de los vicios referidos en el artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. No obstante, la nulidad será parcial cuando el vicio afecte solo a determinados preceptos de la disposición o a una parte de su ámbito de aplicación, o a un área territorial específica”. En consecuencia, la nulidad puede ser parcial, lo que implicaba, que el Juez no sólo puede, sino que debe concretar en el fallo de su sentencia el alcance de la nulidad declarada, tanto en lo normativo, como en lo territorial, conforme a la nueva redacción que se proponía del art. 71.3 de la Ley de la Jurisdicción.

Sirve esta introducción, para situar adecuadamente el debate acerca del contenido de este trabajo, que trata de indagar, a la luz de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, en si se ha producido un giro en la tradicional doctrina jurisprudencial, en relación con los efectos de la concurrencia de vicios formales en la tramitación de los planes de urbanismo, como desde numerosos sectores doctrinales se venía reclamando y en sintonía con los proyectos pasados y, parece, que futuros del Gobierno, o, si por el contrario, se mantiene, en lo fundamental tal doctrina, si bien incorporando alguna matización de indudable trascendencia.

LA POSICIÓN TRADICIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ACERCA DE LOS EFECTOS DE LOS DEFECTOS DE FORMA EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PLANES DE URBANISMO.

En el origen del problema se encuentra la doctrina que establece la nulidad radical, como consecuencia jurídica derivada los vicios de naturaleza formal, lo que provoca la necesidad de iniciar desde el origen la tramitación del procedimiento del plan anulado, consecuencia que deriva de la consideración de los mismos, como disposiciones reglamentarias de carácter general.

En efecto, tanto parte de la doctrina como la jurisprudencia, ésta de forma constante y reiterada, se ha venido considerando a los planes urbanísticos como normas jurídicas de carácter reglamentario, si bien se han seguido manteniendo posiciones diferentes, desde quienes han defendido que el plan urbanístico tiene naturaleza de acto administrativo de carácter general, hasta los que defienden que tiene una doble naturaleza, en parte normativa y en otra parte no normativa, etc.

Ya en la STS de 20 de abril de 1990, (RJ 1990\3614), se afirmó, con una doctrina posteriormente reiterada de forma unificada, que “Conforme a jurisprudencia reiterada y uniforme del Tribunal Supremo, los Planes Urbanísticos, no obstante su complejidad de contenido, merecen -como institución jurídica- la calificación de acto fuente de Derecho objetivo, es decir de normas jurídicas, y más precisamente, de normas con rango formal reglamentario, constituyendo el planeamiento urbanístico en su conjunto un auténtico sistema normativo gradual y coordinado de integración y desarrollo de la Ley del Suelo, particularizándola a supuestos espaciales concretos, de forma que los

Planes están subordinados a dicha Ley y no pueden rebasar los criterios mínimos inderogables de su ordenación”.

El problema de la naturaleza jurídica de los Planes, no se plantea desde una perspectiva teórica, sino en cuanto de su caracterización van a depender cuatro variables importantes: a) los efectos de la declaración de nulidad, b) la posibilidad de utilizar las técnicas de la convalidación y conservación propia de los actos administrativos, c) la extensión espacial de la declaración de nulidad cuando la impugnación no afecte a todo el territorio objeto del planeamiento y, d) los efectos de las sentencias sobre las disposiciones y actos dictados en ejecución del plan declarado nulo.

A partir de tal caracterización como disposiciones generales, se ha sostenido que tanto la Ley, como la jurisprudencia, han reservado para las infracciones formales, el máximo grado de invalidez previsto por nuestro ordenamiento jurídico, la declaración de nulidad de pleno derecho, sin discriminar, a diferencia de lo que ocurre con los actos entre la trascendencia e intensidad de los vicios formales, dado que la doctrina judicial sigue la doctrina unitaria, según la cual, cualquier infracción formal determina tal nulidad radical, con efectos *ex tunc*.

En este sentido la STS de 23 de septiembre de 2003, señala que <<la nulidad de las disposiciones de carácter general es siempre radical o de pleno derecho>>, aclarando la sentencia de 2 de marzo de 2016 que <<se trata de una nulidad de pleno derecho, independientemente de si son vicios de forma o de fondo los que han determinado la anulación>>.

