

Sentencia de la Sala contencioso-administrativa de 1 de diciembre de 2021(rec.7945/2020)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.422/2021

Fecha de sentencia: 01/12/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7945/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/12/2021

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

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

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

Transcrito por: MSP

Nota:

R. CASACION núm.: 7945/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion005

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1422/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 1 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 7945/2020, interpuesto por D.^a Elisenda, representada por la procuradora D.^a Susana Gómez Castaño y defendida por el letrado D. Jesús Rodríguez Córdoba, contra la *sentencia de 16 de julio de 2018*, *auto denegando complemento de 19 de junio de 2020*, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en el recurso de apelación n.º 1701/2015, interpuesto contra la *sentencia de 31 de octubre de 2014*, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Málaga en el PO 17/2011, en el que se impugna la desestimación presunta por el Ayuntamiento de **Marbella** de la solicitud de 28 de septiembre de 2010 de inicio de expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición a su estado anterior de la realidad física alterada por las obras de construcción de un bloque de viviendas en las parcelas NUM000 y NUM001 de la URBANIZACION000 de **Marbella**. Interviene como parte recurrida el Ayuntamiento de **Marbella**, representado por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes y defendido por la letrada D.^a Cristina Martínez Ceballos.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La *sentencia de 16 de julio de 2018*, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en el recurso de apelación n.º 1701/2015, contiene el siguiente fallo:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana María Rodríguez Fernández en la representación acreditada, contra la Sentencia descrita en el fundamento jurídico primero de la presente resolución, confirmando la resolución apelada e imponiendo a la apelante las costas procesales de esta segunda instancia, si bien en cantidad que no podrá exceder de 1000 € más IVA por todos los conceptos."

En la sentencia apelada se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por el Ayuntamiento de **Marbella** de la solicitud de 28 de septiembre de 2010, de inicio de expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición a su estado anterior de la realidad física alterada por las obras de construcción de un bloque de viviendas en las parcelas NUM000 y NUM001 de la URBANIZACION000 de **Marbella**, en relación con alineación y ocupación de vial público.

A tal efecto se señala que se emitió informe técnico por el Servicio de Disciplina Urbanística en el sentido de que "la edificación existente no invade el viario público", del que se dio traslado a la recurrente, cuyas alegaciones fueron desestimadas por informe técnico de 17 de marzo de 2011, según el cual: "Debido a que el PGOU vigente asume lo edificado en las parcelas de referencia NUM000 y

NUM001 dejando lo ejecutado en situación de fuera de ordenación tolerado, de forma transitoria, en tanto se lleve a cabo el proceso de normalización que determina su ficha urbanística no procede la iniciación del procedimiento disciplinario de protección de la legalidad". Y, valorando la prueba obrante en los autos, entiende la Juzgadora de instancia, que la practicada no tiene la entidad suficiente para desvirtuar la presunción de veracidad que conllevan los dictámenes emitidos por los Técnicos Municipales que determinaron la innecesaria de la incoación de procedimiento alguno de restablecimiento de legalidad urbanística.

En el recurso de apelación se cuestiona la valoración de la prueba realizada en la instancia, planteamiento que es desestimado por la Sala en su sentencia, argumentando sobre la doctrina jurisprudencial al respecto y concluyendo que: "En este caso concreto la valoración de la prueba por la Juez *a quo*, sobre la base de ser suficientemente motivada, se muestra conforme a las pautas a que acaba de hacerse mención en el fundamento de derecho que antecede, sin poder ser tachada la conclusión obtenida en base a la prueba practicada en la instancia de ilógica, irracional o arbitraria. Viniendo contenida dicha motivación y valoración en la fundamentación jurídica de la sentencia objeto del presente recurso."

En consecuencia desestima el recurso de apelación.

SEGUNDO.- Una vez notificada la sentencia, por la representación procesal de D.^a Elisenda se presentó escrito 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, que se tuvo por preparado por auto de 1 de diciembre de 2020, 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 6 de mayo de 2021* admitiendo el recurso de casación preparado, al apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar: "la admisibilidad y, en su caso, el alcance en sede de apelación, de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación."

