

Roj: STS 6039/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6039
Id Cendoj: 28079130052011100528

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 5

Nº de Recurso: 2844/2008

Nº de Resolución:

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Septiembre de dos mil once.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº 2844/2008 interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias en nombre y representación de la Administración pública de la COMUNIDAD AUTONOMA DE CANARIAS contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, de 3 de septiembre de 2007 (recurso contencioso-administrativo 255/2004). Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida D. Gabino , que actúa en beneficio la Comunidad de Aguas los Llanos de Jerez, representado por la Procuradora Dª Matilde Marín Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de D. Gabino , que actuaba en beneficio de la Comunidad de Aguas los Llanos de Jerez, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 20 de mayo de 2003 por el que se aprobó definitivamente "de forma parcial" el Plan General de Ordenación de Santa Lucía de Tirajana y condicionado a la aprobación por el Ayuntamiento en el plazo de seis meses de un texto refundido que incorpore las subsanaciones de las deficiencias detectadas por la Ponencia Técnica de 25 de marzo de 2003, debiendo suprimirse las fichas 15, 16 y 17 del Catálogo de edificaciones "no amparadas", dejando en suspenso hasta su aprobación y en todo caso, durante el plazo máximo de un año la ordenación de:

- a) Todo el suelo rústico del término municipal.
- b) El sector residencial nº 17 Yeoward, y sus sistemas generales adscritos que se categorizarán como suelo urbanizable no sectorizado diferido.
- c) El Suelo Urbanizable No Sectorizado Estratégico del punto 3.c) de las conclusiones del informe técnico debatido en la Ponencia Técnica se suspenderá hasta que se declare su compatibilidad con el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria, y el informe de Puertos; y en todo caso por un plazo máximo de un año. Si no fuera aprobado definitivamente el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria, dentro de ese plazo de un año, deberá aprobarse definitivamente la ordenación como suelo rústico de la superficie a que afecta el SUNSE del Parque Tecnológico.
- d) Todas las referencias al uso turístico en suelo urbano y urbanizable.
- e) Anexo de edificaciones fuera de ordenación.

La Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 2007 (recurso contencioso-administrativo nº 255/2004) en cuya parte dispositiva se acuerda estimar en parte el recurso contencioso-administrativo, confirmando el acto impugnado en el particular relativo a la desclasificación operada pero no en cuanto deja la parcela del recurrente como suelo rústico en suspenso.

SEGUNDO.- En el fundamento jurídico primero de la sentencia la Sala de instancia delimita el alcance de la controversia planteada en el proceso y resuelve, desestimándola, la excepción de admisibilidad opuesta

por la representación de Comunidad Autónoma demandada -quien consideraba que al haberse suspendido la aprobación del Plan respecto del suelo rústico, en que se ubica la finca del actor, en este aspecto el planeamiento no era susceptible de recurso-; y razona la Sala sentenciadora que la suspensión de la aprobación del suelo rústico crea una situación de inseguridad jurídica, lo que determina la estimación parcial del recurso. El texto de este fundamento es el siguiente:

<< PRIMERO.- El actor, en su condición de propietario de la finca ubicada en la CALLE000 , nº NUM000 en la zona conocida como " DIRECCION000 ", enclavada en el pago de Sardina, t.m. de Santa Lucía de Tirajana, clasificada como suelo urbano en la Revisión de las Normas Subsidiarias de Santa Lucía fue desclasificada pasándole a asignarle una clasificación de suelo rústico en la categoría de protección territorial.

Por razones de orden procesal hemos de examinar en primer lugar la invocada inadmisibilidad del recurso propuesta por la Comunidad Autónoma que entiende que al no estar aprobadas definitivamente las determinaciones del PGO de Santa Lucía para el suelo rústico no cabe la impugnación en vía jurisdiccional del mismo, y al no estar aprobado definitivamente la ordenación urbanística de la finca propiedad de la actora resulta procedente la causa de inadmisibilidad del recurso administrativo.

