



Roj: **STS 786/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:786**

Id Cendoj: **28079130052017100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **28/02/2017**

Nº de Recurso: **2465/2015**

Nº de Resolución: **349/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JUAN CARLOS TRILLO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 2445/2015,**

STS 786/2017,

AATS 2044/2017,

ATS 5019/2017,

AATS 5918/2018,

STS 2570/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 28 de febrero de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 2465/2015, interpuesto por la procuradora doña Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de <<Cangedi, S.L.>>, contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso número 34/2011, sobre justiprecio de finca expropiada. Siendo parte recurrida la entidad pública empresarial <<Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea>> (AENA), representada por la procuradora doña Lucía Agulla Lanza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor literal:

<<1º Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de CANGEDI SL contra el acto administrativo a que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente sentencia por ser ajustado a derecho. 2º Sin costas>>.

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de <<Cangedi, S.L.>> presentó escrito ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Personada la recurrente, formalizó escrito de interposición del recurso de casación, expresando los motivos en que se amparaba, suplicando que se tuviera por interpuesto recurso de casación e interesando que, previos los trámites legales, <<[...] lo estime casando la sentencia y, estimando el recurso interpuesto anule el acuerdo que se recurre y fije el justiprecio expropiatorio en la suma de dieciséis millones ochenta y tres mil doscientos doce euros con veinticinco céntimos (16.083.212,25 €) incluyendo en la misma el 5% del premio de afección, cantidad fijada por acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de 22 de junio de 2010, más los intereses de demora previstos en los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 >>.



CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizaran su escrito de oposición, lo que verificó en tiempo y forma la representación procesal de <<Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea>> (AENA), impugnando los motivos del recurso de casación en virtud de las razones que estimó procedentes y suplicando que la Sala dicte sentencia por la que << (i) Se desestime totalmente el presente Recurso de casación conforme a las razones dispuestas por esta parte en los Fundamentos Jurídicos Primero a cuarto del presente escrito de oposición; y, en consecuencia, se dicte Sentencia confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia número 55/2015, de 16 de marzo, en los aspectos que son objeto del Recurso de Casación interpuesto por CANGEDI S.L.>>.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día veintidós de febrero de dos mil diecisiete, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso de casación, la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso administrativo número 34/2011, interpuesto por la mercantil también ahora recurrente, <<Cangedi, S.L.>>, contra acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Las Palmas, de 14 de diciembre de 2010, por el que estimando íntegramente el recurso de reposición deducido por la entidad pública empresarial <<Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea>> (AENA) contra otro de 22 de junio de 2010, se fija en 2.122.142,61 euros, incluido el premio de afección, el justiprecio por la expropiación de cuatro fincas propiedad de aquella mercantil, afectadas por la obra <<Aeropuerto de Gran Canaria. Ampliación Plataforma Norte-Sur y nuevos accesos a la zona sur del aeropuerto>>.

La sentencia recurrida desestima en su integridad el recurso contencioso administrativo y, en discrepancia con lo en ella resuelto, la sociedad expropiada interpone el recurso que nos ocupa con apoyo en cuatro motivos que seguidamente pasamos a examinar.

SEGUNDO.- Con el motivo primero, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, se invoca la infracción de los artículos 33.1 y 67.1 del indicado texto legal, así como la del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el argumento de que la sentencia incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre tres cuestiones planteadas en el escrito de demanda: Una, la nulidad de pleno derecho del acuerdo del Jurado por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 de la ley Jurisdiccional, que en su apartado 1 prevé que en los litigios entre administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. Dos, la nulidad también de pleno derecho del acuerdo del jurado por incumplir radicalmente lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, en el que se previene que la resolución del Jurado se notificará a la Administración y al propietario, ultimaré la vía gubernativa y contra la misma procederá tan solo el recurso contencioso administrativo. Tres, la anulabilidad del acuerdo del jurado, al estimar el recurso de reposición en contra del informe del vocal técnico, sin informe jurídico y sin percatarse que en el expediente no obraban dos de las partes del informe de <<TINSA>> que sirvió de soporte a la decisión adoptada.

El motivo debe estimarse, pues planteadas en efecto esas cuestiones en los fundamentos de derecho séptimo, octavo, noveno y décimo del escrito de demanda, la Sala de instancia guarda un absoluto silencio sin que de la motivación de su sentencia puedan inferirse las razones por las que se desestiman esas cuestiones.

La circunstancia de que el planteamiento de las mismas se realizara en los fundamentos jurídicos de la sentencia y no en los hechos, contrariamente a lo que sostiene <<AENA>> en su escrito de oposición al motivo, no puede erigirse en causa para su desestimación.

