



Roj: **STS 2178/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2178**

Id Cendoj: **28079130052017100237**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **30/05/2017**

Nº de Recurso: **3314/2015**

Nº de Resolución: **961/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MARIANO DE ORO-PULIDO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 30 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto ha visto los recursos de casación tramitados bajo el número 3314/2015 interpuestos por las entidades (1) **BCN BUSINESS PARK, S.L.** y **CANTERAS J. CLAPE, S.L.**, ambas representadas por la procuradora D.ª Fuencisla Martínez Mínguez bajo la dirección del Letrado D. Carles Pareja Lozano y (2) **GENERALIDAD DE CATALUÑA** representada por el letrado de dicha Administración, designando a efectos de notificaciones al procurador Sr. Velasco Muñoz Cuéllar, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 22 de abril de 2015, en el Recurso Contencioso-administrativo número 237/2011, sobre urbanismo. Han comparecido en calidad de recurridos: (1) **Generalidad de Cataluña** representada y defendida por el letrado de la Generalidad y (2) D. Blas, D.ª Emma, D. Gumersindo, D. Pascual, D.ª Rosario y D. Luis Francisco todos ellos representados por la Procuradora D.ª Rosa Sorribes Calle bajo la dirección del Letrado Eduard de Ribot Molinet.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se ha seguido el Recurso Contencioso-Administrativo nº 237/2011 interpuesto por D. Blas, D.ª Emma, D. Gumersindo, D.ª Leonor, D. Pascual, D.ª Rosario, D. Luis Francisco y Esquerra Republicana de Catalunya-Acord Municipal representados por el procurador D. Antoni María de Ainzizu Furest, contra la Generalitat de Catalunya representada por el abogado de dicha Administración, contra el Ayuntamiento de **Bigues i Riells** representado por la procuradora D.ª Emma NelLo Jover, y contra las entidades BCN BUSINESS OARK S.L. y CANTERAS J. CLAPE, S.L, representadas por el procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert, en calidad de partes codemandadas, sobre Disposición General de Urbanismo.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó sentencia nº 279, con fecha 22 de abril de 2015, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

" *ESTIMAMOS LA INADMISIBILIDAD DEL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO RESPECTO A ESQUERRA REPUBLICANA DE CATALUNYA-ACORD MUNICIPAL, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Segundo y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo interpuesto a nombre de Don Blas, Doña Emma, Don Gumersindo, Doña Leonor, Don Pascual, Doña Rosario y don Luis Francisco contra el Acuerdo de 15 de abril de 2010 de la Comissió Territorial d'Urbanisme de Barcelona de la GENERALITAT DE CATALUNYA por virtud del que, en esencia, se aprobó definitivamente el Plan de Ordenación Urbanística Municipal de **Bigues i Riells** en lo que hace referencia al área extractiva de Can Margarit, incorporando de oficio la ficha del sector del Plan Especial (PEU 4), Área Extractiva, zona de Can Margarit y los correspondientes planos, del tenor explicitado con anterioridad, y ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA ARTICULADA ESTIMAMOS LA DISCONFORMIDAD A DERECHO Y NULIDAD DEL ACUERDO PRECITADO Y DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA A QUE EN EL MISMO SE HA DADO LUGAR Y SE ACUERDA QUE, SIN ULTERIOR*



TRAMITACIÓN QUE AÑADIR A LA SEGUIDA, EN EL PLAZO DE TRES MESES A LA FIRMEZA DE LA PRESENTE SENTENCIA POR LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL SE EJERZAN SUS COMPETENCIAS DE CALIFICACIÓN URBANÍSTICA EN ESE ÁMBITO TERRITORIAL Y, SEGUIDAMENTE Y A LA MAYOR BREVEDAD, ELEVADO EL PROCEDIMIENTO A LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN EL PLAZO DE TRES MESES POR ESTA SE EJERZAN LAS COMPETENCIAS PROPIAS ESTABLECIENDO FINALMENTE UNA CALIFICACIÓN URBANÍSTICA ACORDE Y RESPETUOSA CON LA NATURALEZA DE LOS TERRENOS DE AUTOS QUE NO PUEDE SER LA EXTRACTIVA Y QUE PRODUCIDA LA CORRESPONDIENTE PUBLICACIÓN DE LA NUEVA ORDENACION DEBERÁ COMUNICARSE A ESTE TRIBUNAL.

Sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas. "

TERCERO.- Contra dicha Sentencia se preparan, por las representaciones procesales de las entidades "BCN BUSINESS PARK, S.L. y CANTERAS J. CLAPÉ, S.L." y, de la GENERALIDAD DE CATALUÑA, primero ante la Sala "a quo", y se interponen, después ante esta Sala, recursos de casación.

CUARTO.- Los recursos de casación fueron admitidos por providencia, de fecha 8 de junio de 2016, al tiempo, que se acordó en dicha resolución, la remisión de actuaciones a la **Sección Quinta**.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 23 de junio de 2016, fueron convalidadas actuaciones practicadas, al tiempo que se acordó hacer entrega de copias de los escritos de interposición de los recursos al letrado de la GENERALIDAD DE CATALUÑA y a la procuradora D.^a Rosa Sorribes Calle en nombre y representación de D. Blas y OTROS, a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizasen sus escritos de oposición. Al tiempo que se dió traslado de los escritos de interposición a las partes recurrentes, para que sí a su derecho convinieren, formalizasen los escritos de oposición en el plazo de treinta días.

Dicho trámite fué evacuado por las representación procesal de D. Blas y otros; no habiéndose presentado escrito alguno por la Generalitat de Catalunya y por la entidad BCN Busines Park S.L y otra, por lo que se tuvo por caducado el derecho y por perdido el trámite, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 128 de la LJCA. todo ello de conformidad con la resolución dictada el 14 de septiembre de 2016.

SEXTO.- Por Providencia de 26 de septiembre de 2016 se señaló para votación y fallo de este recurso de casación el día 30 de noviembre del mismo año, si bien, dicho señalamiento fué dejado sin efecto, al ser preciso remitir al servicio de traducción de éste Tribunal Supremo diversos documentos, señalándose de nuevo el día 17 de mayo de 2017, en cuya fecha ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de casación 3314/2015, la sentencia que la Sala de lo contencioso-Administrativo -Sección Tercera- del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó el 22 de abril de 2015, en el recurso contencioso-administrativo nº 237/2011, por la que se estima en parte el formulado por D. Blas y otros contra el Acuerdo de 15 de abril de 2010 de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona por cuya virtud, en esencia, se aprobó definitivamente el Plan de Ordenación Urbanística Municipal de **Bigues y Riells** en lo que hace referencia al área extractiva de Can Margarit, incorporando de oficio la ficha del Sector del Plan Especial -PEU 4- y los correspondientes planos.

La referida sentencia estimó "la disconformidad a derecho y nulidad del acuerdo precitado y de la ordenación urbanística a que en el mismo se ha dado lugar, y se acuerda que, sin ulterior tramitación que añadir a la seguida, en el plazo de tres meses a la firmeza de la presente sentencia, por la Administración municipal se ejerzan sus competencias de calificación urbanística en ese ámbito territorial y, seguidamente y a la mayor brevedad, elevado el procedimiento a la Administración Autonómica en el plazo de tres meses, por ésta se ejerzan las competencias propias, estableciendo finalmente una calificación urbanística, acorde y respetuosa con la naturaleza de los terrenos de autos, que no puede ser extractiva y que producida la correspondiente publicación de la nueva ordenación deberá comunicarse a este Tribunal".

SEGUNDO.- Contra esa sentencia han interpuesto recurso de casación la Generalidad de Catalunya y las entidades "BCN BUSINESS PARK S.L." y "CANTERAS S. CLAPÉ S.L.".

La Generalidad de Catalunya promueve recurso de casación, articulando en él los siguientes motivos de casación:

1º.- Al amparo de lo preceptuado en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción, por considerar que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 33 y 67.1 de la Ley de ésta Jurisdicción y 24.1 de la Constitución, incurriendo en incongruencia en cuanto decide el debate otorgando más de lo pedido, y sobre cuestiones no planteadas.



2º.- También amparado en el artículo 88.1.c) de la LJCA, por vulneración del artículo 71.2 de la misma Ley y la Jurisprudencia relativa a éste precepto.