Por otra parte y sobre la posibilidad de convalidación o subsanación de los defectos formales de los planes, la STS de 8 de abril de 2010, Recurso de casación 1325 / 2006 , afirma que "Esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la posibilidad de convalidación y ratificación de actos administrativos, declarando que se pueden convalidar los actos anulables pero no los ya anulados, porque estos han desaparecido del mundo jurídico, ya no existen, lo que impide su ratificación o convalidación, que requiere, para volver a producirse de nueva y distinta tramitación administrativa..." . consecuentemente a) los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, esto es, son normas con rango reglamentario, de modo que no puede resultar de aplicación el artículo 67 de la Ley 30/1992 y b) los vicios de los que adolecen las disposiciones

generales son vicios de nulidad plena, respecto de los cuales carece de fundamento la convalidación, pues no se trata de un simple supuesto de anulación sino de nulidad con efectos ex tunc”.

Respecto de las consecuencias de la declaración de nulidad y la posible pervivencia o conservación de determinados trámites del procedimiento de elaboración del plan, la sentencia de 28 de septiembre de 2012, afirma que: "Ciertamente cuando se declara judicialmente la nulidad de unas concretas determinaciones del plan general, de algunas de sus normas, la aprobación posterior, en ejecución de sentencia, de una justificación, que pretende paliar esa ausencia de explicación en el procedimiento de elaboración de la disposición general, no puede considerarse que cumple y ejecuta la sentencia que declara la nulidad de una parte del plan general. Así es, no se puede subsanar, enmendar, o convalidar el plan nulo. Tampoco pueden conservarse los acuerdos de aprobación definitiva y otros que se mantienen como si las determinaciones del plan no hubieran sido declaradas nulas de pleno derecho." Añadiendo que: “La retroactividad de los actos invocada por la Administración para salvar los trámites del procedimiento de elaboración de la disposición general, incluida la aprobación definitiva, no encuentra amparo en la retroactividad que cita el artículo 67.2 de la Ley 30/1992 , pues la elaboración de un complemento de la memoria para justificar ahora lo que se debió de justificar al elaborar el plan y cuya ausencia acarreó su nulidad, no puede alterar los efectos de la nulidad plena declarada judicialmente. No puede, en definitiva, servir de cobertura para conservar el procedimiento de elaboración de una norma reglamentaria, incluida su aprobación definitiva, tras la nulidad declarada por sentencia firme de sus normas, la aplicación de la retroactividad de los actos administrativos”.

LA DISCORDANCIA ENTRE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD PARCIAL DE UN PLAN Y LA ALEGACIÓN DE VICIOS FORMALES CUYA CONCURRENCIA AFECTA A LA TOTALIDAD DEL MISMO

Un problema que se ha planteado y que pone de relieve la rigidez de la postura tradicional, es el de determinar el alcance de la declaración de nulidad de un Plan, en los supuestos en los que la parte limita su impugnación a concretas determinaciones del mismo, pero sin embargo alega motivos de carácter formal que, de estimarse, deberían dar lugar a la declaración de nulidad del plan en su totalidad.

Este es el supuesto resuelto por el Auto de 27 de abril de 2015 (doctrina reiterada en el auto de 24 de febrero de 2016), en el que por parte de un Ayuntamiento se promovió incidente de nulidad de actuaciones en el que se imputaba a la sentencia que incurría en incongruencia *ultra petita*, con consiguiente indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española), por haber declarado la nulidad de la aprobación definitiva del Texto Refundido del Plan Especial de Protección Patrimonial de Sabadell, por insuficiencia del estudio económico financiero, cuando la pretensión del demandante no alcanzaba sino a aspectos parciales del mismo.

Según el Auto, “La razón por la que se supone la presencia de ese vicio de incongruencia excesiva es que nuestra sentencia, al resolver el recurso contencioso-administrativo en tales términos, otorga al recurrente más de lo que había pedido en el suplico de su demanda, pues a juicio del Ayuntamiento, la pretensión de anulación no lo fue de la totalidad del Plan Especial de Protección Patrimonial de Sabadell (PEPPS) - que es lo que hemos declarado en el punto segundo de nuestro fallo-, sino sólo, en su petición principal, de la parte referida a la protección del patrimonio natural”,

La Sala desestima el incidente y concluye que: “Es jurisprudencia constante y reiterada de este Tribunal Supremo -que por su consolidación en el tiempo y el sobrado conocimiento que de sus términos deben tener las partes, nos exime de la cita de concretas sentencias- 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, como la Sentencia resaltó- afecta al PEPPS 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 del PEPPS, con conservación de fragmentos de éste pese a no contar, aisladamente considerados, con la menor previsión financiera de carácter concreto”.

LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA: LA TESIS UNITARIA Y LA TESIS GRADUALISTA

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

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 “Ya no con carácter general y en abstracto, sino en concreto, y en el presente caso, la pretensión del Ayuntamiento recurrente no puede prosperar, pues las determinaciones cuya ilegalidad acepta, no son determinaciones escindibles de la nulidad en la que incurre la Modificación Puntual y el Proyecto de Reparcelación”, esto es se declara la nulidad absoluta de conformidad con la motivación de la Sala de instancia, motivación que no es objeto de análisis, al suponer la aplicación de legislación autonómica.

Las reacciones a esta sentencia por parte de la doctrina no se hicieron esperar. El Profesor Chinchilla Peinado, titulaba su comentario “Un pequeño paso para el Tribunal Supremo, un gran salto para el derecho urbanístico. La limitada restricción del alcance de la nulidad de los planes urbanísticos en la STS de 4 de marzo de 2020 y recogía, la opinión de otros autores, señalando que “Esta solución casuística ha sido calificada bien como una «rectificación tímida» e «insuficiente» (Fernando Renau Faubell), bien como una verdadera «revolución» en el urbanismo (Diego Gómez Fernández), que propicia el «fin de la nulidad radiactiva» de los planes (Ander de Blas Galbete)”.

LA SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2020

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.”

LA SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2020

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:

<<1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 6731/2018 preparado por las representaciones procesales de la de la Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Yaiza y la mercantil “YUDAYA S.L frente a la sentencia nº 103/15 - 14 de mayo- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria por la que, con estimación parcial del procedimiento ordinario nº 227/17 interpuesto por la Abogacía del Estado en la representación legal que le es propia, se declara nulo el Plan General de Ordenación Supletorio de Yaiza (Lanzarote), BOC nº 152/2014 de 26 de noviembre) con alcance parcial referido a la parte que incide sobre el dominio público marítimo terrestre y sus zonas de servidumbre, con retroacción del procedimiento a momento oportuno a fines de que se solicite y emita el informe previsto en el artículo 117.2 de la Ley 22/1988 de 28 de julio, de Costas.

2º) Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste 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.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los arts. 112 y 117.2 de la Ley 22/1988 de 28 de julio, de Costas; arts. 205.3, 210.2 y 210.4.a) del RD. 1471/1989 de 1 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y art. 83.4 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso”.

Antes de entrar a analizar diferentes aspectos, a los que luego haremos referencia, recuerda la sentencia que la misma Sala y Sección ha tenido oportunidad de examinar en recientes sentencias cuestiones, similares a las de autos, en los que se cuestionaba precisamente la incidencia que sobre los Planes comportaba la omisión de los informes de la Ley de Costas,(la 1512/2018, de 18 de octubre, dictada en el recurso de casación 2621/2017 (ECLI:ES:TS:2018:3624); a la que se remiten las ulteriores sentencias 31/2020, 17 de enero de 2020, dictada en el recurso de casación 3665/2017 (ECLI:ES:TS:2020:155) y la más reciente sentencia 63/2020, de 23 de enero, dictada en el recurso de casación 1136/2017 (ECLI:ES:TS:2020:154), poniendo de relieve que, sin embargo, existe una diferencia sustancial entre tales supuestos y el que es objeto de la sentencia que examinamos, en cuanto, en esta, al contrario de las anteriores, la declaración de anulación: a) se vincula a una pretendida anulación del procedimiento que, como también se dijo, lleva a limitar la declaración de anulación al procedimiento, con retroacción del mismo para que se emitan los informes y b) contiene la peculiaridad de que la declaración de nulidad, no lo es de todo el Plan, sino exclusivamente de una determinada zona.

A continuación, la sentencia entra a resolver todos los aspectos más controvertidos y problemáticos existentes en esta materia, análisis que trataremos de estructurar, para una mejor comprensión.

La trascendencia de los vicios de forma en la elaboración de los Planes de urbanismo.

El primer razonamiento de la sentencia de instancia, considera que, tratándose de un vicio formal, el Plan es anulable, esto es, que, no siendo nulo de pleno derecho, tal vicio procedimental, puede ser subsanado con retroacción de las actuaciones.