No hay ningún precepto de la Ley Jurisdiccional Contencioso Administrativa que exija que las cuestiones litigiosas se planteen en los hechos del escrito de demanda y esa exigencia tampoco resulta de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La circunstancia de que para los escritos de demanda, también para los de contestación, se exijan determinados requisitos formales, concretamente en el artículo 51.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, que se consignan con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, no supone que cuestiones como las planteadas en el escrito rector de estos autos, ya referenciadas, deban recogerse para su viabilidad procesal en los hechos.



Sin duda ninguna indefensión originó a los demandados que las cuestiones se invocaran exclusivamente en la fundamentación del escrito de demanda, cuya atenta lectura por el Tribunal hubiera evitado la infracción que se denuncia y acoge.

La consecuencia del acogimiento del motivo es, de conformidad con el artículo 95.2. c) y d) de la Ley Jurisdiccional , que resolvamos las cuestiones en los términos en que han sido planteadas, y al efecto cumple ya adelantar lo siguiente: 1.- Que AENA actúa en el procedimiento de expropiación en concepto de beneficiaria, no en calidad de Administración Pública. No le es pues de aplicación el artículo 44 de la Ley Jurisdiccional . 2.- Que la previsión del artículo 35 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 , tras la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo, queda derogada por contradicción con el artículo 116 de esta última en el que se reconoce y regula con carácter general el recurso de reposición. 3.- Que en vía de recurso de reposición no es necesario informe jurídico alguno y el voto del vocal técnico no tiene carácter decisorio. Los acuerdos del Jurado se adoptan por el voto de la mayoría de sus miembros. 4.- Que la existencia de un informe incompleto de <<TINSA>> en el momento de adoptarse el acuerdo definitivo del Jurado podría ser motivo para cuestionar la conformidad a derecho del acuerdo, pero no para cuestionar la sentencia que es el objeto del recurso de casación.

TERCERO.- Con el motivo segundo, por la vía, al igual que el primero, de la letra c) del artículo 88.1, lo que se sostiene es la infracción del artículo 33.1 de la Ley Jurisdiccional , con el argumento de que la sentencia resuelve la litis en atención a cuestiones que no fueron objeto del recurso.

Se refiere la recurrente al fundamento de derecho cuarto de la sentencia en el que se expresa lo siguiente:

<<La Sala considera que son acertadas las argumentaciones del Jurado Provincial en el que se refleja que la licencia contraviene la ordenación estructurante urbanística determinada para el SG-1.3 por vulnerar el convenio y la licencia el grado de ocupación, la altura y la intensidad edificatoria máxima permitida, además que dichas características del terreno no se han incluido mediante la modificación del PGOU de Telde y que al no haberse incluido en el Plan el convenio no tiene naturaleza normativa

En efecto la Sala considera que no se debía haber tenido en cuenta en el momento de otorgar la licencia al no haberse modificado el PG.

La ordenación urbanística del suelo contenida en el Plan General de Ordenación Urbana de Telde aprobada por Acuerdo de la COTMAC el día 4 de febrero de 2002 clasificaba el suelo como rústico de protección de infraestructura.

En el artículo 138 del citado Plan se contemplan los suelos rústicos que vienen "delimitados desde la adaptación del Plan General para el establecimiento de zonas de protección y de reserva que garanticen la funcionalidad de infraestructuras viarias, de telecomunicaciones, energéticas, hidrológicas, de abastecimiento, de saneamiento y análogas ...">>.

Y afirma en el desarrollo argumental del motivo que <<[...] es notorio que la licencia otorgada para la parcela hotelera no era objeto del recurso ...>>.

El motivo debe desestimarse.

La licencia de mención es la concedida por el Ayuntamiento de Telde el 12 de septiembre de 2001, por la que se autorizó a la aquí recurrente la urbanización y la construcción de una primera fase de un hotel junto al aeropuerto de Gran Canaria, objeto de recurso contencioso administrativo interpuesto por la Comunidad autónoma y desestimado por sentencia de la Sala de lo contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Canarias, de 7 de febrero de 2005.

A la licencia y a sus vicisitudes se hace mención en el escrito de demanda de la ahora recurrente, concretamente en el apartado 5º de los hechos (páginas 5 a 8), y constituye su otorgamiento así como su confirmación en vía jurisdiccional una de las razones esgrimidas por la actora en dicho escrito para cuestionar el aprovechamiento urbanístico reconocido por el Jurado. Así resulta del fundamento de derecho once del indicado escrito rector de los autos (páginas 25 a 28).

En consecuencia, sorprende que se invoque en el motivo que examinamos incongruencia *extra petita* cuando es precisamente quien aduce esa irregularidad la que trajo a debate los efectos de la licencia como determinante del aprovechamiento.