Se identifica como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el *art. 271.2 LEC*, en relación con el *art. 56 LJCA*.

CUARTO.- Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó el correspondiente escrito, con exposición razonada de las infracciones y jurisprudencia que se denuncian, solicitando que se acuerde lo siguiente:

1º. Fijar como criterio interpretativo la admisibilidad en sede de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación.

2º. Estimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Susana Gómez Castaño en nombre y representación de Doña Elisenda, contra la *sentencia número 1649/2018 de 16 de julio de 2018, dictada por*

la Sección Funcional Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), recaída en el recurso de apelación número 1701/2015, aclarada por el Auto de fecha 19 de junio de 2020 , casando y anulando dicha sentencia.

3º. Estimar el recurso de apelación interpuesto, y en su virtud dejar sin efecto la sentencia apelada y con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Doña Elisenda contra la desestimación presunta de lo solicitado en la denuncia urbanística presentada en fecha 28/09/10 ante el Servicio de Disciplina Urbanística del Excmo. Ayuntamiento de **Marbella**, se declare la expresada resolución presunta disconforme con el ordenamiento jurídico, ordenando en consecuencia: (1) la demolición de las obras de ampliación de los aparcamientos situados junto al lindero Este de las parcelas NUM000 y NUM001 de la URBANIZACION000, que exceden las condiciones de la licencia de obras concedida en el expediente n.º NUM002 y ocupan parcialmente el viario público municipal, o (2) subsidiariamente se inicie y sustancie por todos sus trámites el correspondiente expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y reposición del orden jurídico alterado por la realización de las referidas obras.

QUINTO.- Dado traslado a la parte recurrida para oposición, se presentó el correspondiente escrito por la representación del Ayuntamiento de **Marbella**, solicitando la desestimación del recurso y que se confirme la sentencia recurrida en todos sus términos.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones y no considerándose necesaria la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2021, fecha en la que ha tenido lugar, habiéndose cumplido los requisitos de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el escrito de interposición del recurso se denuncia la infracción del *art. 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en relación con el *art. 56 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa* , refiriendo al efecto los antecedentes que han conducido a este recurso, entre ellos que mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2015 aportó a los oportunos efectos probatorios, al amparo del *art. 271.2 LEC* , la *sentencia de la Sala Tercera del TS de fecha 27 de octubre de 2015* que anula la Revisión del PGOU de **Marbella** aprobado en 2010, lo que considera un hecho sobrevenido condicionante o decisivo para resolver el recurso de apelación, si embargo, la Sala de lo Contencioso Administrativo de Málaga dictó sentencia desestimando el recurso de apelación, confirmando la de instancia que sostuvo la no ocupación del viario público por aplicación del PGOU aprobado en 2010, si bien omite realizar ningún pronunciamiento que resuelva sobre la cuestión relativa a la anulación de dicho Plan y la consiguiente vigencia del PGOU aprobado den 1986 (que vuelva a calificar como viario público la franja de terreno destinada a la ampliación de los aparcamientos). Ante lo cual, la parte presentó escrito solicitando complemento de sentencia y aportando la *sentencia n.º 1366/2017 de fecha 10 de julio de 2017, rec. 1212/2014, dictada por la misma Sala de lo Contencioso Administrativo*, que en un supuesto idéntico revocó la sentencia de instancia porque hay que estar al Plan de 1986 por anulación del Plan de 2010, solicitud denegada por *auto de fecha 19 de junio de 2020* , que se acordó no haber lugar al complemento de la sentencia al considerar que la aplicación del PGOU aprobado en 1986 por la anulación sobrevenida del PGOU aprobado en 2010 son hechos y peticiones que

modifican los términos en que quedó establecido el debate procesal por vedarlos el principio de seguridad jurídica, el de prescripción procesal y el de prescripción de la indefensión.

