

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2019 (rec.3965/2017)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 113/2019

Fecha de sentencia: 04/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3965/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 3965/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 113/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Manuel Sieira Miguez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D^a. Ines Huerta Garicano

D. Cesar Tolosa Tribiño

D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 4 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto los recursos de casación que bajo el n.º 3965/2017, han interpuesto la entidad Endesa Distribución Eléctrica, SLU, representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijoo y defendida por el letrado D. José Soria Sabate, y la Generalitat de Cataluña representada y defendida por la letrada de sus servicios jurídicos D.^a Gloria Pons Sáez, contra la *sentencia de 15 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en rollo de apelación 219/2012* frente a *auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de Girona de 13 de diciembre de 2011*, sobre ejecución de sentencia. Ha sido parte recurrida D. Artemio, representado por la procuradora D.^a Rosa Sorribes Calle y defendido por el letrado D. Eduard de Ribot Molinet.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La *sentencia de 15 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en rollo de apelación 219/2012*, contiene el siguiente fallo:

"1) DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos en nombre y representación de la Generalitat de Catalunya, del Ayuntamiento de Forallac y de "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SL" contra el *auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de los de Girona en fecha 13 de diciembre de 2.011*, auto que CONFIRMAMOS en cuanto desestima la solicitud de declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia; en cuanto declara la nulidad de la licencia municipal otorgada por el Ayuntamiento de Forallac el día 31 de agosto de 2.011 para la legalización y reforma de la subestación eléctrica, y en cuanto ordena la ejecución de la sentencia en plazo con las advertencias de rigor.

2) DECLARAMOS LA ILEGALIDAD Y NULIDAD DE PLENO DERECHO de la resolución del Departament de Territori i Sostenibilitat de 6 de junio de 2.011, aprobando definitivamente el Plan Especial urbanístico de dicha subestación (DOGC 21-6-11).

3) ESTIMAMOS EN PARTE la adhesión a la apelación deducida por la representación procesal de D. Artemio, en el único sentido de imponer a la Generalitat de Catalunya, al Ayuntamiento de Forallac y a "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SL" el pago conjunto de las costas procesales a aquella causadas en la instancia con motivo del incidente tramitado, hasta el límite máximo de 500 euros en concepto de honorarios de letrado, más el IVA que corresponda.

4) DESESTIMAMOS la adhesión a la apelación en sus restantes argumentos.

5) NO EFECTUAMOS condena en costas en esta alzada a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por las representaciones procesales de Endesa Distribución Eléctrica, SLU y de la Generalitat de Cataluña se presentaron escritos de preparación de recurso de casación, en los términos previstos en el *art. 89 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción*, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1015, invocando como supuestos de interés casacional los previstos en el *art. 88.2.g) y 88.3.c) de la Ley jurisdiccional*, que se tuvieron por preparados por auto de 25 de mayo de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes ante esta Sala de Tribunal Supremo, con remisión de los autos y del expediente administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la *Sección Primera de esta Sala se dictó auto de 19 de enero de 2018* admitiendo el recurso de casación preparado y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "la incidencia de lo dispuesto en el *artículo 105.2 de la LJCA* puesto en relación con lo recogido en el *artículo 103.4 de la LJCA*, en un supuesto en el que, como en el caso de autos, la declaración de nulidad del plan especial se efectuó en el seno de un incidente de ejecución de sentencia, durante la resolución de un recurso de apelación, teniendo en consideración la posible incidencia en el juego de ambos preceptos del cambio normativo autonómico producido a lo largo de la tramitación del citado incidente", señalando como preceptos que en principio serán objeto de interpretación, los *artículos 103.4 y 105.2 de la LJCA*, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentaron los correspondientes escritos, con exposición razonada de las infracciones que denuncian, precisando los pronunciamientos que solicitan y terminando con el suplico de estimación del recurso y que se case y deje sin efecto la sentencia recurrida.

QUINTO.- Dado traslado para oposición a la parte recurrida, se rechazan los argumentos del recurso de casación, manteniendo que la sentencia recurrida no incurre en la infracción de los preceptos que se denuncian y solicitando que se declare no haber lugar al recurso y finalizado al amparo del *art. 22 de la LEC*, por pérdida de objeto al haberse ejecutado íntegramente la sentencia y haber sido demolida la subestación que pretendía legalizarse y, subsidiariamente, se declare la inadmisión del recurso por inexistencia de interés casacional o, en su defecto, se desestime el recurso por ser ajustada a Derecho la sentencia recurrida.

SEXTO.- Solicitada la declaración de pérdida sobrevenida de objeto del recurso, por demolición efectiva de la subestación eléctrica en cuestión, con la subsiguiente finalización de las actuaciones y pronunciamiento de no haber lugar al recurso, se dio traslado a las demás partes para alegaciones, oponiéndose a la solicitud la Generalitat de Cataluña y dictándose auto de 3 de julio de 2018 por el que se acuerda no haber lugar a declarar la pérdida sobrevenida de objeto del recurso.

SÉPTIMO.- Por providencia de 18 de octubre de 2018, no habiéndose acordado la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 29 de enero de 2019, fecha en la que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conviene comenzar haciendo una reseña de las principales actuaciones que han conducido hasta la sentencia que es objeto de este recurso:

Mediante resolución del Ayuntamiento de Forallac de 10 de agosto de 2005 se otorgó a la entidad ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L., licencia de obras para la construcción de una subestación eléctrica en suelo no urbanizable.

Contra dicha resolución interpuso recurso contencioso-administrativo D. Artemio, que fué desestimado por el *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Gerona por sentencia de 19 de junio de 2006* .

Interpuesto recurso de apelación contra la citada resolución, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia dictó sentencia en fecha 21 de abril de 2010* , revocando el fallo de instancia y declarando la nulidad de pleno derecho de la citada licencia de obras de 10 de agosto de 2005.

Por *auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Gerona de 14 de febrero de 2011* se ordenaba la demolición de la obra, que fue confirmada por sentencia del TSJ de 3 de mayo de 2012.

En fecha 6 de junio de 2011, el Consejero de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña aprobó el Plan Especial Urbanístico de la Subestación 110/25 KV de Forallac.

Al amparo del Plan Especial citado, el Ayuntamiento de Forallac otorgó a la referida entidad por resolución de 31 de agosto de 2011 nueva licencia de obras.

El recurrente en la instancia presentó en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Gerona sendos escritos en los que solicitaba en ejecución de *sentencia la declaración de nulidad del referido Plan Especial de 6 de junio de 2011* así como de la nueva licencia de obras otorgada por resolución de 31 de agosto de 2011.

Mediante *auto de fecha 13 de diciembre de 2011* se declaró la nulidad de la licencia de obras de 31 de agosto de 2011, por entender que el Plan Especial que le daba cobertura era contrario a Derecho, al haberse aprobado con la finalidad de eludir el fallo de la *sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de abril de 2010* ; a la vez que disponía que una vez firme dicha resolución se plantearía la cuestión de ilegalidad del Plan Especial.

Contra el citado *auto de 13 de diciembre de 2011, las partes comparecidas en las actuaciones interpusieron recurso de apelación -n.º 219/2012 -*, en el que recayó *sentencia número 666 de 20 de septiembre de 2013* confirmando el fallo recurrido.

La referida sentencia confirmó la nulidad de la licencia de obras de 31 de agosto de 2011 sobre la base de inaplicar el Plan Especial de cobertura por entender que se había aprobado con la finalidad de eludir su cumplimiento, si bien no se pronunció sobre la validez de este planeamiento, ordenando, por el contrario al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Gerona procediera al planteamiento de la correspondiente cuestión de ilegalidad, de acuerdo con los *artículos 10 , 27.1 y 123 y siguientes de la Ley reguladora de esta Jurisdicción* .

En cumplimiento de la anterior sentencia, el mencionado Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, mediante auto de 4 de noviembre de 2013, planteó cuestión de ilegalidad en relación con el Plan Especial Urbanístico de la subestación 110/25 KV de Forallac, que fué estimada por *sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del T.S.J. de Cataluña de fecha 18 de febrero de 2014* , con declaración de nulidad de pleno derecho del tan reiterado Plan Especial.

Interpuesto recurso de casación frente a la misma, se dictó *auto de este Tribunal Supremo de 26 de enero de 2016* planteando de oficio incidente de nulidad de actuaciones, que se resolvió por auto de 8 de junio de 2016, declarando la nulidad de actuaciones y en consecuencia de la *sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de septiembre de 2013* , así como de todos los actos sucesivos dictados en su desarrollo de ejecución, particularmente la ulterior *sentencia de 18 de febrero de 2014, dictada por la misma Sala y Sección*, con retroacción de las actuaciones al momento anterior del dictado de la *sentencia de 20 de septiembre de 2013, para que por la Sala* de instancia se formule en plenitud el pronunciamiento correspondiente sobre la ilegalidad del Plan Especial Urbanístico de la subestación 110/25 KV de Forallac.

En razón de esta nulidad de actuaciones se dicta la sentencia de instancia, que resuelve los recursos de apelación promovidos a instancia de la Generalitat de Catalunya, del Ayuntamiento de Forallac y de "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SL", contra el *auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Girona de 13 de diciembre de 2.011* que desestima la solicitud formulada por la administración demandada de declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia; declarando la nulidad de la licencia municipal otorgada por el Ayuntamiento de Forallac el día 31 de agosto de 2.011 para la legalización y reforma de la subestación eléctrica; acordando, una vez firme la sentencia, plantear cuestión de ilegalidad respecto de la resolución del Departament de Territori i Sostenibilitat de 6 de junio de 2.011, aprobando definitivamente el Plan Especial urbanístico de dicha subestación; y ordenando la ejecución de la sentencia, requiriendo al Ayuntamiento a tal efecto por un mes, transcurrido el cual se podría instar su ejecución subsidiaria con cargo a la administración codemandada o cualquier otro medio de ejecución forzosa, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el *artículo 112 de la ley jurisdiccional* .