Solo se explica la invocación del motivo, pero no justifica ni su viabilidad procesal ni su acogimiento, que la recurrente entienda que la cuestión relativa a la edificabilidad constituye cosa juzgada en virtud de lo resuelto en la referida sentencia de 7 de febrero de 2005, pero ni a la cosa juzgada se hace mención en la demanda ni tampoco en el escrito de interposición del recurso de casación. Pero es que además aunque se tratara en esos



escritos no permitiría apreciar la incongruencia que se denuncia al amparo del artículo 88.1.c), esto es, como un vicio *in procedendo*. Recordemos que la sentencia aquí recurrida, a los exclusivos efectos valorativos de los bienes expropiados, más concretamente para hallar el aprovechamiento, expresa que la licencia y el convenio urbanístico que la precedió vulnera el planeamiento.

Si la decisión adoptada en la sentencia recurrida infringe o no el principio de cosa juzgada material, en su vertiente positiva o prejudicial, única a la que podría referirse la recurrente, constituye una cuestión que excede del ámbito del motivo fundamentado en un vicio *in procedendo*. Se trata de una cuestión de fondo, incardinable en vicio *in iudicando*.

CUARTO.- Con el motivo tercero, por la vía del artículo 88.1.d), se aduce por la recurrente la vulneración por la sentencia recurrida de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, así como de la Jurisprudencia, por valoración ilógica y arbitraria de la prueba, al aceptar como ámbito espacial homogéneo todos los suelos urbanos consolidados y no consolidados y urbanizables de uso industrial de todo el municipio y por no ajustarse a las pautas marcadas por reiteradas sentencias en la delimitación del ámbito espacial homogéneo.

Argumenta que nos encontramos ante unos terrenos en situación de urbanizados, en parte edificados y en parte sin edificar, calificados como parcela hotelera.

Dando respuesta en primer lugar al extremo del motivo en el que se denuncia una valoración ilógica o arbitraria de la prueba, es de advertir que fundamentada la denuncia, en discrepancia con la edificabilidad reconocida, en que en virtud de sentencias firmes el suelo tiene la clasificación de urbano con uso hotelero, el motivo en ese concreto extremo debe desestimarse.

Ello es así porque aceptándose por las partes que la legislación aplicable a efectos valorativos es la recogida en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, se revela como carentes de toda virtualidad las alegaciones que la recurrente, en el desarrollo argumental del motivo, realiza en orden a la clasificación del suelo.

Lo trascendente es si el suelo, de conformidad con el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, se encuentra en la situación básica de suelo rural o de suelo urbanizado, caracterizada esta última cuando concurren los requisitos previstos en los apartados 3 y 4 de dicho precepto.

Recordemos, siguiendo reiterada Jurisprudencia, que la inclusión del suelo en la situación de suelo rural o de suelo urbanizado, únicas contempladas en el artículo 12 del Texto Refundido referenciado, constituye una cuestión de hecho que depende de una valoración de las circunstancias concurrentes en el suelo de que se trate y en el momento de la fecha de referencia valorativa, y no de la clasificación urbanística (sentencias de 15 de febrero de 2016 -recurso de casación 3692/2014-, 16 de noviembre de 2015 -recurso de casación 1080/2014- y 21 de diciembre de 2015 -recurso de casación 2229/2014-).

Ni la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, de 7 de febrero de 2005 -recurso 419/2002-, desestimatoria del recurso contencioso administrativo deducido por la Comunidad Autónoma de Canarias contra el Decreto de la Alcaldía de Telde, de 12 de septiembre de 2001, por el que se otorga licencia de obras de urbanización y primera fase de construcción de un hotel de cuatro estrellas en la inmediaciones del Aeropuerto de Gran Canaria, ni la sentencia de igual Tribunal, de 3 de junio de 2004 -recurso 275/2004- estimatoria en parte del interpuesto por la mercantil ahora recurrente contra la Orden de la Consejería de Política Territorial y medio Ambiente del Gobierno Autónomo de Canarias, de 8 de febrero de 2002, por el que se da aprobación definitiva parcial al Plan General de Ordenación del municipio de Telde, sentencia contra la que interpuesto recurso de casación la Administración autonómica y fue desestimado por sentencia de esta Sala de 10 de julio de 2009 -recurso 2243/2005-, habilitan, conforme a la precedentemente expuesto, para apreciar que el Tribunal ha incurrido en una valoración ilógica o arbitraria de lo expresado y resuelto en esas sentencias.