Entiende la recurrente que la Sala interpreta erróneamente el *art. 271.2 LEC* al negar la posibilidad excepcional de que se puedan presentar en la segunda instancia resoluciones y sentencias condicionantes o decisivas para resolver, con vigor potencial para cambiar el sentido del fallo; que ello es contrario a la doctrina de la *sentencia de 24 de octubre de 2016 (rec.3580/2015)*, que fija los límites de la aportación de resoluciones y sentencias en razones de orden público procesal, en cuanto el auto aclaratorio parece negar la posibilidad de que sentencias o resoluciones judiciales se puedan presentar en la segunda instancia, argumentando que la anulación por sentencia judicial del plan general de **Marbella** aprobado en 2010 -que determinó la legalidad urbanística aplicada en la primera instancia del recurso contencioso administrativo- es un hecho nuevo que no ha sido alegado en la primera instancia ni puede serlo en la segunda instancia por "el principio de preclusión, que impide que puedan introducirse en la alzada nuevos hechos y peticiones que modifiquen los términos en que quedó establecido el debate procesal...". Invoca, igualmente el auto de 20 de noviembre de 2017 (rec. 2459/16) y entiende que "nada impide aplicar el *art. 271.2 de la LEC* a la segunda instancia, siendo dicha aplicación posible en los casos en que una sentencia anulatoria de un Plan General (o cualquier otra disposición general) que tiene efectos " *ex tunc* " y eficacia " *erga omnes* ", y que debe considerarse como condicionante, sin que la aportación de dicho documento en el recurso de apelación implique la aportación o introducción de cuestiones nuevas ajenas al debate procesal, sino de un documento decisivo para determina del sentido del fallo para considerar cual es la legalidad urbanística aplicable al litigio."

Concluye la recurrente alegando que: "no siendo procedente la inadmisibilidad acordada respecto de la aportación en sede la apelación de la sentencia del TS anulatoria del PGOU 2010, hay que estar al plan de 1986 por anulación del plan de 2010, y siendo en este caso la aplicación del PGOU 1986 condicionante o decisiva para resolver lo planteado en el recurso de apelación (según se ha razonado anteriormente), deberá casarse y anularse la sentencia recurrida que desestima el recurso de apelación, así como estimarse el recurso de apelación y en su virtud estimar el recurso contencioso administrativo al ser contrario a derecho el acto presunto desestimatorio de la solicitud de incoación de expediente de establecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad física alterada por las obras de ampliación de los aparcamientos situados junto al lindero Este de las parcelas NUM000 y NUM001 de la URBANIZACION000 que ocupa parcialmente el viario público municipal, al haber quedado constatado en los informes técnicos municipales obrantes en el expediente la invasión según el PGOU 86 del viario público por las construcciones ejecutadas en el lindero Este de la referidas las parcelas."

Frente a este planteamiento de la recurrente, el Ayuntamiento recurrido alega la inexistencia de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia que se invoca en el recurso, refiriéndose a los informes emitidos ante la solicitud de restablecimiento de la legalidad formulada y señalando, que la resolución municipal fue absolutamente ajustada a la normativa vigente en el momento, en aras además a la seguridad jurídica, informada y resuelta conforme al planeamiento en vigor en ese momento. Razona que el PGOU de 2010, vigente en aquel momento, asumía lo edificado en las parcelas NUM000 y NUM001 de referencia, dejando lo ejecutado en situación de fuera de ordenación tolerado de forma transitoria, en tanto se llevase a cabo el proceso de normalización que determina su ficha urbanística, no procediendo

por tanto, la iniciación del procedimiento disciplinario de protección de la legalidad vigente.

Argumenta sobre el alcance y límites del recurso de apelación, el principio de seguridad jurídica y la prescripción de la indefensión y, concluye, en relación con la interpretación del *art. 271.2 LEC*, que las sentencias que anulan el PGOU de 2010, tienen su efecto, respecto de aquellos procedimientos no resueltos a la fecha de la publicación de dichas sentencias, pero no sobre las resoluciones administrativas, en este caso de disciplina urbanística, válidas y legalmente informadas bajo la vigencia de una norma. Lo contrario generaría inseguridad jurídica y obligaría a revisar todos los expedientes urbanísticos ya resueltos.

SEGUNDO.- Ante este planteamiento del recurso, se suscita en el auto de admisión, como cuestión de interés casacional objetivo, determinar la admisibilidad y, en su caso, el alcance en sede de apelación, de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación.