Por el contrario, para el Tribunal Supremo, que se hace eco de la polémica existente en torno a la declaración de nulidad de los planes, los defectos de procedimiento, no son un problema meramente formal, sino que pueden tener una gran incidencia en el contenido del planeamiento, como ocurre en el caso enjuiciado, “lo que subyace en el trámite omitido es nada menos que la eventual afectación del planeamiento sobre el dominio público marítimo terrestre”, esto es, “no se trata de un mero formalismo que deba

relativizarse a los efectos del examen de legalidad y eventual declaración de nulidad, habida cuenta de que lo pretendido por el Legislador, con el trámite impuesto en el artículo 117.1º de la Ley de Costas, es un trámite tan obvio y necesario cual es la emisión de un informe preceptivo antes de la aprobación definitiva de un instrumento del planeamiento, cuando el mismo proceda a la ordenación del litoral, para salvaguardar el dominio público marítimo terrestre por la Administración que tiene encomendada dicha protección, a la vista de que incide sobre él dicha planificación”.

En definitiva, la sentencia continua la línea jurisprudencial, según la cual, y como señala la sentencia de 13 de noviembre de 2000, la elaboración de las disposiciones generales «constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105.1 y regulado con carácter general en el artículo 24 CE (sic), y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter *ad solemnitatem*, de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento, que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra la nulidad de la disposición que se dicte.».

En tal sentido, cuando se alude a la trascendencia de la inobservancia de los trámites formales, se está haciendo referencia a una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de los planes, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino por la finalidad a que responden.

Podemos, pues, concluir que la observancia de los requisitos formales en el procedimiento de elaboración de los planes tiene una relevancia fundamental, en cuanto constituye una garantía para la legalidad, acierto y oportunidad de la disposición y hace posible el control judicial.

La naturaleza jurídica de los Planes de urbanismo

Sobre esta cuestión, la sentencia es concluyente cuando señala que “Conforme a lo expuesto, debemos señalar que, si hemos concluido que los planes de urbanismo son reglamentos, y es ese axioma incuestionablea su régimen jurídico hemos de estar y

no someterlo, por sus peculiaridades, a un régimen que tome normas del régimen de la actividad administrativa más allá de lo que el propio Legislador autorice” añadiendo, reforzando el argumento que “si los planes de ordenación tienen naturaleza reglamentaria, no existe razón jurídica alguna para hacerlos peculiares respecto de la impugnación de cualquier otra norma reglamentaria, porque la ley no los somete a un régimen especial, lo cual comporta que no pueden aplicarse normas peculiares al margen de lo que es propio de esas instituciones.

La consecuencia de la consideración de los planes como disposiciones generales.

Afirma la sentencia que “Lo que si nos interesa destacar es que, conforme a ese régimen de nuestra legislación, ahora recogido en los artículos 47 y 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ha mantenido esa tradición, se ha reservado para los reglamentos solamente la nulidad, como claramente se ha de concluir de los mencionados preceptos de manera clara y sin requerir, ni autorizar, interpretaciones que permitan alterar ese diferente y excluyente régimen; lo cual ha sido declarado reiteradamente por la jurisprudencia, como después se verá” y ello “obedece a la propia naturaleza del reglamento que, en cuanto que manifestación de la potestad normativa del Poder Ejecutivo, en cuanto norma jurídica, tiene una vocación de permanencia, integrando el ordenamiento jurídico, y no es posible que ninguna norma jurídica aprobada irregularmente pueda tener otro efecto que el de ser expulsada del ordenamiento con carácter absoluto, no puede ser subsanada con un acto posterior porque esa subsanación comportaría una nueva norma”.

Por otra parte, la sentencia rechaza el argumento que a veces se utiliza para tratar de evitar la situación que genera la anulación de los Planes, cuando se pretende distinguir entre el Plan, como instrumento de ordenación, y la resolución administrativa de las Administraciones competentes que lo aprueban; distinción que la resolución que estamos examinando califica de ficticia, consideración que extiende a la pretendida distinción entre normas, aplicables a los reglamentos, de procedimiento y competencia, y normas de carácter sustantivo.

Por último y en lo que a esta cuestión afecta, señala la sentencia que “la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado de manera reiterada que el

grado de ineficacia de los reglamentos no es el de la anulabilidad, en el diferente régimen que han acogido nuestras Leyes de Procedimiento, sino el de la nulidad absoluta o de pleno derecho.

La posibilidad de graduar la declaración de nulidad dependiendo del vicio de forma detectado.

Empieza la sentencia afirmando que “si se sostiene que no todo vicio de procedimiento comporta el vicio de nulidad de pleno derecho del plan, deberá establecerse cuales son esos vicios que no comportan tan extrema declaración”, para, acto seguido señalar que tal determinación no puede formularse con carácter general, sino que dependerá del enjuiciamiento en el caso concreto.