3º.- Asimismo amparado en el artículo 88.1.c) de la LJCA, por vulneración de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución en relación con la necesaria motivación de la sentencia.

4º.- Al amparo de lo preceptuado en el apartado d) de la LJCA por vulneración de los artículos 217 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes sobre la valoración de la prueba.

Por su parte, las entidades recurrentes promueven asimismo recurso de casación, articulando en él los siguientes motivos:

1º.- Al amparo de lo preceptuado en el apartado c) de la LJCA, por infracción de los artículos 24 de la Constitución, 209.3 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º.- Al amparo de lo preceptuado en el apartado d) de la LJCA por infracción de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, y de los artículos 319 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la valoración de la prueba con arreglo a la sana crítica.

3º.- Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de esta Jurisdicción por infracción de los artículos 319 y 346 sobre la valoración de la prueba con arreglo a la sana crítica e infracción del artículo 71.2 de la Ley de esta Jurisdicción.

4º.- Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- En el primer motivo de casación de la Generalidad de Cataluña se denuncia que la sentencia incurre en vulneración de los artículos 33 y 67.1 de la Ley de esta jurisdicción y 24 de la Constitución por incongruencia, a decidir el debate otorgando más de lo pedido y sobre cuestiones no planteadas.

Se aduce en el motivo que la actora pedía en la demanda, aparte de la nulidad del acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo, la adopción de una serie de pronunciamientos, y la sentencia, en cambio va más allá y declara no sólo la nulidad de dicho acuerdo sino que, además, ordena a las Administraciones demandadas "que califique el ámbito de acuerdo con sus características, otorgándole una calificación que no podrá ser la extractiva".

Ciertamente la necesidad de preservar la correlación entre las pretensiones deducidas por las partes y el pronunciamiento judicial impone al Tribunal el deber de juzgar dentro de los límites de dichas pretensiones, produciéndose incongruencia "*ultra petitem*" cuando la sentencia concede algo que no fué solicitado por las partes.

En el presente caso, la parte actora impugnó el acuerdo recurrido por considerar que el uso extractivo permitido en el terreno litigioso no se corresponde con los especiales valores naturales que en él concurren, por lo que la declaración de nulidad del Plan impugnado por dicha causa conlleva necesariamente la condena a la Administración a dejar sin efecto la calificación de área extractiva y, obviamente, a otorgar una calificación distinta, "*y respetuosa con la naturaleza de los terrenos de autos que no puede ser la extractiva*".

La resolución recurrida ha juzgado, pues, dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos o alegaciones deducidas.

CUARTO.- En el segundo motivo de casación de la Generalidad de Cataluña se denuncia vulneración del artículo 71.2 de la Ley de esta Jurisdicción.

Interesa, ante todo, resaltar que éste motivo se formula al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción.

Pues bien, en relación con el cauce procesal adecuado para la impugnación del referido precepto, esta Sala tiene reiteradamente declarado, así sentencias de 10 y 15 de junio y 14 de diciembre de 2016 - recursos de casación 1163/2015, 1737/2015 y 2787/2015, respectivamente-, en las que se señala que en el auto de la Sección Primera de 18 de febrero de 2016 -recurso de casación 2082/2015- declaramos la inadmisión de un motivo idéntico al ahora analizado por carencia manifiesta de fundamento al apreciar la falta de correspondencia entre la infracción denunciada, que hubiera debido formularse al amparo de los apartados a) o d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción, y el cauce procesal expresamente utilizado, el del apartado c) del citado precepto:

En dichas sentencias se dice: "*Razonamos allí como la doctrina jurisprudencial mayoritaria y vigente tiene declarado (entre otras en la sentencia de 5 de febrero de 2013, recurso de casación nº 4103/2010), que la denuncia de la vulneración del artículo 71.2 LJCA puede ser canalizada por el apartado d) del artículo 88.1*



(así, sentencia de esta sala y Sección de 9 de diciembre de 2011, recurso de casación nº 85/2008), o bien, en ciertos supuestos, por el apartado a) del mismo precepto (así, sentencias de esta Sala y Sección de 29 de abril y 15 de julio de 2011 , recursos de casación nº 1755/2007 y 5332/2007), pero no por el apartado c), como se fundamenta en el escrito de interposición. Más en concreto, en el auto de esta Sala de 7 de junio de 2012, RC 126/2012 , en que se alegó la infracción del artículo 71.2 al amparo del epígrafe c) declaramos la inadmisión del motivo por carencia de fundamento, "(...) toda vez que se pretende, como es el caso, denunciar la infracción de las normas reguladoras de la sentencia al considerar la parte recurrente que existe un error "in procedendo". En las sentencias de esta Sala de 29 de abril de 2011 (Recurso de Casación núm. 1755/2007) y de 2 de febrero de 2012 (Recurso de Casación núm. 4509/2009) hemos entendido, no obstante, que el ejercicio de una jurisdicción funcionalmente correcta puede concluir también en un ejercicio abusivo cuando, ya en la fase de decisión del proceso (y como vicio "in iudicando"), la sentencia sustituye a la Administración al decidir, lo que acontece cuando adopta e impone determinaciones que no tienen una alternativa única y que, por tanto, siguen correspondiendo constitucionalmente en exclusiva a la Administración autora del planeamiento urbanístico. Además del cauce del apartado a), en determinados supuestos puede ser vehiculado por el apartado d), del artículo 88.1 de la LJCA (pero en ningún caso mediante el cauce del apartado c). Así se establece en la sentencia de esta Sala de 15 de julio de 2011 (recurso de casación núm. 5332/2007). "

La recurrente cita erróneamente en el motivo, en apoyo de su tesis, la citada sentencia de 15 de julio de 2011 -recurso de casación 5332/2007 -, cuando es lo cierto que el motivo invocado al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA lo fue para denunciar la infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por adolecer la sentencia de déficit de motivación, lo que nada tiene que ver con el motivo aquí aducido.

En todo caso, nos remitimos a lo que después se dirá en relación con un motivo similar planteado correctamente por el apartado d) por la entidad recurrente.

QUINTO.- En el tercer motivo de casación de la Generalidad de Cataluña formulado por la vía del artículo 88.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción , se impugna la sentencia por falta de motivación, con infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución .

Se aduce que la sentencia adolece de la necesaria motivación que permita conocer las razones por las cuales el Tribunal ha adoptado su decisión, así como las pruebas en que se fundamenta para anular la calificación de Zona extractiva, llegando incluso a afirmar que "en los fundamentos de derecho de la sentencia se desprende lo contrario a lo que se decide, esto es, que el ámbito concreto pueda tener calificación extractiva".

Esta afirmación se sostiene, como señala la parte recurrida, con la sólo copia de un fragmento puntual y descontextualizado de la sentencia -el fundamento jurídico cuarto, punto 4.6- en el que la misma recoge la opinión de la parte contraria, según la cual la inclusión de la zona litigiosa en los ámbitos de la Zona de Especial Protección para las Aves o en Lugares de Importancia Comunitaria no comporta "prohibición radical y absoluta en todo caso de actividades extractivas y/o mineras", pero inmediatamente a continuación precisa que lo que no se puede aceptar es "que esas actividades son perfectamente admisibles siempre y en todo caso ya que, por lo expuesto, no puede dudarse que el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico que nos acoge debe sujetarse activamente tanto en su motivación como en su justificación a la sentida y necesaria finalidad y objetivo de garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los habitats naturales y de la fauna y flora silvestre".

Sin embargo la recurrente omite el resto de las argumentaciones contenidas en la sentencia, de las que se desprende con claridad que en el supuesto de autos, no es compatible el mantenimiento de la biodiversidad de los habitats y de los valores faunísticos con la actividad extractiva.

En efecto, la Sala de instancia a lo largo del extenso fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida -folios 9 a 25- acredita el valor natural de los terrenos en cuestión, en los que se pretende instalar una nueva área extractiva de 16#88 Ha, como ampliación de la cantera preexistente, ya que se trata de suelo no urbanizable de especial valor natural -siendo su anterior calificación la de suelo de Protección forestal y paisajístico- que ha merecido la calificación de Real Natura 2000 en sus trascententes vertientes de Zona de Especial Protección para las Aves -ZEPA- y Lugar de Importancia Comunitaria -LIC-, que no puede quedar afectado por una "actividad negocial a modo de convención urbanística ... nada vinculante en el ejercicio de la potestad del planeamiento".

Así las cosas, la sentencia pone de manifiesto que el planeamiento general impugnado no motiva ni justifica la compatibilidad de la actividad extractiva con la garantía de conservación de los valores naturales de dichos terrenos. en este sentido la sentencia señala:

" En definitiva obsérvese que con la clasificación y calificación urbanística otorgada, se da por supuesto que se protegen esos suelos a las alturas de su naturaleza, y ello desde luego no se alcanza cuando las argumentaciones



del planificador que aprobó definitivamente se contentaba con despejar el caso al planeamiento especial con argumentos que dejaban de lado la alta consideración que debió merecer la perspectiva ambiental concurrente, e inclusive con la prueba pericial del Ingeniero de Minas ya citado, lisa y llanamente para la figura del planeamiento general impugnado se afirma que no se ha asegurado que no se causará perjuicio al espacio de autos, para una posible actividad extractiva, tampoco constan razones imperiosas de interés público de primer orden que justifiquen esa ordenación ni se han determinado medidas compensatorias al respecto.

Y es que con lo dictaminado, se mire como se mire, si se trataba de sostener que sólo por la vía del planeamiento urbanístico especial se podía atender al caso, ello tampoco se alcanza ya que, ya a nivel de planeamiento general, se predetermina el caso en esa forma impropcedente ".

La sentencia recurrida razona, por otra parte, que el planeamiento cuestionado infringe (1) el artículo 47.6.a) del Decreto Legislativo 1/2005, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, al que después nos referiremos, (2) el Acuerdo GOV/112/2006, de 5 de septiembre, por el que se designan zonas de especial protección para las aves -ZEPA- y se aprueba la propuesta de Lugares de Importancia Comunitaria -LIC-, y en particular los anexos 2 -lista de especies presentes y protegidas, anexo 4 - lista de habitats protegidos como LIC- y anexo 5 - lista de especies protegidas presentes en el LIC-, que transcribe y (3) infracción de las Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, relativa a la conservación de las aves silvestres, Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los habitats naturales y de la fauna y flora silvestres, artículos 6.3 y 4 del Real Decreto 1997/95, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los habitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y artículo 34 bis y ter de la Ley de Espacios Naturales de Cataluña.

Interesa, por último, recordar que, en la misma línea de la sentencia impugnada, las sentencias de esta Sala de 15 de julio de 2011 -recurso de casación 3796/2007- y 29 de marzo de 2017 -recurso de casación 3632/2015- han declarado, en relación con los principios de cautela y precaución del Derecho de la Unión Europea, que dichos principios hacen recaer sobre la entidad que pretende una acción con impacto negativo sobre el medio ambiente la carga de la prueba, para demostrar la compatibilidad de la intervención con el mismo.

SEXTO.- En el cuarto motivo del recurso de casación de la Generalidad de Cataluña, se denuncia, por la vía del apartado d) del artículo 88.1. de la Ley de ésta Jurisdicción, la infracción de los artículos 217, relativo a la carga de la prueba, y 281, relativo al objeto y necesidad de la prueba, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sostiene la Administración recurrente que el fundamento de derecho cuarto -página 22- al referir la contradicción del acuerdo impugnado con el artículo 47.6.a) del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, no explicita ni motiva dicha contradicción.

Por su parte, la entidad recurrente formula un motivo similar, el cuarto, en el que igualmente se denuncia la supuesta contradicción de las determinaciones del Plan litigioso, con el citado artículo 47.6.a) del D.L 1/2005, así como con el Acuerdo de la Generalidad de Cataluña de 5 de septiembre de 2006, pero al amparo del apartado c) del citado artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional por carencia de la preceptiva motivación y, por ello, con infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La contradicción en que incurrían las recurrentes al amparar sus motivos en distintos apartados del artículo 88.1 de la LJCA deriva de que en ambos se pretende, en definitiva, invocar la infracción del artículo 47.6.a) del citado Texto Refundido, y además en el formulado por la entidad mercantil el también citado Acuerdo de la Generalidad de Cataluña de 5 de septiembre de 2006, por el que se aprobó la ampliación de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, lo que no resulta posible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley de esta Jurisdicción. Para tratar de eludir dicho obstáculo procesal las recurrentes invocan los preceptos citados.