En el propio auto se indica que la respuesta a dicha cuestión viene determinada por la interpretación que deba hacerse del *art. 271.2 de la LEC* en relación con el *art. 56 de la LJCA*, indicación que responde al hecho de que en éste último precepto se regula la aportación de los documentos en que la parte funde su derecho con la demanda y contestación, sin que después se admitan más documentos que los que se hallen en alguno de los casos previstos para el proceso civil, a cuyo efecto, el citado *art. 271.2 de la LEC* dispone: "1. No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.

Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado por diligencia de ordenación a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia.

El Tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia."

En dicho precepto se establece, por lo tanto, una regla general en el número 1, en relación con la aportación de cualquier documento, instrumento, medio, informe o dictamen, de los que la parte pretenda valerse para fundar su derecho, y una regla especial en relación con la aportación de concretos documentos que son sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso.

Pues bien, en una primera línea de interpretación de este precepto y en lo que aquí interesa, cual es el momento procesal en que pueden aportarse documentos por las partes, se ha venido sosteniendo, tanto para la regla general como para la especial,

que en todo caso se estaba refiriendo a la aportación en primera instancia y que no habilitaba la posibilidad de aportación en segunda instancia o casación. Son representativos de dicho criterio los autos de 7 de febrero de 2002 (rec.4267/2001), 4 de julio de 2002 (rec. 369/2000) y 19 de mayo de 2005 (rec. 1421/2004), que se citan como fundamento en otros posteriores (8-5-2014, recs. 3806/13 y 305/12), y que razonan en los siguientes términos: "La vigente LRJCA contiene una regulación específica relativa al momento en que pueden presentarse documentos por las partes. En efecto, el *artículo 56.3 de la LRJCA* contiene una regla general conforme a la cual los documentos en que las partes directamente funden su derecho se acompañarán con los escritos de demanda y contestación, y el número 4 del mismo artículo posibilita que los documentos que se hallen en alguno de los casos previstos para el proceso civil, se puedan presentar después de la demanda y contestación, pero siempre antes de que se dicte sentencia en primera o única instancia, pues el citado *artículo 56 forma parte del Capítulo Primero del Título IV de la LRJCA*, referido al procedimiento en primera o única instancia, sin que ningún precepto de la vigente Ley de esta Jurisdicción prevea la posibilidad de aportar documentos con el escrito de interposición del recurso de casación, como tampoco lo hace la *LEC*, pues la expresión del *artículo 271.2* "(...) siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso", referida a la posibilidad de presentar "sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa" después de la vista o juicio, incide en la clase de dichos documentos, pero no en el momento en que pueden aportarse, que sólo podrá ser hasta el momento de dictarse sentencia en primera instancia, como así se deduce de lo dispuesto por el *párrafo segundo del artículo 272 del mismo texto legal*, al establecer que "contra la resolución que acuerde la inadmisión de los documentos no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de hacerse valer en la segunda instancia".

Sin embargo, en otra línea argumental y en relación a la regla especial establecida en el art. 271.2, que permite la aportación de sentencias o resoluciones administrativas decisivas para la resolución, ya sea en primera instancia o en cualquier recurso, se mantiene el criterio de la posibilidad de aportación de este tipo de documentos en casación. En este sentido, se razona claramente en auto de 4 de junio de 2014 (rec.1837/2013) que: "Entiende la Sala que no procede tal devolución pues la sentencia en cuestión ha sido aportada de conformidad con el *artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* que, como excepción a la regla, admite que se presenten, entre otros documentos, sentencias de fecha posterior al momento de formular conclusiones cuando pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver "en cualquier recurso".

Es evidente que este precepto no limita el juego de la excepción a la instancia sino que permite aplicarla al recurso de casación ya que éste se halla incluido en esa expresión "en cualquier recurso", del artículo 271.2.

En cuanto a si la sentencia aportada es o no condicionante de la resolución del recurso de casación, será cuestión que deba decidir la Sala al deliberar al respecto. De momento, basta con decir que no es irrazonable pensar que pudiera serlo, con lo que se cumple el requisito legal."