La nulidad parcial del Plan

Con carácter general, se afirma que un Plan, por su propia exigencia conceptual, constituye un todo armónico que comporta una interconexión en sus previsiones, de forma tal que puede verse alterado en su conjunto de modificarse de manera particular en alguna de ellas.

No obstante, acto seguido matiza que, si ha de considerarse que 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 sectores sin que se vean afectados los restantes en las determinaciones generales que comporta la potestad del planeamiento, es indudable que 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.

Interpretación que se propone sobre la cuestión que suscita interés casacional.

Concluye la sentencia que “De lo expuesto en los anteriores fundamentos hemos de concluir que los vicios de procedimiento esenciales en la elaboración de los Planes de Urbanismo comportan la nulidad de pleno derecho de todo el Plan impugnado, sin posibilidad de subsanación del vicio apreciado a los efectos de mantener la vigencia del

Plan con una ulterior subsanación. No obstante, lo anterior, en aquellos supuestos en que el vicio apreciado para la declaración de nulidad pueda individualizarse respecto de un determinado ámbito territorial del Plan o concretas determinaciones, sin que tenga relevancia alguna respecto del resto de ese ámbito territorial, puede declararse la nulidad del plan respecto de esas concretas determinaciones, sin que ello autorice a considerar la nulidad de pleno derecho subsanable con la retroacción del procedimiento.

La sentencia afirma que, aunque 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, “es indudable que 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. Es más, ese debe ser el criterio que impone la propia Jurisprudencia, que cuando examina la legalidad de las disposiciones reglamentarias que no tienen las peculiaridades del planeamiento, la nulidad se predica de preceptos concretos, sin que ello comporte la nulidad de todo el reglamento impugnado, a salvo de aquellos que pudieran traer causa de los preceptos declarados nulos de pleno derecho”.

La aplicación al caso concreto

Concluye la sentencia que, en el caso enjuiciado cabe “considerar que la zona afectada por la declaración de nulidad que se hace en la sentencia, en la medida que afecta a la zona en que el Plan de autos “ordena el litoral” (artículo 117.2º de la Ley de Costas), no incide en las restantes determinaciones generales que contempla el planeamiento, lo cual autoriza a hacer esa individualización de los efectos de la sentencia.

LA DETERMINACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL PLAN, SOBRE EL PLANEAMIENTO DE DESARROLLO:

Sobre esta cuestión, deberá también pronunciarse la Sala Tercera al haber admitido a trámite mediante ATS de 13 de marzo de 2020 (RC 218/2020) un recurso de casación en que se determinará lo siguiente:

"SEGUNDO.- Precisar que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el denominado efecto de nulidad en cascada que la declaración jurisdiccional de nulidad de un Plan General despliega sobre sus instrumentos de desarrollo, es o no aplicable a aquellos de los mismos que no hayan sido directa o indirectamente impugnados, y, si la respuesta a tal cuestión fuera positiva, si dichos efectos deben considerarse originarios o sobrevenidos, es decir, si la nulidad de dicho planeamiento de desarrollo se produce, al igual que la del planeamiento general, desde el mismo momento en que dicho planeamiento fue aprobado, o, por el contrario, si la misma se produce desde el momento en que se declara jurisdiccionalmente nulo el planeamiento general que en principio otorga cobertura jurídica a los mismos."

La doctrina tradicional, de la Sala Tercera es que, aunque la declaración de una disposición general, por ser de pleno derecho produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas se encuentra atemperada por el artículo 73 LJCA en el que se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general.

No obstante, en relación con los planes de desarrollo, la doctrina clásica es la que avala el denominado efecto cascada de la nulidad de los planes.

La STS de 19 de octubre de 2005, se pronunciaba en los siguientes términos, en relación con los efectos del plan superior sobre los planes de desarrollo: «Anulada una disposición de carácter general, o mejor dicho, constatada su nulidad de pleno derecho, pues es éste el tipo de invalidez predicable de las disposiciones que vulneran otra u otras de rango superior, devienen inválidas también las sucesivas disposiciones generales que tenían como presupuesto de validez necesario, no sustituible, la licitud de aquélla. Invalidez, la de las sucesivas disposiciones generales, que, en puridad, no es ni tan siquiera, o no es sólo, una invalidez sobrevenida, sino, más bien, una invalidez originaria, pues la nulidad de pleno derecho de la norma antecedente, de la norma que es presupuesto necesario y no sustituible de las normas sucesivas, es, en principio o como regla de carácter general, una nulidad *ad initio*, con eficacia *ex tunc*. En todo caso,

sea una invalidez sobrevinida, sea una invalidez originaria, la norma sucesiva deviene necesariamente inválida si lo es también la norma antecedente que constituía su presupuesto necesario y no sustituible...