En efecto, en el apartado 4.6 del fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida se señala que las determinaciones del Plan impugnado son contrarias a lo establecido en el artículo 47.6.a) del T.R. de la Ley de Urbanismo de Cataluña. Dicho precepto permite que entre las construcciones propias de una explotación de recursos naturales procedentes de actividades extractivas, se incluyan las instalaciones destinadas al primer tratamiento y a la selección de estos recursos, siempre y cuando estas actividades de selección produzcan un impacto ambiental menor si se llevan a término en el lugar de origen. Pues bien, la sentencia entiende que al prever el Plan como actividades compatibles con la extractiva una planta de trituración y entresacado de áridos, morteros y derivados del cemento y planta de hormigón, se está excediendo de lo permitido en dicho precepto ya que "no nos hallamos ante meras instalaciones destinadas al primer tratamiento y a la selección de estos recursos, sino lisa y llanamente a la regular y tónica -sic- instalación industrial de su razón que no resulta posible".



Dejando incluso al margen que no se ha probado que dichas plantas produjeran un impacto ambiental menor si se ejecutaban en el lugar de origen, es lo cierto que, en ambos motivos, se pretende la revisión de la aplicación de normativa autonómica, cuyo conocimiento está reservado a la Sala de instancia - artículo 86.4 y 89.2 de la Ley de esta Jurisdicción -.

Otro tanto puede decirse en relación con el mencionado acuerdo de la Generalidad de Cataluña de 5 de septiembre de 2006.

SÉPTIMO.- En el primer motivo de casación de la entidad recurrente se denuncia que la sentencia recurrida vulnera los artículos 33 y 67 de la Ley de esta Jurisdicción y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la medida en que dicha resolución contiene razonamientos que son contradictorios entre sí y con el fallo.

Se aduce en primer lugar que, pese a que la sentencia considera que la parte actora ha esgrimido todo un conjunto de alegatos carentes de fundamento y de medios probatorios que los sustentan, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

Ciertamente la sentencia critica la demanda en algunos de sus aspectos, más ello no afecta en absoluto al pronunciamiento jurisdiccional, como tampoco afecta en la posible contradicción existente entre el apartado 3 del fundamento jurídico cuarto y el apartado 4.6 del mismo fundamento de la sentencia en orden a las exigencias o no de la tramitación del procedimiento de evaluación ambiental estratégica establecida en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiental, ya que la anulación del Plan impugnado no se produce por motivos formales, sino por motivos de fondo, relativos a la incompatibilidad de la actividad extractiva aprobada con los valores naturales de los terrenos.

En este sentido, interesa recordar que esta Sala tiene reiteradamente declarado que el principio de incongruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia, así como que según jurisprudencia constante para apreciar la incongruencia interna es preciso que se haya producido una notoria contradicción entre los argumentos básicos de la sentencia y su parte dispositiva, no siendo suficiente con que se aprecie cualquier incompatibilidad ni que se tome en consideración algún argumento o apartado aislado de la fundamentación -así sentencia de 19 de enero de 2016 (recurso de casación 1756/2014) entre otras-.

En cuanto a la alegación de incongruencia derivada de la prohibición contenida en la parte dispositiva de la sentencia a que el nuevo Plan asigna una actividad que no puede ser la extractiva, nos remitimos a lo dicho en el fundamento tercero de esta resolución.

OCTAVO.- En el segundo motivo de casación, de la entidad recurrente, formulado al amparo del artículo 88.1.d) se denuncia infracción de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2006, de 28 de abril, así como de los artículos 319 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia de este Tribunal relativa a la valoración de la prueba.

Conviene, ante todo, recordar, en relación con la primera de las cuestiones planteadas, que, como señala la parte recurrida, la sentencia no anuda la nulidad del acuerdo recurrido a la falta de tramitación del Plan objeto de impugnación con arreglo a los tramites de la evaluación ambiental estratégica, sino que se limita únicamente a citar tal situación sin derivar de ella consecuencia anulatoria.