Este criterio se reitera y reproduce con la misma claridad en auto de 18 de enero de 2017 (rec.3621/2015); por otra parte, en auto de 20 de noviembre de 2017 (rec. 2459/16), tras diferenciar entre la regla general establecida en el art. 271.1 y la regla especial del número 2, se señala respecto de esta última, que una interpretación favorable a la aportación en segunda instancia, como excepción a la regla general ha

de interpretarse en sentido estricto, es decir, únicamente respecto de los documentos que se citan y no otros de distinto contenido; en el mismo sentido se pronuncia el auto de 16 de enero de 2018 (rec. 854/2017), tras señalar que: "Las únicas excepciones son las dichas en el artículo 271.2 (que resulta plenamente aplicable a la fase de recurso de casación, como lo demuestra el hecho de que el precepto hable de " o en cualquier recurso "), y se refieren sólo a "sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular conclusiones " ."

La aplicación de este criterio favorable a la posibilidad de aportar los documentos específicos a que se refiere el *art. 271.2 LEC* , no solo en la instancia sino también en vía de recurso, se refleja en numerosos recursos, como es el caso del auto de 17 de noviembre de 2015 (rec. 2555/14), relativo a la presentación de una Instrucción ministerial, según el cual: "el precepto aplicable es el *artículo 271.2 de esa misma Ley 1/2000* . Y de acuerdo con lo que en él se dispone, cabe presentar resoluciones de la autoridad administrativa siempre que puedan resultar condicionantes en cualquier clase de recurso. Documentos cuya presentación se admite, incluso, dentro del plazo para dictar sentencia.

La Sala, que viene haciendo una aplicación prudente de esta posibilidad, no ve razón para rechazar la presentación de este documento"; o el auto de 26 de enero de 2017 (rec. 1835/16) cuando señala que: "en relación exclusivamente con la *sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de junio de 2016* , aportada por la parte recurrente con su escrito de 7 de diciembre de 2016, al ser de fecha posterior al escrito de interposición del recurso de casación, la Sala considera procedente su admisión y unión a los autos, de conformidad con el *artículo 271.2 LEC* , sin prejuzgar el alcance y efecto de la citada resolución sobre los que se resolverá en su caso en la sentencia que dicte *esta Sala*"; y el auto de 17 de junio de 2021 (rec.2664/20), en el que se declara que: "Sin perjuicio de la valoración que en su momento haga la Sala auto de 30 de septiembre de 2020, dictado por el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-135-20* , no se advierten razones para denegar su aportación al proceso. Todo ello conforme al *artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ."

Existe, por lo tanto, un criterio jurisprudencial que, interpretando el alcance del *art. 271.2 de la LEC* , entiende procedente la aportación de los documentos a que se refiere el precepto en vía de recurso, pero además, tal criterio se refuerza en supuestos como el presente en los que la sentencia aportada incide en la determinación de la norma aplicable para la resolución del recurso, como es el caso del PGOU que debe tenerse en consideración para decidir sobre la solicitud de restablecimiento de la legalidad formulada por la recurrente.

Efectivamente, la anulación por sentencia judicial del PGOU de 2010 determina, según constante jurisprudencia, la reviviscencia del Plan anterior, en este caso de 1986, de manera que con la aportación de la sentencia anulatoria lo que se está planteando es la cuestión de elección de la norma aplicable y no la aportación de hechos o modificación de debate procesal y, por otra parte, la elección de la norma aplicable ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional (*iura novit curia*), con independencia de que se invoquen o no por la parte las normas que entiende de aplicación al caso.

En este sentido es significativa la *sentencia de 3 de junio de 2020 (rec. 3654/17)* , que, aunque referida a las limitaciones del escrito de conclusiones, señala que:"el tribunal no puede quebrantar la neutralidad exigible frente a ambas partes

introduciendo hechos distintos de los debatidos, mientras que, al contrario, en la elección o interpretación de la norma debe atenderse a la que resulte aplicable al asunto, haya sido o no invocada (*art. 218 LEC*), pero siempre para aceptar o rechazar las pretensiones oportunamente deducidas."

Finalmente, la determinación de la norma aplicable al caso, en este supuesto el PGOU, tiene como primera premisa su vigencia, que debe examinarse por el órgano jurisdiccional, con independencia de las aportaciones de la parte, normativa vigente que, en este caso, era la ordenación urbanística de **Marbella** de 1986, como consecuencia de su reviviscencia al haber recaído *sentencia de este Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2015* , anulando el PGOU de 2010.

No puede prosperar frente a ello la alegación de la Administración recurrida -que también se refleja en el auto denegatorio de complemento de sentencia- en el sentido de que la anulación del PGOU por sentencia no resulta aplicable sobre las resoluciones administrativas, en este caso de disciplina urbanística, válidas y legalmente informadas bajo la vigencia de la norma, pues contrariamente a dicho planteamiento, la anulación de una disposición general, como dispone el *art. 73 LJCA* , no afecta a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que la hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, pero, por el contrario, ha de tenerse en cuenta para resolver sobre actuaciones administrativas impugnadas y pendientes de resolución judicial, que por lo tanto no han adquirido firmeza, resolución judicial que ha de ajustarse a la norma vigente y aplicable al caso.

TERCERO.- De acuerdo con todo lo expuesto y dando respuesta a la cuestión de interés casacional suscitada en el auto de admisión, ha de señalarse: que resulta admisible la aportación en sede de recurso de apelación de una sentencia anulatoria de un Plan General, notificada con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, siempre que pudiera resultar condicionante o decisiva para resolver el recurso de apelación, con el alcance que resulte de su aplicación al caso.

CUARTO.- En aplicación de dicha interpretación y como ya hemos señalado antes, la aportación por la recurrente en apelación de la *sentencia de este Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2015* , por la que se anula el PGOU de **Marbella** de 2010, encuentra amparo en el *art. 271.2 de la LEC* y, en contra de lo indicado en el *auto de 19 de junio de 2020* denegando complemento de sentencia, no supone la incorporación de nuevos hechos ni modificación de las pretensiones de la parte, que además en todo momento mantiene la aplicación del Plan de 1986, sino que incide en la determinación de la norma aplicable para la resolución del recurso, que ha de corresponderse con aquella que, siendo aplicable, resulte vigente, que en este caso y por las razones ya expuestas es el Plan de ordenación urbana de **Marbella** de 1986, dada su reviviscencia por la anulación en sentencias de 2015 del PGOU de 2010 y que se trata de la aplicación a una resolución administrativa que, aunque producida al amparo de este último, fue impugnada en su momento y se hallaba pendiente de resolución judicial, según resulta del *art. 73 de la LJCA* .

En consecuencia, procede estimar este recurso de casación dejando sin efecto la sentencia recurrida y estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la recurrente, en su pretensión subsidiaria, consistente en declarar su derecho a que se inicie y sustancie por todos sus trámites el correspondiente expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y reposición del orden jurídico alterado por la realización de las obras cuestionadas, estimación que se limita en este sentido porque responde a la solicitud formulada por la parte a la Administración en 28 de

septiembre de 2010 y, además, porque las demás pretensiones que se ejercitan por la parte necesariamente han de responder a la tramitación del correspondiente procedimiento abierto al efecto.

QUINTO.- No ha lugar a la imposición de las costas 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.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

Estimar este recurso de casación n.º 7495/2020, interpuesto por la representación procesal de D.ª Elisenda, contra la *sentencia de 16 de julio de 2018*, *auto denegando complemento de 19 de junio de 2020*, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) en el recurso de apelación n.º 1701/2015, que casamos. En su lugar estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha representación procesal contra la desestimación presunta por el Ayuntamiento de **Marbella** de la solicitud de 28 de septiembre de 2010 de inicio de expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición a su estado anterior de la realidad física alterada por las obras de construcción de un bloque de viviendas en las parcelas NUM000 y NUM001 de la URBANIZACION000 de **Marbella**, en el sentido de declarar su derecho a que se inicie y sustancie por todos sus trámites el correspondiente expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística y reposición del orden jurídico alterado por la realización de las referidas obras, con desestimación de las demás pretensiones. 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.