Igualmente, la sentencia de 18 de noviembre de 2015, es clara al volver a reiterar el denominado “efecto cascada” de la nulidad del planeamiento urbanístico, cuando afirma que “Los efectos propios de la nulidad plena impiden igualmente que el ordenamiento derivado, planes parciales y de sectorización, puedan tener cobertura en las concretas normas declaradas nulas, como venimos señalando de modo profuso y uniforme en el ámbito urbanístico. En efecto, la nulidad de pleno derecho de la norma de cobertura, es decir, de la norma que es presupuesto necesario de las normas sucesivas derivadas de la misma, acarrea la invalidez de estas, al tratarse de una nulidad *ad initio*”.

La proposición de Ley, a la que se hizo referencia en la introducción de este trabajo, abordaba esta cuestión, incorporando al art. 73 de la Ley de la jurisdicción un apartado 2, según el cual “ La anulación de un instrumento de ordenación territorial o urbanística no afectará a los instrumentos que lo desarrollen, salvo que: a) Se haya declarado expresamente le nulidad de las normas que lo integran y siempre que la sentencia declare que dicha nulidad produce la nulidad del instrumento que desarrolla el instrumento anulado. b) La sentencia lo declare así expresamente por estar afectados ambos por los mismos vicios.”

Como puede observarse la novedad estribaba en que en el nuevo apartado segundo del art. 73 LJCA se establecía, como principio general, justamente el contrario al sostenido por la jurisprudencia, esto es, que, la anulación de un instrumento de ordenación territorial o urbanística no afectará a los instrumentos que lo desarrollen, salvo en los dos supuestos expresamente previstos.

OTROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES Y ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES.

RCA 568/2020

Auto de admisión 28/05/2020

CIC: determinar si, atendidas las circunstancias del caso y la normativa de aplicación, podía la Sala de instancia apreciar, como causas de nulidad de las disposiciones impugnadas, la omisión de nueva información pública, de informe de sostenibilidad

económica y de evaluación ambiental estratégica y, en su caso, cuál ha de ser el alcance de tales omisiones.

NJ: artículos 132.3 Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, 15.4 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, 7, 8 y DT 1ª de la Ley 9/2006, de 28 de abril y 62.2 de la Ley 30/1992.

RCA 3606/2018

Auto de admisión 05/12/2018

CIC: determinar: a) Si los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, exigen -con carácter preceptivo- la emisión de un informe de la Administración General del Estado en materia de planificación de hidrocarburos en la tramitación de los planes urbanísticos; b) En el supuesto de que se considere que la citada ley estatal no exige el informe, debe determinarse si, conforme a los artículos 83.1 y 82.1 de la Ley 30/1992 (actualmente arts. 80.1 y 79.1 de la Ley 39/2015), la omisión del citado informe en el procedimiento de aprobación de un instrumento de planeamiento urbanístico general, como el que es objeto del recurso seguido en la instancia, puede comportar la nulidad del plan en su integridad (o su anulación, en los términos utilizados por la sentencia recurrida), y qué consecuencias comporta.

NJ: artículos 3, 4 y 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y Artículos 83.1 y 82.1 de la Ley 30/1992 (arts. 80.1 y 79.1 de la vigente Ley 39/2015).

RCA 3569/2017

Auto de admisión 10/11/2017

CIC: si atendidas las circunstancias del caso podía apreciar la Sala de instancia como causa de nulidad del plan la infracción de las normas reguladoras del estudio económico financiero como documento integrante del contenido de las normas subsidiarias anuladas por aquélla.

NJ: artículos 9.3 y 24 CE, 416 LEC y 69.d) LJCA.

Sentencia desestimatoria 04/10/2018

Atendidas las circunstancias del caso podía apreciar la Sala de instancia como causa de nulidad del plan la infracción de las normas reguladoras del estudio económico financiero como documento integrante del contenido de las normas subsidiarias anuladas por aquélla.

RCA 3313/2017

Auto de admisión 17/01/2019

CIC: determinar 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.

NJ: artículos 66 y 67 de la Ley 30/1992.

Sentencia que declara la pérdida de objeto 17/02/2020

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

Deberemos 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, aunque se aventura una respuesta de compleja generalización.