



Roj: **STS 1855/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1855**

Id Cendoj: **28079130052016100164**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **22/04/2016**

Nº de Recurso: **4058/2014**

Nº de Resolución: **887/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 7127/2014,**
STS 1855/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Abril de dos mil dieciséis.

Esta Sala, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto el presente recurso de casación número 4058/2014, formulado por D. Rodolfo , a través del Procurador D. Luis Arredondo Sanz, contra la Sentencia de veinticinco de septiembre de dos mil catorce, dictada por la sección segunda de la Sala de lo de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (con sede en La Coruña) en el recurso 4404/2012 , sostenido contra la Orden de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de 29 de abril de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal del Ayuntamiento de Lugo; habiendo comparecido, como recurridas, la JUNTA DE GALICIA, representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, y el AYUNTAMIENTO DE LUGO, por medio de la Sra. Letrada de sus Servicios Jurídicos, con los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó, con fecha veinticinco de septiembre de dos mil catorce, sentencia en el recurso 4404/2012 cuyo Fallo es del siguiente tenor:

"Desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora doña Carolina Moreno Vázquez, en nombre y representación de don Rodolfo , en relación con la Orden de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de 29 de abril de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal del Ayuntamiento de Lugo; con imposición de las costas a la recurrente hasta un máximo de 1.000 euros para cada uno de los letrados de la parte demandada. (...)"

Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la recurrente presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando se tuviese por preparado recurso de casación, a ello se accedió por resolución de veintisiete de octubre siguiente, en la que se acordaba su emplazamiento para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

SEGUNDO.- Dentro del plazo al efecto concedido comparecieron ante esta Sala las partes expresadas en el encabezamiento de la presente.

El recurrente D. Rodolfo formalizó su escrito de interposición que, en lo esencial, se motiva de la siguiente manera:

"Primer Motivo: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1,c) de la LJCA , que dispone:



88.1,c).- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se ha producido indefensión.

Se subdivide en las siguientes infracciones y/o submotivos: A).- Infracción del artículo 60.4 de la LJCA , en relación con los artículos 289 , 290 , 292 y 431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , B).- Infracción de lo dispuesto en el artículo 60.6 de la LJCA , C).- Infracción del artículo 60.4 de la LJCA , en relación con el artículo 370 de la LEC , D).- Infracción del artículo 60.4 de la LJCA , en relación con el artículo 348 de la LEC .

Segundo Motivo: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1,d) de la LJCA , que dispone:

88.1,d).- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate: A).- Infracción del artículo 9.3 de la Constitución y de la jurisprudencia, B).- Infracción del artículo 63.1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre , artículo 70.2 de la Ley 29/1998 y de la jurisprudencia."

TERCERO .- Acordada la admisión a trámite por resolución de seis de febrero de dos mil quince, y remitidas las actuaciones a esta Sección quinta para su sustanciación, se dio el oportuno traslado: El Sr. Procurador de la Junta de Galicia manifestó su "oposición al recurso de casación de adverso deducido" solicitando su desestimación; Y el Ayuntamiento de Lugo también entiende que la sentencia de instancia es correcta, "las consideraciones de la sala de instancia se ajustan al ordenamiento jurídico y a la doctrina establecida ..." e interesa no haber lugar a lo solicitado de contrario.

CUARTO.- Tramitado el recurso, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, a cuyo fin se fijó, para su deliberación, votación y fallo, el diecinueve de abril de dos mil dieciséis, fecha en la que se celebró con observancia de las formalidades legales esenciales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Cesar Tolosa Tribiño, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso, contra la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo de Galicia de fecha 25 de septiembre de 2014 , desestimatoria del recurso interpuesto contra la Orden de la Consejería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de 29 de abril de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal del Ayuntamiento de Lugo.

SEGUNDO.- En justificación de la pretensión, la demandante alega, según la sentencia de instancia, que "No está motivada la calificación de vivienda familiar aislada al único solar existente en la RONDA000 . / - No responde al interés público, pues no se (sic) concreta qué interés público concurre (...) El dejar un espacio abierto hacia el río Rato, no se compagina con asignar el doble de edificabilidad al PERI.3 y permitir edificación abierta hasta con 8 plantas, en la parte posterior del solar. / - Es ilógica, pues si a toda la Ronda, en ambas márgenes, al suelo urbano consolidado, se le atribuye una clasificación de manzana cerrada, con 6-8 plantas, al solar mencionado, no puede atribuírsele el de vivienda unifamiliar aislada. / - Es arbitraria, pues no responde a ningún criterio urbanístico la calificación asignada, colindante con un edificio de grandes dimensiones de bajo y tres plantas y en una zona en la que al suelo urbano consolidado se autoriza la manzana cerrada con 6-8 plantas y es contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (...) - Es discriminatoria con los suelos de la misma clasificación en la misma Ronda (...)"