En efecto, en el apartado a) del fundamento jurídico 4.6 -página 21-, la sentencia señala expresamente que las partes no han planteado que el Plan en cuestión tuviera que sujetarse a la evaluación ambiental estratégica, por lo que "este Tribunal ... no puede asumir la función de suplir la actividad de la parte actora".

Así las cosas, y dado que el Plan impugnado no ha sido anulado por defecto de tramitación, como señala también la sentencia en el apartado 4 -página 12- del mismo fundamento cuarto, sino por cuestiones de fondo, resulta improcedente que nos pronunciemos sobre una cuestión no planteada en la instancia.

Las consideraciones anteriores sirven asimismo para rechazar la cuestión relativa a la valoración de la prueba. En todo caso, no estará de más recordar que esta Sala tiene reiteradamente declarado que la errónea valoración probatoria no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, lo que se coherente con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia; así como que las excepciones a dicha regla general tienen carácter restrictivo, por lo que no basta con la mera cita del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, seguida de la simple apreciación de que la apreciación de la prueba por la Sala *a quo* es ilógica o arbitraria, para franquear su examen por este Tribunal Supremo. Al contrario, partiendo de la base de que la apreciación del Tribunal de instancia queda excluido del análisis casacional, la revisión de esa valoración en casación únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por la Sala de



instancia se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente aportar los datos y razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido; y en este caso, las alegaciones expuestas por la entidad recurrente no permiten concluir tal cosa.

NOVENO.- En el tercer motivo de casación de la entidad recurrente se vuelve a denunciar la infracción de los artículos 319 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la valoración de la prueba con arreglo a la sana crítica, e infracción del artículo 71.2 de la Ley de esta Jurisdicción .

Se insiste en este motivo que la sentencia contiene una valoración arbitraria e irracional de las pruebas practicadas y, como consecuencia, infringe igualmente el artículo 71.2 de la Ley de esta Jurisdicción .

Ante la insistencia en denunciar la infracción de los artículos 319 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre valoración de la prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica, obligado resulta remitirnos a lo dicho en los fundamentos anteriores, no sin señalar que no resulta adecuado para combatir la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia transcribir los párrafos que la parte considera favorables de los informes emitidos en las actuaciones, omitiendo aquellos otros que le son desfavorables cuando la propia Sala de instancia manifiesta que ha tenido en cuenta tanto los pareceres de los ofrecidos por las partes como los informes emitidos por los peritos judiciales.

En todo caso, en relación con el momento de la evaluación ambiental de Planes con cambio de uso, la sentencia recurrida coincide con las de este Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003 y 3 de marzo de 2004 , en cuanto señalan que es la aprobación del Plan la que hace posible el uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior.

En la segunda parte del motivo se denuncia infracción del artículo 71.2 de la Ley de esta Jurisdicción , formulado, esta vez sí, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción .

Conviene señalar que la sentencia no predetermina la calificación urbanística concreta que el nuevo planeamiento deberá atribuir a los terrenos litigiosos, sino que tan sólo limita que pueda ser la extractiva, lo que no es sino consecuencia inherente a la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo, al considerar la sentencia que, por las razones que en la misma se exponen, tal calificación no es conforme con la naturaleza de los terrenos de autos.

DÉCIMO.- Al declararse no haber lugar a los recursos de casación procede condenar a las partes recurrentes en las costas del mismo - artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional - Esta condena alcanza, por todos los conceptos la cantidad máxima de 4.000 euros más IVA, a pagar por mitad por cada una de las partes recurrentes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :
1º.- No haber lugar a los recursos de casación interpuestos por **BCN BUSINESS PARK, S.L.** y **CANTERAS J. CLAPE, S.L.**, y por la **GENERALIDAD DE CATALUÑA** contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 22 de abril de 2015, en el recurso no 237/2011 . 2º.- Condenar a las partes recurrentes en las costas procesales en los términos señalados en el último fundamento de esta resolución.

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 Cesar Tolosa Tribiño Mariano de Oro-Pulido y Lopez **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.