En dicha sentencia se resuelve desestimar los recursos de apelación interpuestos, confirmando el auto impugnado y se declara la ilegalidad y nulidad de pleno derecho del referido Plan Especial urbanístico de la subestación eléctrica, en los términos que antes han sido transcritos, razonando al respecto, en lo esencial y en síntesis: que anulada una licencia, las obras que en ella se ampararon devienen por ello mismo ilegales y clandestinas, lo que determina que deba llevarse a efecto su derribo, incluso aunque en la parte dispositiva de la sentencia no se contuviese un pronunciamiento expreso en tal sentido, e incluso aunque la parte recurrente no lo hubiese solicitado específicamente en su demanda, con reproducción de la *sentencia de 29 de abril de 2009* ; Ante el planteamiento por las administraciones intervinientes y la empresa eléctrica, al amparo del *art. 105.2 de la Ley jurisdiccional* , de la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en razón de haberse producido la aprobación definitiva del Plan Especial urbanístico de la subestación eléctrica de autos (DOG 21-6-11) por resolución del Departament de Territori i Sostenibilitat de 6 de junio de 2.011, y el acuerdo del Ayuntamiento de Forallac de 31 de agosto de 2.011, mediante el que, con base en aquel plan especial, se otorgó nueva licencia municipal para la legalización y reforma de la subestación eléctrica, la Sala de instancia, tras

señalar que el examen de la previsión de nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, prevista en el *art. 103.4 de la LJCA*, exige dos requisitos, el uno de carácter objetivo (que los actos o resoluciones administrativos resulten contrarios al pronunciamiento de la sentencia), y el otro de carácter subjetivo (que se hayan dictado con la específica finalidad de eludir su cumplimiento) y abundando en consideraciones al respecto, concluye que: "está plenamente de acuerdo esta Sala con el auto de instancia cuando aprecia en los actos administrativos cuya nulidad se solicita un deseo de impedir el cumplimiento de la sentencia y sus consecuencias para la administración demandada, consolidando así una situación fáctica abiertamente contraria al ordenamiento jurídico de aplicación al caso, por lo que procede a declarar la nulidad de la licencia, a ordenar la ejecución de la sentencia y, vista su incompetencia objetiva para anular el plan especial, a acordar que, firme la sentencia, se plantee ante esta Sala cuestión de ilegalidad del indicado plan especial, que en el apartado 1.2 de su Memoria, "Antecedentes", bajo pretexto de dar cumplimiento a la sentencia firme, señala que su objeto es hacer viable la implantación de la subestación en suelo no urbanizable, subsanando al propio tiempo la insuficiencia de la tramitación previa del proyecto de actuación específica que permitió su construcción".

Ante la invocación como fundamento del Plan Especial de la modificación del *art. 67 del Decreto Legislativo 1/2005*, introducida por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, precisa la Sala de instancia que: "no estamos ahora en presencia de un recurso contencioso administrativo directo contra el plan especial (contra cuya aprobación definitiva no se interpuso en su momento recurso ordinario por la adherida a la apelación), sino en el trámite de ejecución de la antes citada *sentencia número 330, de 21 de abril de 2.010*, que declaró la nulidad de pleno derecho de la resolución municipal por la que se concedió licencia de obras para construir la subestación eléctrica de autos, por carecer dicha licencia de la necesaria cobertura normativa", y señala que: "el plan especial urbanístico en su momento indirectamente recurrido ante el Juzgado incumple la sentencia a ejecutar, por cuanto se ha aprobado para dar cobertura normativa a una nueva licencia de obras que legalice la subestación de autos, que tiene el carácter de sistema urbanístico general, sin estar éste previsto en el planeamiento urbanístico general del municipio, siendo imprescindible urbanísticamente su previsión a nivel del planeamiento urbanístico general -que no especial-; ni siquiera a nivel de un plan especial urbanístico como el aquí recurrido, aprobado de conformidad con lo previsto en el *artículo 67.1.e*) y *2 del Decreto legislativo 1/2005* (texto modificado por la Ley 26/2009), por cuanto la subestación de que se trata, como sistema urbanístico general, forma parte integrante de la estructura general del territorio y, por ello mismo, requiere la cobertura de un instrumento de planeamiento urbanístico general con arreglo a la normativa de temporal aplicación al caso." Abunda la sentencia en sus pronunciamientos sobre las relaciones entre el plan general y el especial atendiendo a la normativa autonómica y señala que: "todo conduce a pensar que el principio de jerarquía normativa sigue teniendo una trascendencia innegable en la medida que con manifiesta reiteración apunta, así en su artículo 67, entre otros supuestos, que los planes especiales en forma alguna pueden sustituir en ningún caso al plan de ordenación urbanística municipal en su función de ordenación integral del territorio, que han de ser compatibles con el planeamiento urbanístico municipal y que no deben entrar en contradicción con el planeamiento urbanístico general."