En la primera de las citadas, la de 7 de febrero de 2005, la relativa a la conformidad o no a derecho de la licencia, con independencia de que las cuestiones suscitadas por la administración recurrente se circunscribieron, única y exclusivamente, a la omisión en el procedimiento de concesión de licencia del informe jurídico y a la vulneración de la medida suspensiva de licencias urbanísticas que habilitan la construcción o ampliación de establecimientos turísticos, adoptada por Ley 6/2001, de 23 de julio, de Medidas Urgentes en materia de Ordenación del Territorio y del Turismo de Canarias, y de que la Sala de Canarias, ajustándose a ese planteamiento, por evidentes razones de congruencia, resuelve esas cuestiones, sin entrar a valorar en momento alguno la clasificación o calificación urbanística de los terrenos en los que se autoriza la obra referida en la sentencia, y sin incidir tampoco en el aprovechamiento que la licencia supone, lo cierto es que tiene por conforme a derecho la licencia con los parámetros o condiciones que en su concesión se establecen, entre ellas las relativas a la edificabilidad y uso.



No otra cosa puede sostenerse respecto de la sentencia de 3 de junio de 2004 y de la de este Tribunal de 10 de julio de 2009 que la confirma.

En esa sentencia de 3 de junio de 2004 lo que se dice, a modo de conclusión en su fundamento cuarto, pese a admitir que no existe prueba acreditativa de que los terrenos afectados por la expropiación sean suelo urbano consolidado por la edificación y que las fotografías que refiere no permiten apreciar dotación de servicios, es que se acepta la clasificación de urbano sin categorización por admitirlo las partes.

Pues bien, la sentencia recurrida, a la hora de abordar el aprovechamiento aplicable y a los exclusivos efectos valorativos, lejos de lo que se sostiene en el extremo del motivo, no incurre en una valoración ilógica o arbitraria de lo resuelto en aquellas sentencias. Su razón decisoria no descansa en una cuestión fáctica sino en una apreciación de naturaleza jurídica, cual es si lo resuelto en aquellas sentencias obliga a tener por aprovechamiento el reconocido en la licencia.

Podrá o no ser acertada la solución alcanzada por la Sala de instancia pero lo que no cabe es combatirla con apoyo en la denunciada valoración ilógica o arbitraria de la prueba.

En todo caso debemos insistir en que lo decisivo en la aplicación del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, es la situación fáctica real en la que se encuentra el suelo y advertir que ninguna prueba de las practicadas acredita que el suelo expropiado se halle en situación de urbanizado, concepto distinto al de la clasificación del suelo como urbano.

El segundo extremo del motivo, circunscrito a una vulneración de la Jurisprudencia relativa a la interpretación del concepto de ámbito espacial homogéneo, cae por su base si nos atenemos a la pericial rendida por <<TINSA>> en la que se justifica la razón de atenerse a un uso industrial y a las determinaciones del Plan General sobre el aprovechamiento.

Nos referimos al informe titulado pericial número 1, en el que se hace mención a que el entorno es suelo rústico, con algunas edificaciones de uso industrial; a que si se toma el ámbito del S-6-1-3 del Plan General de 1994, nos daría una edificabilidad de 0,12175 m²t/m²s; a que si se está al uso industrial en suelo urbano, el aprovechamiento, conforme al Plan General, ascendería a 0,30 m²t/m²s; y a que atendiendo al suelo urbanizable de uso industrial del municipio resulta un aprovechamiento superior de 0,38955 m²t/m²s.

Cierto es que no se acomoda el perito de forma absoluta a los parámetros establecidos por una reciente Jurisprudencia relativa al aprovechamiento en aplicación de la nueva normativa legislativa, pero es de advertir que se justifica por la singularidad del caso enjuiciado derivado de no hallarse el suelo en situación de urbanizado y porque, en definitiva, ofrece un resultado favorable a los intereses de la propia recurrente, no desvirtuado en ningún momento por las demás periciales practicadas.

Advertir que es la propia recurrente quien en el motivo cuarto aboga por que la valoración debe atenerse a la situación real o fáctica del terreno en el momento de la valoración, sin tener en cuenta su clasificación urbanística.

QUINTO.- Aunque lo expuesto en el precedente conduce a la desestimación del motivo cuarto, debemos indicar que el desarrollo argumental de este motivo se acoge a evidentes imprecisiones de la sentencia en orden a la situación real en que se halla el suelo (rural o urbanizado) para sostener la situación de urbanizado sin apoyo probatorio alguno.

SEXTO.- Al haberse estimado el recurso de casación interpuesto no cabe hacer pronunciamiento de imposición de las costas, sin que se aprecien circunstancias para su imposición en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido : **PRIMERO.-** Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de <<Cangedi, S.L.>>, contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en el recurso número 34/2011 **SEGUNDO.-** Revocamos y dejamos sin efecto dicha sentencia por las razones expresadas en el fundamento de derecho segundo y desestimamos el recurso contencioso administrativo deducido contra el acuerdo del Jurado impugnado. **TERCERO.-** Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.



Jose Manuel Sieira Miguez Rafael Fernandez Valverde Juan Carlos Trillo Alonso Wenceslao Francisco Olea Godoy Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño Mariano de Oro-Pulido y Lopez **PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Juan Carlos Trillo Alonso** , estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