La decisión de aprobar parcialmente el Plan General de Santa Lucía, objeto de este recurso, implica la desclasificación como suelo urbano de los terrenos del recurrente, por tanto es susceptible ser revisada judicialmente. Si bien es cierto que la nueva clasificación como suelo rústico está en suspenso, no por ello deja de ser revisable puesto que, igualmente, podemos revisar si es conforme a derecho o no la decisión de la Administración que conlleva desclasificar el terreno y darle una nueva clasificación como suelo rústico que según el acuerdo queda suspendida hasta su aprobación. El Tribunal supremo en sentencia de 16 diciembre 2004, destacó que "aunque el carácter discrecional de un aspecto del planeamiento, en ausencia de intereses supralocales, excluye el control de oportunidad, sin embargo no queda excluido el de legalidad y más concretamente el que se desarrolla a la luz de los principios generales del derecho."

Según la Memoria del plan impugnado el suelo rústico del municipio abarca el 82% del territorio y el urbanizable el 7%. Luego el acto impugnado aprueba parcialmente y decide en consecuencia la planificación exclusiva de menos del 20 % del territorio municipal; y los terrenos del actor quedan sin clasificación, dado que, se desclasifican como urbanos (lo que obtiene la aprobación de la COTMAC) y se clasifican como rústicos (lo que no obtiene la aprobación de la COTMAC). La Comunidad Autónoma señala que el suelo clasificado como rústico queda excluido expresamente de la aprobación y por consiguiente las decisiones y preceptos del planeamiento afectantes a dicha clase de suelo no han nacido al mundo jurídico carecen de vigencia alguno.

Por lo que se rechaza la causa de inadmisibilidad propuesta. Esta Sala en relación con el mismo municipio y en sentencia dictada en el recurso 248/2004 ha señalado que "Esta Sala en doctrina reiterada entre otros los recursos contencioso administrativos 1129/2001, sentencia de 1 de marzo de 2.007 y la sentencia de de 15 de diciembre de 2.006, dictada en el RCA nº 1.2151/01 , respecto a la aprobación parcial por la CCAA de determinados planeamientos ha declarado que el artículo 43 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo , que regula la Aprobación de los Instrumentos de Ordenación, cuyo tenor literal es el siguiente:

1. Cuando el órgano a que se atribuya la aprobación definitiva de un plan estimare que existe algún incumplimiento de los trámites reglamentarios u observara que el expediente no estuviera completo, lo devolverá al organismo o entidad que lo hubiere tramitado a efectos de la subsanación de los defectos observados, dentro del plazo que se fije reglamentariamente, con suspensión del plazo máximo para resolver.

2. Si no se apreciaran deficiencias de trámite o documentación el órgano competente deberá analizar la adecuación del plan a la normativa legal aplicable, al igual que su conformidad, en el caso de las soluciones aportadas en el ámbito municipal, con los instrumentos de ordenación territorial aplicables, así como su coordinación con las políticas de ámbito supralocal. En función de dicho análisis, podrá tomar las siguientes resoluciones alternativas:

a) Aprobar definitivamente el plan en los términos en que viniera formulado.

b) Aprobar el plan definitivamente a reserva de que se subsanen las deficiencias advertidas y supeditando su publicación al cumplimiento de esta obligación por el organismo o entidad que lo hubiera tramitado.

c) Aprobar el plan definitivamente, aunque de modo parcial, siempre que tal aprobación no ponga en cuestión la coherencia y eficacia ulterior del plan en su conjunto. A estos efectos, reglamentariamente se establecerán los plazos máximos para la subsanación, cuyo incumplimiento habilitará al órgano competente

para la aprobación, de acuerdo con las normas de régimen local y previa audiencia del interesado, para realizar las rectificaciones y modificaciones necesarias que permitan la aprobación definitiva de la totalidad del plan.

e) Desestimar motivadamente la aprobación definitiva del plan.

De la lectura del artículo 43 se desprende pues, que hay dos posibilidades que el precepto brinda a) que se aprecie el incumplimiento de los trámites reglamentarios o se observe que el expediente no está completo en cuyo caso procede la devolución y b) que no se aprecien deficiencias de trámite o documentación el órgano. Precisamente en este último caso es cuando se puede optar por alguna de las cuatro alternativas que en dicho artículo se recogen.

En el presente supuesto, la Administración demandada evidentemente ha considerado completa la tramitación y documentación, razón por la que ha optado por el apartado 2 y la alternativa c) aprobando definitivamente aunque de modo parcial...Si en toda aprobación definitiva parcial hay que partir de que la resolución resultante mantenga coherencia, cualquiera que sea la decisión que se adopte, respecto de aquellos extremos que no se aprueban, y de que la coherencia del Plan forme parte de lo querido por la voluntad municipal pero teniendo en cuenta que en la relación entre el interés local y el interés supralocal es claramente predominante este último(TS 7 de abril de 1992), en el caso que nos ocupa, se dejó a un ulterior momento de subsanación una serie de determinaciones que constituían elementos absolutamente contradictorios no solo con el modelo territorial previsto en las NNSS entonces vigentes sino en el documento inicial de Revisión.

Esta cuestión es importante dado que el artículo 32 del TRLOTENC exige que los Planes Generales establezcan la ordenación estructural y la ordenación pormenorizada del municipio. En concreto respecto al suelo rústico "su adscripción a la categoría que le corresponda y la determinación de los usos genéricos atribuibles a esa categoría.". Es decir, que la suspensión de la aprobación del suelo rústico, lo fue del todo, como sostiene la actora, en consecuencia, al desclasificarse como suelo urbanizable y suspenderse la aprobación del suelo rústico, la parcela quedo en situación de inseguridad jurídica, no es urbanizable pero al estar en suspenso la nueva clasificación no puede impugnarla, sin que se hayan articulado medidas transitorias para resolver esta cuestión.

Motivo que de por sí invalida el acto impugnado, al incumplir los mandatos del TRLOTENC, dado que los terrenos del actor son desclasificados y quedan suspendidas en su clasificación en el mismo acto, como sostiene el actor, y por tanto, conlleva la ilegalidad del anterior acuerdo, en lo que a los terrenos del MALO.2 se refiere. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 rechaza que se puedan producir en materia urbanística situaciones de incertidumbre, o indefinición, o de inconcreción y en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de marzo de 2006 destaca que "Si bien es factible la aprobación definitiva parcial, suspendiendo la aprobación de alguna zona o sector determinado, en tanto que no queda comprometido ni el modelo ni el régimen jurídico del suelo en general, al afectar a ese concreto sector o zona, que por su carácter aislado puede ser objeto de un tratamiento urbanístico específico sin comprometer otras zonas o sectores, cuando la suspensión se extiende a tal número de determinaciones, a tantos sectores y zonas, lo que resulta patente es que prácticamente todo el plan queda comprometido rompiéndose el carácter integral y global del plan."

En el caso se ha dejado en suspenso la aprobación de todo el suelo rústico del municipio, sin que se pueda afirmar que esta aprobación no afecte o altere el modelo territorial, dado que no sabemos si al revisar en su momento lo suspendido se pueda o no mantener las clasificaciones aprobadas y las proporciones de suelo urbano y urbanizable. La magnitud y las dimensiones de todos los sectores suspendidos, así como la existencia de terrenos como el del actor, para los que o se ha previsto un régimen transitorio mientras se subsanan los defectos advertidos, nos lleva a la conclusión de que la aprobación realizada difícilmente puede respetar el modelo concreto fijado por el planificador." Doctrina que es plenamente aplicable al presente caso>>.

Los fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto examinan la pretensión de la parte actora de que se asigne a los terrenos la clasificación de suelo urbano, llegando la Sala de instancia a la conclusión de que, siendo la de suelo urbano una categoría reglada, no había sido acreditado el cumplimiento de los requisitos necesarios para declarar procedente tal clasificación.

TERCERO.- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió por providencia de fecha 12 de mayo de 2008 en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala del Tribunal Supremo, se dio traslado la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para que manifestase si sostenía o no el recurso de casación por él preparado, y, en caso afirmativo, lo interpusiese por escrito, lo que llevó a cabo mediante escrito presentado el 27 de junio de 2008 en el que aduce dos motivos de casación, el primero al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción y el segundo por el cauce del artículo 88.1.d/ de la misma Ley. El enunciado de tales motivos es, en síntesis, el siguiente:

1. Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, habiéndose vulnerado el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la falta de claridad de incongruencia, al apreciarse contradicciones entre la motivación ofrecida en la sentencia y su parte dispositiva, conculcándose igualmente y por las mismas razones los artículos 24 y 103.3 de la Constitución, así como el artículo 33 y concordantes de la Ley reguladora de esta Jurisdicción.

2. Infracción de la jurisprudencia relativa al alcance y límites de la aprobación definitiva parcial de los instrumentos de planeamiento.

Termina solicitando que se dicte sentencia que case y anule la sentencia recurrida exclusivamente en cuanto se refiere a la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo "en cuanto deja la parcela del recurrente como suelo rústico en suspenso".

QUINTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008 se acordó admitir a trámite el recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a esta Sección Quinta, de conformidad con lo dispuesto en las normas sobre reparto de asuntos.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Quinta, la representación de D. Gabino , que actúa en beneficio de la Comunidad de Aguas los Llanos de Jerez, presentó escrito con fecha 8 de mayo de 2009 en el que formaliza su oposición a los motivos de casación aducidos y termina solicitando la desestimación del recurso de casación con imposición de las costas a la Administración recurrente.

SEPTIMO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 21 de Septiembre de 2011, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación lo interpone la representación de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, de 3 de septiembre de 2007 (recurso 255/2004) por la que se estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto en representación de D. Gabino , que actúa en beneficio de la Comunidad de Aguas los Llanos de Jerez, contra el acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 20 de mayo de 2003 en el que se otorga la aprobación definitiva parcial y condicionada del Plan General de Ordenación de Santa Lucía de Tirajana. En dicho acuerdo, como hemos visto en el antecedente primero, se dejaba en suspenso hasta su aprobación, y en todo caso durante el plazo máximo de 1 año, la ordenación de todo el suelo rústico del término municipal.

La sentencia desestima la pretensión del recurrente de que se asigne a la finca de su propiedad, situada en la CALLE000 , NUM000 , la clasificación de suelo urbano, aunque estima el recurso, según expresa literalmente el fallo, "...en cuanto deja la parcela del recurrente como suelo rústico en suspenso".

Hemos visto en el antecedente segundo las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar ese pronunciamiento de estimación en parte del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación aducidos por la representación de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, cuyo enunciado hemos dejado reseñado en el antecedente cuarto.

SEGUNDO.- Este primer motivo de casación se alega la infracción de las normas reguladoras de la sentencia -se citan como vulnerados los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 33 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción- por haber incurrido en el defecto de incongruencia positiva. Según la Administración Autonómica, lo resuelto en la sentencia excede del *petitum* de las partes, porque el Tribunal Superior de Justicia ha resuelto del debate en base a unos motivos no planteados por las partes, pues lo que se planteaba en la demanda era la impugnación de la clasificación del suelo rústico de protección territorial asignada a los terrenos, reclamando que les correspondía la clasificación de urbano, sin hacer mención alguna

al régimen del suelo rústico, de manera que la sentencia ha modificado sustancialmente los términos de la controversia.

El motivo ha de ser estimado.

En el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia, después de rechazar la causa de inadmisibilidad que había opuesto la Comunidad Autónoma demandada, se hace mención a que la propia Sala había dictado sentencia en el recurso 248/2004 en relación con el mismo municipio; y acto seguido transcribe entrecorillado el texto de esa sentencia anterior añadiendo a modo de inciso final el siguiente comentario: "...Doctrina que es plenamente aplicable al presente caso".