En consecuencia concluye que: "procederá desestimar las apelaciones presentadas por las representaciones procesales de la Generalitat de Catalunya, el Ayuntamiento de Forallac y "ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA", quedando así

confirmadas las declaraciones contenidas en el auto de instancia, tanto en cuanto desestima la solicitud de declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia como en cuanto declara la nulidad de la licencia municipal otorgada por el Ayuntamiento de Forallac el día 31 de agosto de 2.011 para la legalización y reforma de la subestación eléctrica, licencia concedida al amparo del tan citado plan especial urbanístico de la subestación, que aquí se estima dictado y aprobado para incumplir la sentencia a ejecutar, como ya se dice en el auto apelado, por lo que procede su inaplicación. De donde se desprende que la nueva licencia de obras concedida y directamente impugnada carece de la necesaria cobertura normativa (que le proporcionaba el plan especial) y, en cuanto fue concedida en aplicación de ese plan y, además, ha sido traída a este proceso por la administración como causa de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, debe imputársele la finalidad de haber sido concedida para eludir el cumplimiento de la misma, por lo que dicha licencia de obras está también viciada de nulidad de pleno derecho, como así se concluye en el auto apelado, que también quedará confirmado en cuanto ordena la ejecución de la sentencia y requiere al efecto al Ayuntamiento para que lo verifique en determinado plazo, con las advertencias de rigor.

Nulidad del plan especial y de la nueva licencia más evidente aún si se observa que la aprobación inicial de aquel se produjo el día 21 de julio de 2.010, sólo tres meses después de la firmeza de la sentencia que anuló la primera licencia municipal, lo que constituye un indicio añadido para apreciar la expresa voluntad de incumplirla por parte de la administración.

Procediendo, por lo demás, como le viene ordenado por el *Tribunal Supremo*, que esta Sala declare la ilegalidad del indicado plan especial urbanístico, visto que el único reproche que el auto del Alto Tribunal de 8 de julio de 2.016 efectúa respecto de las sentencias de esta Sala de 20 de septiembre de 2.013 y 18 de febrero de 2.014 es el haber separado en dos procesos y sentencias diferentes la resolución de la cuestión urbanística de fondo y de la ilegalidad de la disposición general en que se sustenta, cuando no había motivo para el planteamiento de esta última por separado, a cuyo efecto ordena aquel auto retrotraer las actuaciones al momento del dictado de la primera sentencia para que esta Sala formule "en plenitud" el pronunciamiento que corresponda, es decir, como se desprende del propio auto, el pronunciamiento conjunto sobre ambas cuestiones."

Se refiere también la Sala a la que considera insólita "pretensión municipal en el sentido de la necesaria audiencia previa, antes de anular cualquier resolución administrativa, de nada menos que de todos y cada uno de los innominados residentes en varios términos municipales, en su condición de meros usuarios y beneficiados por la instalación de la subestación eléctrica de autos, cuyo emplazamiento a este proceso, admitido lo insólito y fabuloso de su aceptación, hubiera constituido un deber del propio Ayuntamiento (artículos 48.1 y 49 de la ley jurisdiccional)."

SEGUNDO.- No conforme con ella, por la representación procesal de Endesa Distribución Eléctrica, SLU y de la Generalitat de Cataluña se presentaron escritos de preparación de recurso de casación, invocando como supuestos de interés casacional los previstos en el *art. 88.2.g) y 88.3.c) de la Ley jurisdiccional* , alegando, la primera, la infracción de los *artículos 45 y 109 de la LJCA* (así como las *sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012 y de 8 de febrero de 2013*); 67 de la LJCA y 218 de la LEC (así como las *sentencias del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 y de 27 de noviembre de 2013*); 24 de la CE y 103 de la LJCA (con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 73/200 de 14 de marzo, y de la *sentencia del*

Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006); y entendiendo la Generalitat de Cataluña que se infringen los *artículos 8.1 , 10.1 y 103.5 de la LJCA* ; los *artículos 63 de la LPA y 70 y 103.4 de la LJCA* ; del *art. 105.2 de la LJCA* ; y, finalmente, de los *artículos 163 de la CE , 35 de la LOTC y 5.2 de la LOPJ* .