TERCERO.- La sentencia rechaza que la calificación del terreno -vivienda unifamiliar aislada, Ordenanza 7- carezca de motivación y sea arbitraria.

A continuación, la sentencia razona que "no es exigible que el plan general de ordenación municipal (su memoria) contenga una pormenorizada explicación de la calificación otorgada a cada finca", que "los objetivos del Plan general para esta zona que perseguían una ordenación diáfana que permitiera abrir un espacio hacia el Río Rato rompiendo así la estructura amurallada que produjo la edificación fruto de la ordenación en manzana cerrada del Plan general anterior", concluyendo que: "3º. Lo que revisamos es el ejercicio de la potestad de planeamiento, que parte de la realidad existente.

La fotografías aéreas reflejan con claridad la existencia de situaciones distintas -zonas sin edificar, poco o muy edificadas, estas últimas, sí, en los términos de la demanda-

La demandante no dice que tal realidad es incompatible con los fines y objetivos de la determinación del plan (con la justificación que conoce) y la Administración municipal, en la contestación e informe que acompaña, abundó en la misma justificación.



4º. El criterio, en definitiva, la decisión de que las edificaciones de mayor altura a que se refiere la demanda han de llegar hasta donde llegan (el demandante no dice cuál habría de ser el límite) se enmarca en el ámbito de la potestad de planeamiento, y, por sí sola, no supone discriminación".

CUARTO.- Frente a la citada sentencia, se interpone el presente recurso, basado en los siguientes motivos:

1º) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1,c) de la LJCA , motivo que se subdivide en las siguientes infracciones y/o submotivos:

A).- Infracción del artículo 60.4 de la LJCA , en relación con los artículos 289 , 290 , 292 y 431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ,

B).- Infracción de lo dispuesto en el artículo 60.6 de la LJCA ,

C).- Infracción del artículo 60.4 de la LJCA , en relación con el artículo 370 de la LEC ,

D).- Infracción del artículo 60.4 de la LJCA , en relación con el artículo 348 de la LEC .

2º) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1,d) de la LJCA , motivo que se subdivide en las siguientes infracciones y/o submotivos:

A).- Infracción del artículo 9.3 de la Constitución y de la jurisprudencia.

B).- Infracción del artículo 63.1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre , artículo 70.2 de la Ley 29/1998 y de la jurisprudencia.

QUINTO.- Antes de entrar a resolver sobre los motivos alegados, conviene tener en cuenta los siguientes datos, relativos a las incidencias en la tramitación del procedimiento.

En el presente caso, en el escrito de demanda, se solicitó, mediante otrosí, la práctica de prueba, en concreto la testifical pericial de una arquitecta superior, cuyo informe había sido acompañado con el escrito de demanda.

Mediante Auto de fecha 20 de enero de 2014, se recibió el proceso a prueba, admitiendo la testifical pericial de la actora, si bien se consideró que no era necesaria la "intervención del perito en sede judicial, sin perjuicio de que en su día se pueda acordar como diligencia para mejor proveer", decisión que aplicó igualmente a la pericial aportada por el Concello de Lugo.

Mediante escrito de fecha 3 de febrero de 2014, se interpuso contra el referido Auto, recurso de reposición, denunciando la indefensión que la falta de intervención del perito provocaba y la improcedencia de diferir su posible practica a las diligencias para mejor proveer o diligencias finales.

La Sala dictó auto de fecha 19 de febrero de 2014, desestimando el recurso, al razonar que: "La prueba se propuso sin justificación de la necesidad de intervención del testigo-perito en la vista, y ahora tampoco se argumenta sobre la finalidad del interrogatorio. En todo caso la sala consideró que la intervención no era necesaria para dictar sentencia."

SEXTO.- Los tres primeros "submotivos" planteados al amparo del art. 88.1 c) LJCA , pese a estar basados en preceptos diferentes, se basan todos ellos en la infracción de distintos apartados del art. 60 LJCA , y hacen referencia a la infracción formal en la que habría incurrido la Sala, al no permitir la comparecencia de la técnico que había elaborado el dictamen acompañado con el escrito de demanda.

A estos efectos, se hace preciso recordar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 37/2000, de 14 de febrero , 19/2001, de 29 de enero y 133/2003, de 30 de junio) sobre la inescindible conexión del derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE , con el derecho de defensa, al afirmar que "el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso".

Se trata por tanto de un derecho no absoluto que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996, de 15 de enero , 246/2000, de 16 de octubre).

SÉPTIMO.- No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000, de 16 de octubre y 35/2001, de 12 de febrero).