En esa cita extensa de la sentencia dictada en recurso 248/2004 se comprenden las razones determinantes de la estimación parcial del recurso, al entender la Sala de instancia que por la suspensión de la aprobación del suelo rústico y al desclasificarse como suelo urbano -la sentencia de instancia, sin duda por error, dice urbanizable- la parcela de la recurrente queda en situación de inseguridad jurídica, lo que, según la Sala sentenciadora, invalida el acto impugnado.

Así las cosas, habrá de convenirse en que la sentencia resuelve la controversia basándose de un modo determinante en un motivo extraído de otro litigio y que no había sido alegado ni debatido en el curso de este proceso, lo que vulnera la exigencia del artículo 33.1 de la Ley 29/1998, de que los órganos jurisdiccionales juzguen dentro de los límites de los motivos que fundamenten el recurso.

Aunque los artículos 33.2 y 65.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción confieren una cierta libertad al Tribunal de instancia para motivar su decisión, es presupuesto para ello que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones no alegados en el debate, para así salvaguardar los principios de contradicción y congruencia. El Tribunal Constitucional, desde su sentencia 20/1982, ha considerado que el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SsTC 211/1988, 144/1991, 43/1992, 88/1992 y 122/1994).

Por nuestra parte, hemos declarado reiteradamente que aunque en el proceso Contencioso-Administrativo el Juez no está vinculado por la invocación que hagan las partes de las normas jurídicas aplicables al caso sino que puede decidir conforme a las que considere procedentes, con independencia de que hayan pedido su aplicación, el artículo 33 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción obliga al Tribunal a someter a aquéllas la posibilidad de fundar el recurso o la oposición en otros motivos distintos de los alegados por ellas, cuando a su juicio la cuestión pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes. También hemos declarado que la sentencia que decide sobre motivos no alegados por las partes comete una infracción que trasciende la propia sentencia y afecta a las garantías procesales, por lo que si se estima un recurso de casación fundado en tal infracción la consecuencia debe ser la reposición de las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia para que la Sala de instancia someta la cuestión a las partes, según lo indicado en el artículo 33.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Pueden verse en este sentido la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 2011 (casación 1055/2008) y las que en ella se citan de 14 de diciembre de 2010 (casación 5746/06), 26 de junio de 2008 (casación 4618/2004) y 15 de octubre de 2010 (casación 5469/2006).

En nuestro caso, el Tribunal de instancia no respetó el principio de contradicción al no someter a la consideración de las partes el argumento traído de otro proceso seguido contra el mismo Plan de Ordenación de Santa Lucía de Tirajana, en el que, en definitiva, se basa su decisión y que hasta la sentencia había sido ajeno al debate. Por ello, ha de declararse haber lugar al recurso de casación interpuesto y ordenar la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que la Sala de instancia someta a la consideración de las partes el argumento introducido *ex novo* por la sentencia que ahora se anula, y resuelva luego en consecuencia, explicando razonadamente el alcance del fallo que se dicte.

En fin, la estimación de este primer motivo, con las consecuencias que acabamos de indicar, hace innecesario e improcedente el examen del segundo motivo de casación.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede imponer las costas de la instancia a ninguno de los litigantes, corriendo cada parte con las suyas en lo que se refiere a las de la casación.



Vistos los preceptos y jurisprudencia citados así como los artículos 86 a 95 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción,

FALLAMOS

1º. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE CANARIAS, que ahora queda anulada y sin efecto.

2º. Ordenamos la reposición de las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia para que la Sala de instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 33.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, someta a la consideración de las partes la cuestión relativa a "la suspensión de la aprobación del suelo rústico"; y resuelva luego lo que proceda.

3º.- No hacemos imposición de las costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN.**- Léida y publicada ha sido la anterior sentencia hallándose la Sala celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