Por *auto de la Sección Primera de esta Sala de 19 de enero de 2018* se admitió el recurso de casación preparado, declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "la incidencia de lo dispuesto en el *artículo 105.2 de la LJCA* puesto en relación con lo recogido en el *artículo 103.4 de la LJCA* , en un supuesto en el que, como en el caso de autos, la declaración de nulidad del plan especial se efectuó en el seno de un incidente de ejecución de sentencia, durante la resolución de un recurso de apelación, teniendo en consideración la posible incidencia en el juego de ambos preceptos del cambio normativo autonómico producido a lo largo de la tramitación del citado incidente", señalando como preceptos que en principio serán objeto de interpretación, los *artículos 103.4 y 105.2 de la LJCA* , sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

En el escrito de interposición del recurso de la Generalitat de Cataluña, razona sobre la infracción de los *arts. 8.1 , 10.1 y 103.5 de la LJCA* , por falta de competencia del Juzgado para resolver un procedimiento de ejecución con base en la nulidad de una disposición general, según lo dispuesto en el referido *art. 103.5*, y que *no puede subsanarse a posteriori mediante el procedimiento de cuestión de ilegalidad, no encontrándonos en un proceso declarativo sino ejecutivo. Alega la parte la infracción del art. 63 de la LPA y los arts. 70 y 103.4 de la LJCA* en la medida que la sentencia declara la nulidad del Plan Especial sin tener en cuenta que la Administración que ha aprobado este instrumento de planeamiento no ha actuado con desviación de poder y defiende que ha ejercido sus potestades de planeamiento o *ius variandi* de acuerdo con el interés general y no con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia, con apoyo en la Memoria del Plan Especial. Se denuncia la infracción del *art. 105.2 de la LJCA* en la medida en que el Tribunal no ha tenido en cuenta que se ha producido una modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución y, por tanto, una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de la resolución, en concreto el *art. 67.1.e) del Decreto Legislativo 1/2010* , que establece que los Planes Especiales son instrumentos urbanísticos idóneos para la creación de sistemas urbanísticos, generales o locales, no previstos por el planeamiento urbanístico general, o incluso para a modificación de los ya previstos, precepto introducido por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre. Finalmente alega la infracción de los *arts. 163 CE , 35 de la LOTC y 5.2 de la LOPJ* en la medida que el Tribunal ha inaplicado una ley autonómica vigente y posterior a la Constitución sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, incurriendo en exceso de jurisdicción, en cuanto el Tribunal sigue manteniendo, en contra del referido *art. 67.1.e) del Decreto Legislativo 1/2010* , que el Plan especial no está legitimado para establecer la subestación de Forallac, argumentando al respecto y concluyendo que procede declarar la nulidad de la sentencia con retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia, con el objeto de que se dicte otra aplicando con todos sus efectos el referido precepto.

Por su parte, la representación procesal de la entidad Endesa Distribución Eléctrica SLU alega la infracción de los *arts. 45 y 109 de la LJCA* , al considerar que, habiendo sido dictada en ejecución de sentencia el único fundamento del fallo debiera haber sido que el Plan Especial era nulo de pleno derecho por haber sido aprobado con

la intención de incumplir una sentencia, circunstancia que entiende no se ha producido. Considera infringidos los *arts. 67 LJCA* y *218 LEC* por falta de coherencia interna de la sentencia, señalando que es incongruente en cuanto resuelve en base a unas circunstancias, como son que el Plan especial es contrario al PGOU de Forallac, que no han sido objeto de debate, que se centra exclusivamente en el vicio de desviación de poder en que supuestamente incurría el Plan Especial, acudiendo a fundamentos jurídicos diferentes. Añade que la sentencia no puede considerarse motivada al incurrir en un error patente al entender que la innovación introducida por la Ley 26/2009 no permitía la existencia de Planes Especiales autónomos que desarrollasen sistemas generales al margen del Planeamiento General. Considera infringido el *art. 24 de la Constitución*, en relación con la inmodificabilidad de las sentencias, en cuanto la exigencia de una eventual modificación del planeamiento general de Forallac para que en su caso fuera legalizable la subestación eléctrica es una condición o requerimiento nuevo que no deriva del fallo de la *sentencia de 2 de abril de 2010* que anuló la licencia de obras. Finalmente se refiere al *art. 103.4 de la LJCA* alegando que la Sala de instancia no ha analizado si el Plan Especial ha sido redactado y aprobado con el objetivo de burlar la ejecución de la *sentencia de 21 de abril de 2010*, ya que se basa para su decisión, de forma claramente errónea, en la existencia en el referido Plan de un presunto vicio de jerarquía normativa, añadiendo la recurrente que toda vez que el Plan anulado ha sido tramitado y aprobado por la Generalitat de Catalunya y siendo el Ayuntamiento la Administración que concedió la licencia anulada, mal puede imputarse al mismo que haya intentado eludir el fallo de la sentencia por medio de una innovación en el planeamiento.

Se opone a los recursos la representación procesal de D. Artemio, planteando la pérdida sobrevenida de objeto del recurso al haber sido derribada la subestación eléctrica en cuestión y sosteniendo, también, la inexistencia de interés casacional objetivo. Y en cuanto al fondo de la cuestión planteada rechaza de manera concreta cada uno de los motivos de impugnación que se invocan por las recurrentes.

TERCERO.- Planteado en estos términos el recurso de casación, habiéndose solventado la alegación de pérdida sobrevenida de objeto por auto de 3 de julio de 2018 y debiéndose estar a la apreciación de interés casacional señalada en el *auto de admisión de 19 de enero de 2018*, procede, de conformidad con lo establecido en el *art. 93.1 de la Ley jurisdiccional*, examinar las alegaciones y motivos de impugnación de las partes con referencia a la cuestión que, según se recoge en el dicho auto de admisión, precisa ser esclarecida, que no es otra que la incidencia de lo dispuesto en el *artículo 105.2 de la LJCA* puesto en relación con lo recogido en el *artículo 103.4 de la LJCA*, en un supuesto en el que, como en el caso de autos, la declaración de nulidad del plan especial se efectuó en el seno de un incidente de ejecución de sentencia, durante la resolución de un recurso de apelación, teniendo en consideración la posible incidencia en el juego de ambos preceptos del cambio normativo autonómico producido a lo largo de la tramitación del citado incidente.

A tal efecto no puede perderse de vista que el litigio se plantea en el ámbito de la ejecución de una sentencia y atañe a la exigencia constitucional de su obligado cumplimiento (*art.118 CE*), que supone la ejecución en sus propios términos (*art. 18.2 LOPJ*), bajo el control del órgano jurisdiccional competente al efecto.

Es en este marco esencial en el que se establece la previsión del *art. 103.5 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa* en el sentido de apoderar al órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia para declarar la nulidad de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de

las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley. Tal facultad se reconoce tras establecer la propia Ley en el apartado precedente la nulidad de pleno derecho de los referidos actos o disposiciones, de manera que, de una parte, se produce la previsión legal estableciendo la nulidad de pleno derecho en razón de una causa que atañe a la ejecución del fallo y de otra se faculta al órgano jurisdiccional para efectuar la correspondiente declaración de nulidad en el mismo procedimiento de ejecución, salvo que carezca de competencia al efecto según la propia Ley procesal.

Pues bien, la falta de competencia para declarar la nulidad de pleno derecho de tales actos o disposiciones no desapodera al órgano jurisdiccional para ejercer el correspondiente control en la ejecución de la sentencia, que tiene atribuido por la ley, y en tal sentido valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar el incumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida, que en caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inexecución y, en consecuencia, el correspondiente pronunciamiento judicial desestimando la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del *art. 105.2 de la LJCA* .

Otro alcance tiene la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones al margen de la concreta ejecución de que se trate y es en razón de ello que se mantiene el régimen de competencia establecido al efecto por la Ley y se establece la salvedad prevista en el último inciso del art. 103.5, de manera que la declaración se produce si el mismo órgano jurisdiccional competente para la ejecución lo es para conocer de la legalidad del acto o disposición de que se trate y, en otro caso, habrá acudir a los procedimientos establecidos para su declaración por el órgano jurisdiccional competente al efecto, que tratándose de una disposición general puede plantearse por vía de resolución de un recurso devolutivo, como cuestión de ilegalidad (*art. 27.1LJCA*) o mediante su impugnación directa ante el Tribunal competente.

Desde estas consideraciones generales no pueden acogerse las alegaciones que se formulan en el primer motivo de impugnación que se articula por la Generalitat de Catalunya por cuanto, de una parte, no es discutible la competencia de Juzgado de lo Contencioso Administrativo para declarar la nulidad de la licencia concedida el 31 de agosto de 2011 al amparo del Plan Especial de 6 de junio de 2011, nulidad que impide por sí sola su consideración como justificación para atender la alegación de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia y, por otra parte, apreciada por el Juzgado, dentro de sus competencias en materia de ejecución, la concurrencia en la aprobación del Plan Especial de la causa de nulidad prevista en el *art. 103.4 de la LJCA* , su declaración se efectúa por la Sala de instancia, con ocasión del conocimiento del recurso de apelación planteado ante la misma y sin necesidad de suscitar cuestión de ilegalidad, precisamente en cumplimiento de lo dispuesto por este *Tribunal Supremo en auto de 8 de julio de 2016* , dictado en incidente de nulidad, que declara la nulidad de actuaciones y retroacción al momento anterior al dictado de la *sentencia de 20 de septiembre de 2013* .

Tampoco pueden acogerse las alegaciones que se formulan en el segundo motivo de impugnación de la Generalitat y en la alegación de infracción del *art. 103 LJCA* formulada por la entidad empresarial, en el sentido de que el Plan especial no ha sido aprobado con la intención de eludir el cumplimiento de la *sentencia de 21 de abril de 2010* , pues, contrariamente a lo que se sostiene por las partes, la sentencia analiza ampliamente el alcance de la causa de nulidad establecida en el *art. 103.4 de la Ley procesal* y los criterios jurisprudenciales para su apreciación, con referencia y

reproducción de diversas sentencias y en atención a todo ello declara que: "está plenamente de acuerdo esta Sala con el auto de instancia cuando aprecia en los actos administrativos cuya nulidad se solicita un deseo de impedir el cumplimiento de la sentencia y sus consecuencias para la administración demandada, consolidando así una situación fáctica abiertamente contraria al ordenamiento jurídico de aplicación al caso, por lo que procede a declarar la nulidad de la licencia, a ordenar la ejecución de la sentencia y, vista su incompetencia objetiva para anular el plan especial, a acordar que, firme la sentencia, se plantee ante esta Sala cuestión de ilegalidad del indicado plan especial, que en el apartado 1.2 de su Memoria, "Antecedentes", bajo pretexto de dar cumplimiento a la sentencia firme, señala que su objeto es hacer viable la implantación de la subestación en suelo no urbanizable, subsanando al propio tiempo la insuficiencia de la tramitación previa del proyecto de actuación específica que permitió su construcción".

A tal efecto conviene señalar que en principio la apreciación de las circunstancias, de las que se desprende la intención u objetivo de eludir el cumplimiento de la sentencia, corresponde al órgano de primera instancia competente para la ejecución del fallo, valoración que no puede sustituirse o revisarse si no se justifica la arbitrariedad o irrazonabilidad de la misma, lo que en este caso ni siquiera se invoca, limitándose las partes recurrentes a discrepar de tales apreciaciones y sostener que el Plan se aprobó por la Administración en el ejercicio de sus potestades de planeamiento de acuerdo con el interés general y no con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia.

No obstante, la Sala a quo abunda en las consideraciones al respecto, confirmando las declaraciones contenidas en el auto recurrido, "tanto en cuanto desestima la solicitud de declaración de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia como en cuanto declara la nulidad de la licencia municipal otorgada por el Ayuntamiento de Forallac el día 31 de agosto de 2.011 para la legalización y reforma de la subestación eléctrica, licencia concedida al amparo del tan citado plan especial urbanístico de la subestación, que aquí se estima dictado y aprobado para incumplir la sentencia a ejecutar, como ya se dice en el auto apelado, por lo que procede su inaplicación. De donde se desprende que la nueva licencia de obras concedida y directamente impugnada carece de la necesaria cobertura normativa (que le proporcionaba el plan especial) y, en cuanto fue concedida en aplicación de ese plan y, además, ha sido traída a este proceso por la administración como causa de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia, debe imputársele la finalidad de haber sido concedida para eludir el cumplimiento de la misma, por lo que dicha licencia de obras está también viciada de nulidad de pleno derecho, como así se concluye en el auto apelado, que también quedará confirmado en cuanto ordena la ejecución de la sentencia y requiere al efecto al Ayuntamiento para que lo verifique en determinado plazo, con las advertencias de rigor.

Nulidad del plan especial y de la nueva licencia más evidente aún si se observa que la aprobación inicial de aquel se produjo el día 21 de julio de 2.010, sólo tres meses después de la firmeza de la sentencia que anuló la primera licencia municipal, lo que constituye un indicio añadido para apreciar la expresa voluntad de incumplirla por parte de la administración."

La misma respuesta negativa ha de darse a la denuncia de infracción del *art. 105.2 de la LJCA* en la medida en que el Tribunal no ha tenido en cuenta que se ha producido una modificación sobrevenida de la normativa aplicable a la ejecución y, por tanto, una alteración del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el

momento de la resolución, en concreto el *art. 67.1.e) del Decreto Legislativo 1/2010*, pues, por el contrario, la Sala de instancia, respondiendo a la alegación de que el Plan se fundamenta en dicha modificación normativa, realiza un amplio análisis de su alcance, atendiendo a los pronunciamientos que ya ha realizado sobre las relaciones entre el Plan General y el Plan Especial, a lo largo de los fundamentos de derecho sexto a décimo, para concluir que "todo conduce a pensar que el principio de jerarquía normativa sigue teniendo una trascendencia innegable en la medida que con manifiesta reiteración apunta, así en su artículo 67, entre otros supuestos, que los planes especiales en forma alguna pueden sustituir en ningún caso al plan de ordenación urbanística municipal en su función de ordenación integral del territorio, que han de ser compatibles con el planeamiento urbanístico municipal y que no deben entrar en contradicción con el planeamiento urbanístico general", todo ello en el marco de la interpretación de las normas, exclusivamente autonómicas, que no puede ser objeto de revisión en este recurso y por este Tribunal, al quedar residenciado el control jurisdiccional y la interpretación y aplicación de tales normas en el Tribunal Superior de Justicia. En todo caso, las apreciaciones de la Sala de instancia al respecto responden al planteamiento de la parte recurrente y no hacen sino abundar en la falta de cobertura de la licencia otorgada en 2011, al amparo de un Plan que se ha dictado para eludir el cumplimiento de una sentencia anterior y que, además, la Sala entiende que no habilitaba para ello.

Por las mismas razones hasta aquí expuestas han de desestimarse las alegaciones formuladas al respecto en el recurso interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica, SLU, pues, aun cuando no le falta razón cuando señala que el único fundamento del fallo debiera haber sido que el Plan Especial era nulo de pleno derecho por haber sido aprobado con la intención de incumplir una sentencia, ya que ese era el debate procesal al que responde el auto del Juzgado, no es menos cierto, como ya hemos señalado, que la Sala de instancia no se ha desviado de tal debate y acude a dicho argumento y su fundamentación para declarar la nulidad del Plan y subsiguiente confirmación de la nulidad de la licencia de 2011 por falta de cobertura al no poder ampararse en el mismo; y que si analiza la legalidad de dicho instrumento urbanístico en relación con la modificación normativa que afecta al *art. 67.1.e) del Decreto Legislativo 1/2010*, lo hace a iniciativa y dando respuesta a la alegación de la otra parte recurrente que introduce la cuestión en el debate, lo que constituye un argumento complementario, que además no es susceptible de revisión por este Tribunal como ya hemos indicado, pero sin que ello haya supuesto una alteración del debate y la razón por la que desde el Juzgado se viene sosteniendo la nulidad del Plan y la licencia correspondiente, por lo que no pueden compartirse las alegaciones de incongruencia, falta de motivación e infracción del *art. 24 de la Constitución* en relación con la inmodificabilidad de las sentencias, que se formulan por la parte y que constituyen el sustento esencial de su recurso.

En el mismo sentido resulta injustificada la alegación formulada como cuarto motivo de impugnación por la Generalitat de Catalunya, imputando a la Sala exceso de jurisdicción por la inaplicación de una norma autonómica vigente y posterior a la Constitución, pues, por el contrario y a pesar de que ello no era necesario para la resolución del pleito, la Sala de instancia y ante la alegación de la propia parte sobre la aplicabilidad de esa modificación normativa, efectúa un largo análisis e interpretación de la misma y se pronuncia sobre los efectos y consecuencias de su aplicación, pronunciamientos que, reiteramos, no son susceptibles de revisión por este Tribunal, y que son cuestionados por ambas partes recurrentes, sin que pueda confundirse la discrepancia con la interpretación y aplicación de la norma autonómica efectuada por el Tribunal con la inaplicación de dicha norma en razón de la elección efectuada al

respecto por el órgano jurisdiccional, que es el supuesto contemplado en la doctrina del Tribunal Constitucional a efectos de apreciar exceso de jurisdicción.

CUARTO.- Rechazado el planteamiento de las partes recurrentes y respondiendo a la cuestión planteada en el auto de admisión de este recurso, ha de entenderse que corresponde al órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la sentencia valorar si, los actos o disposiciones que se invocan como justificación para alegar la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, incurren en la causa de nulidad establecida en el *art. 103.4 de la LJCA*, que en caso afirmativo determina la total ineficacia de los mismos a los efectos pretendidos de inejecución y el correspondiente pronunciamiento judicial desestimando la alegación de imposibilidad de ejecución formulada al amparo del *art. 105.2 de la LJCA*, sin perjuicio de que la declaración de nulidad de tales actos o disposiciones se lleve a cabo por el órgano jurisdiccional competente según la propia Ley procesal. Por otra parte, la incidencia que pueda tener una modificación normativa en el procedimiento de ejecución de la sentencia queda condicionada por el resultado de la valoración que se haga, en cada caso, sobre la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el *art. 103.4 de la LJCA*.

La interpretación de las normas que se acaba de establecer conduce, por las razones que antes se han expuesto, a la desestimación del recurso, por cuanto los pronunciamientos de la Sala de instancia se acomodan a la misma, con la consiguiente desestimación de las pretensiones ejercitadas por ambas recurrentes.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el *art. 93.4 de la Ley jurisdiccional*, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

F A L L O

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

Desestimar los recursos de casación que bajo el n.º 3965/2017, han interpuesto las representaciones procesales de la entidad Endesa Distribución Eléctrica y de la Generalitat de Catalunya, contra la *sentencia de 15 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en rollo de apelación 219/2012*, que queda firme; con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

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

Así se acuerda y firma.

Jose Manuel Sieira Miguez Octavio Juan Herrero Pina Juan Carlos Trillo Alonso

Ines Huerta Garicano Cesar Tolosa Tribiño Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Octavio Juan Herrero Pina, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como letrada de la Administración de Justicia, certifico.