Además es preciso que la vulneración se impute al órgano judicial pues no es admisible respecto de quienes con su pasividad o desacertada actuación procesal han contribuido a su materialización (STC 104/2001, de 23 de abril , STC 174/2005, de 4 de julio).



Se observa, por tanto, que la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (STC 141/2009, de 15 de junio , FJ 4 con cita de otras muchas) o que la inejecución sea imputable al órgano judicial (STC 29/2008, de 20 de febrero , FJ 5). Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas (FJ 4º STC 141/2009, de 15 de junio , con cita de otras anteriores).

Como dice la STC 181/2009, de 23 de julio , FJ 6º con cita de otras anteriores, la exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta en un doble plano "por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado-, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional".

OCTAVO.- Sentado lo anterior, conviene recordar que, como ha señalado el Tribunal Constitucional en SSTC 4/2005 y 308/2005 : "el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes, o dejar de practicarla si ésta es admitida, y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida"; en la misma línea puede apreciarse la doctrina jurisprudencial contenida en nuestras sentencias de 21 de octubre y 4 de noviembre de 2008 .

Del mismo modo, nuestra sentencia de 24 de abril de 2007 , considera quebrantadas las formas esenciales del juicio, por vulneración del derecho a la prueba, a consecuencia de haberse inadmitido la propuesta mediante una resolución de trámite no suficientemente razonada sobre la apreciación de innecesariedad.

NOVENO.- A efectos de resolver sobre la estimación de la denuncia formulada, ha de tenerse en cuenta cuál ha sido el objeto del proceso. Lo que se discutía era si resultaba o no arbitraria la calificación de los terrenos de la parte actora, como vivienda unifamiliar aislada grado 1. Para sustentar esta posición, la parte demandante acompañó el pertinente dictamen pericial, en el que se concluía que, el suelo no consolidado lindante con la parcela tenía el doble de edificabilidad, y que el suelo litigioso, urbano consolidado, se le asignaba una ordenanza completamente diferente a la de su entorno. Dichas conclusiones son contradichas por la prueba pericial aportada por el Ayuntamiento de Lugo en su contestación a la demanda.

Siendo este el contenido y objeto del debate procesal, que si bien tiene carácter jurídico, al versar sobre la racionalidad de la nueva ordenación, parte, como suele suceder en este tipo de procedimientos, de un evidente componente fáctico, lo que convierte en absolutamente insuficiente la respuesta dada por la Sala para denegar la prueba solicitada, máxime si tenemos en cuenta el contenido de lo resuelto y su fundamentación, que, basándose en la prueba practicada, concluye admitiendo la tesis contraria a la defendida en el informe aportado por la actora.

DÉCIMO.- Sentado lo anterior y en lo que concierne al presente procedimiento, debemos señalar que aunque el artículo 346 de la Ley procesal civil , supletoria en nuestra Jurisdicción, no exige que para la validez y eficacia probatoria del dictamen pericial, las aclaraciones se realicen en vista oral, si resulta exigible una previa ponderación del Tribunal respecto a la necesidad y pertinencia de que se haga en comparecencia ante el Tribunal, para ratificar, ampliar o aclarar el contenido de su informe.

En segundo lugar, a juicio de esta Sala, en sede casacional la parte recurrente argumenta suficientemente, tal como exige la doctrina constitucional, la relevancia de la ratificación de la prueba que, en orden a la averiguación de los hechos y circunstancias controvertidos, hubieren incidido en un resultado distinto por el Tribunal de instancia.

Las razones expuestas justifican que se acoja el primer motivo de impugnación, se case la sentencia de instancia y se repongan las actuaciones procesales al estado y momento que se incurrió en la infracción, acordándose la práctica de la prueba de ratificación de la pericial declarada en su día innecesaria y la continuación del proceso de instancia hasta dictar la sentencia que proceda.

DECIMOPRIMERO.- No se imponen las costas de este recurso.

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido

FALLAMOS



Ha lugar al presente recurso de casación nº 4058/2014 interpuesto por la representación de D. Rodolfo , contra la sentencia, de fecha veinticinco de septiembre de dos mil catorce, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso número 4404/2012 , y casando dicha sentencia, reponemos las actuaciones procesales de la instancia al momento en que se produjo la infracción apreciada, para que, se realice la práctica de la ratificación de la prueba pericial interesada y continúe la tramitación del proceso hasta dictar la sentencia que proceda.

No se imponen las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la colección legislativa del Consejo General del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Rafael Fernandez Valverde. Jose Juan Suay Rincon, Cesar Tolosa Tribiño, Francisco Jose Navarro Sanchis, Jesus Ernesto Peces Morate, Mariano de Oro-Pulido y Lopez.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, **D. Cesar Tolosa Tribiño** , estando la Sala reunida en audiencia pública, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOC