



Roj: **STS 1561/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1561**

Id Cendoj: **28079130052013100116**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **02/04/2013**

Nº de Recurso: **4575/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 1041/2009,**  
**STS 1561/2013,**  
**AATS 6286/2013**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Abril de dos mil trece.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 4575/2009, pende ante ella de resolución, interpuesto por el Procurador don Pablo Trujillo Castellano, en nombre y representación de don Edemiro , contra la sentencia pronunciada, con fecha 23 de marzo de 2009, por la Sección Primera 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 221 de 2006 , sostenido por la representación procesal del ahora recurrente contra el acuerdo de la COTMAC (Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias) de 10 de julio de 2006, por la que se aprueba definitivamente el Plan Especial del Paisaje Protegido de Pino Santo.

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, la Comunidad Autónoma de Canarias, representada y defendida por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, y el Cabildo Insular de Gran Canaria, representado y dirigido por su Letrada Asesora.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en las Palmas de Gran Canaria, dictó, con fecha 23 de marzo de 2009, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 221 de 2006 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente :

«FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Edemiro contra el acto administrativo a que se refiere el antecedente de hecho primero de la presente resolución por ser ajustado a derecho».

**SEGUNDO** .- Dicha sentencia, para desestimar el recurso, se basa en el siguiente fundamento jurídico tercero:

«TERCERO.- El Asentamiento Rural se define en el Texto Refundido como referido a "...entidades de población existentes con mayor o menor grado de concentración, generalmente sin vinculación actual con actividades primarias, cuyas características no justifiquen su clasificación y tratamiento como suelo urbano, de acuerdo con los criterios que establecen las Normas Técnicas de Planeamiento Urbanístico",

La delimitación de los asentamientos rurales se regula en la Ley 19/2003, de 14 de abril por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias. La Directriz



63 señala que la delimitación se realizará en base al perímetro definido por las viviendas existentes, evitando cualquier extensión hacia el exterior ineditado.

Para la parte actora, la interpretación y aplicación en el contenido de la referida Directriz ha sido arbitraria porque es diferente a la realizada en el resto de los asentamientos definidos en el Plan Especial al no haber tenido en cuenta las edificaciones existentes.

Según su parecer aunque el grado de concentración sea menor el asentamiento podía haber integrado su edificación y así cumpliría con los requisitos legales: mayor o menor grado de concentración y perímetro basado definido por las viviendas existentes.

La Sala considera que la delimitación del asentamiento rural da cumplimiento a las Directrices 63 sin que sea posible acoger una edificación aislada porque incumpliría el marco de las Directrices que persiguen aplicar y hacer aplicar en el archipiélago canario, de acuerdo con sus características, la Estrategia Territorial Europea, por lo que las intervenciones tanto públicas como privadas, que se lleven a cabo en el archipiélago canario, deberán contribuir a la implantación de un modelo territorial integrado y sostenible, y uno de cuyos rasgos fundamentales son: d) El desarrollo de núcleos de población más compactos, complejos y atractivos, en los que se use más eficientemente el suelo, mediante su reutilización y densificación, y se impulse la integración social y funcional, evitando la práctica extensiva de la zonificación urbana, y favoreciendo igualmente una reducción de las demandas de movilidad urbana y g) La contención de la extensión urbana.

El legislador Canario por medio de la Ley Territorial 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, declaró como Espacio Natural Protegido, el Paisaje Protegido de Pino Santo y el artículo 48.12 de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias aprobadas por Decreto Legislativo 1/2000 de 8 de mayo señala que 12. Los Paisajes Protegidos son aquellas zonas del territorio que, por sus valores estéticos y culturales así se declaren, para conseguir su especial protección.

Dentro del suelo que se clasifique como rústico el planeamiento, de conformidad y en aplicación de los criterios que se fijen reglamentariamente, establecerá todas o algunas de las siguientes categorías:

2) Suelo rústico de protección paisajística, para la conservación del valor paisajístico, natural o antropizado, y de las características fisiográficas de los terrenos.

Para interpretar "la mayor o menor concentración" no ha de buscarse exclusivamente la distancia entre las edificaciones destinadas a viviendas sino que en primer lugar debe partirse de que existan entidades de población y atender a la finalidad del Plan que en este caso es, según el artículo 3 " preservar el carácter rural de la zona" y " adecuar el desarrollo urbanístico existente y futuro a los valores ambientales del Paisaje" ( artículos 3 y 7 del Plan Especial).

No puede desligarse pues del concepto de la protección del paisaje y desde luego, no podría acogerse una actuación hacia el exterior ineditado, de tal forma que se llegara a edificaciones aisladas pues la finalidad de preservación que se persigue al ordenar el suelo rústico se perdería.

Por ello la parte no cumple para probar lo afirmado con la comparación de las distancias que se han tenido en cuenta en el resto de los Asentamiento Rurales para integrar a las edificaciones porque cada uno tiene sus características que habría que examinar caso por caso.

En su lugar, debería haberse probado que la inclusión de su vivienda en dicho Asentamiento pese a la distancia que dicha parte reconoce, no frustra la finalidad de protección rural del paisaje y la contención del crecimiento. En definitiva que no supone una extensión hacia el exterior ineditado.

Basta examinar las fotografías aportadas para que pueda apreciarse que de ninguna manera cabe decir que la vivienda de la actora es una más de las existentes para definir el perímetro del Asentamiento y que a la hora de hacer la delimitación hay que tener en cuenta, en cada asentamiento, las viviendas existentes, el crecimiento de la zona y grado de colmatación todo ello presidido por la finalidad de preservar el paisaje rural.

Se impone, pues la desestimación del recurso ».

**TERCERO** .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de Don Edemiro 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 10 de julio de 2009, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

**CUARTO** .- Dentro del plazo al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, la Comunidad Autónoma de Canarias y el Cabildo Insular de Gran Canaria representados y dirigidos, respectivamente, por el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias y por la Letrada Asesora del



Cabildo; y, como recurrente, Don Edemiro , representado por el Procurador don Pablo Trujillo Castellano, al mismo tiempo que éste presentó escrito de interposición de recurso de casación.

El recurso de casación se basa en cuatro motivos de casación, los tres primeros al amparo de lo establecido en el artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , aunque erróneamente se hace referencia a cuatro motivos por ese cauce, y el último y realmente cuarto invocando el artículo 88.1.d).

Los motivos del recurso son los que sucintamente se recogen a continuación:

1º.- Por infracción de los artículos 33 y 65.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , 283.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 54.1.f) y 62.2 de la Ley 30/92 y 24 de la Constitución . En este primer motivo, se asevera que la razón de que el Plan Especial no incluyera en el asentamiento rural "El Roque" la vivienda de su propiedad, era motivada por las circunstancias de encontrarse aislada y a considerable distancia del conjunto de viviendas, por lo cual, los argumentos de la demanda se dirigían a combatir esas apreciaciones. No obstante lo anterior, continúa, el Tribunal *a quo* ha mantenido la procedencia de excluir su vivienda del asentamiento pero por otras razones distintas, supliendo así la carencia de motivación de la resolución recurrida y apartándose de los motivos en que se fundaban el recurso y la oposición y, de esta forma, ha vulnerado las normas reguladoras de la sentencia.

2º.- Por infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil , 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 67.1 de la Ley Jurisdiccional y 9.3 , 24 y 120.3 de la Constitución , alegando que la sentencia incurre en incongruencia *extra petita* , al haber entendido correcta la exclusión de la casa del recurrente del asentamiento rural en base a unos motivos distintos de los expresados por el Gobierno de Canarias en vía administrativa y que nunca habían sido discutidos.

3º.- Por infracción de los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil , 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , 62.2 de Ley 30/92 , 67.1 de la Ley Jurisdiccional y 9.3 , 14 , 24 y 120.3 de la Constitución , al entender que la sentencia adolece de incongruencia, ahora en la modalidad omisiva, por no dar respuesta a dos de las cuestiones planteadas en la demanda. En opinión del recurrente, la sentencia tenía que haber dirimido la cuestión suscitada acerca de si era cierto (o no) que el Plan Especial no especifica cuál es la correcta distancia a la que deben estar las viviendas para ser incluidas en un asentamiento. Eso por una parte, y por otra, también tenía que haber resuelto la pretensión instando la nulidad del Plan Especial al delimitar los asentamientos rurales de Riscos Negros, Roo, Dragonal Alto, La Calzada, La Palma, Siete Puerta, El Corcovado, Masapez, La Milagrosa-El Mainez, El Pintor Alto 1 y 2, El Solano, Las Haciendas, Lomo Espino, El Barranquillo, La Asomadilla y el Piquillo. Sobre este segundo aspecto del motivo, se insiste en que la pretensión, instando la declaración de nulidad de los asentamientos delimitados por el Plan Especial, había sido planteada oportunamente en la demanda y, a pesar de ello, ha quedado imprejuzgada.

4º.- Por infracción de los artículos 9.3 , 24 y 120 de la Constitución , así como de los artículos 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento civil . En dicho motivo se denuncia la infracción de las reglas de la sana crítica por apreciación de la prueba de modo arbitrario e irrazonable y con resultados inverosímiles. Según el recurrente, en los informes periciales disponibles se alcanzó la conclusión coincidente de que su vivienda debía quedar incluida en el asentamiento rural de "El Roque" y que en el resto de los asentamiento, en situaciones idénticas, resultan incluidas viviendas que se encuentran más aisladas y distantes respecto del núcleo que la suya, criterio que además se encuentra avalado por el arquitecto municipal de Santa Brígida, quien así lo expresó en su declaración testifical. A pesar de todo ello, el Tribunal de instancia ha soslayado el examen y valoración de dichas pruebas sin ofrecer ninguna explicación y, como dice la sentencia, se ha limitado a examinar unas fotografías.

Antes de finalizar del desarrollo de los motivos, se incluye una alegación manifestando que se hace extensiva la infracción del principio de igualdad, amparado en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción , al recogido en el apartado d) del mencionado precepto, y todo ello se complementa con una petición de integración de hechos probados, con cita del artículo 88.3 de la misma Ley , para que se declare que el plan especial excluyó al recurrente del asentamiento rural sin una justificación adecuada y por tanto de manera arbitraria y discriminatoria al aplicar criterios desiguales ante supuestos idénticos.

Termina solicitando una sentencia por la que, declarando haber lugar al recurso, se case y anule la sentencia recurrida y, al amparo de lo prevenido en el artículo 88,3 de la Ley Jurisdiccional , integre los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia, que deja señalados en el escrito, puesto que habiendo sido omitidos por dicho Órgano jurisdiccional, están suficientemente justificados en las actuaciones, anulando el Plan Especial del Paisaje Protegido de Pino Santo por excluir la vivienda del Sr. Edemiro y sus vecinos del asentamiento rural de "El Roque", reconociendo la situación jurídica individualizada de tales inmuebles de reunir las condiciones para ser incluidos en dicho asentamiento, bajo la ordenanza Ra2 que se aplica en la mayor parte del mismo; y subsidiariamente [interesa que se] declare la nulidad del Plan Especial de Pino Santo al



delimitar los asentamientos rurales de Riscos Negros, Roo, Dragonal Alto, La Calzada, La Palma, Siete Puertas, El Corcovado, Masapez, La Milagrosa- El Mainez, El Pintor Alto 1 y 2, El Solano, Las Haciendas, Lomo Espino, El Barranquillo, La Asomadilla y El Piquillo.

**QUINTO** .-En el trámite de personación se suscitó por la representación procesal del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria la inadmisibilidad del recurso, alegando que la sentencia había aplicado exclusivamente normas de derecho autonómico; oída tanto la parte recurrente, como las demás recurridas, la Sección Primera de esta Sala, mediante auto de fecha 27 de mayo de 2010 , declaró la admisión a trámite del recurso interpuesto y ordenó remitir las actuaciones para su sustanciación a la Sección Quinta, con arreglo a las normas de reparto de asuntos.

**SEXTO** .- Con fecha 3 de noviembre de 2010 presentó su escrito de oposición la Letrada Asesora del Cabildo de Gran Canaria, alegando, en cuanto a los motivos amparados en el apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción , que en atención a las pretensiones deducidas en el proceso, sobre la procedencia de incluir la vivienda del recurrente en el asentamiento de "El Roque", resulta obvio que la sentencia se pronuncia y resuelve su desestimación, con lo cual debe rechazarse cualquier alegato respecto a la congruencia. Frente a lo sostenido en el recurso, en orden a que la sentencia de instancia ha desestimado el recurso basándose en motivos distintos a los empleados por la Administración en vía administrativa y a los expuestos en el proceso, objeta que de la lectura de la sentencia se extrae que la Sala canaria fundó su decisión en una valoración de la prueba que la parte recurrente no acepta, a la que aplicó la interpretación integrada del propio Plan Especial y que el Tribunal canario resolvió la desestimación del recurso tras analizar las características de la zona en la que se encuentra ubicada la vivienda del actor y aplicar las previsiones de las Directrices de Ordenación General así como las previsiones de propio instrumento. Es en este contexto, añade, donde la Sala de instancia realizó una interpretación integrada del concepto jurídico indeterminado "mayor o menor concentración" para concluir que para delimitar un asentamiento rural no basta con medir la distancias entre las viviendas, sino que se debe apreciarse en cada caso su compatibilidad con los fines de protección del espacio natural protegido. Tal razonamiento, explica, no constituye un nuevo motivo, ni un nuevo aspecto del debate, sino que es fruto de la interpretación y aplicación de la Directriz 63 y, sobre todo, del propio Plan Especial. Respecto al segundo motivo, considera que la Sala de Instancia ha valorado la prueba de forma integrada y considerando la finalidad de protección del instrumento de ordenación impugnado, con lo cual, lejos de ser arbitraria, resulta razonable y ajustada a la lógica de sostenibilidad ambiental del Plan, aparte de que el recurrente confunde el hecho de que el resultado de la prueba no favorezca su pretensión, con que ésta resulte irrazonable, y termina solicitando una sentencia que desestime el recurso y confirme íntegramente la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del tribunal Superior de Justicia de Canarias, condenando al recurrente al pago de las costas.

**SEPTIMO** .- Con fecha 5 de noviembre de 2010 presentó su escrito de oposición el Letrado del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en el que formaliza las alegaciones que concluyen con la solicitud de la desestimación del recurso.

Con respecto al primer motivo, llama la atención sobre el contenido de la demanda, y particularmente de su folio 11, dedicado al examen del concepto jurídico indeterminado en que consiste la expresión " *el mayor o menor grado de concentración* ", por lo que la Sala de instancia no utiliza, como se significa de contrario, un "razonamiento nuevo nunca empleado por la Administración demandada", sino que da respuesta a esa cuestión interpretativa en concordancia con la fijación de la posición actora, derivada de la aplicación de los preceptos legales relativos a los asentamientos rurales y, por tanto, juzgó dentro de los límites de las pretensiones. En cuanto al segundo motivo, sobre la supuesta Incongruencia *extra petitum* destaca que es un motivo ficticio y parte de una premisa equivocada: el supuesto apartamiento por la Sala de instancia de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición, cuando sucede que el Tribunal de instancia ha basado su decisión rechazando el criterio del actor y aceptando el de la demandada. En orden a la supuesta incongruencia omisiva, denunciada en el motivo tercero, arguye el Letrado de la Comunidad Autónoma que el recurrente pretendía, según dice, la determinación de un parámetro, lo cual no forma parte de las pretensiones de la demanda, además de que dicho particular viene contestado implícitamente. Eso por un lado. Por otro, con respecto a la omisión por la sentencia de la pretensión subsidiaria instada, de anulación de las delimitaciones de otros asentamientos, sucede, por el contrario, que la Sala da una respuesta clara y contundente al respecto cuando señala que la parte no cumple para probar lo afirmado con la comparación de las distancias que se han tenido en cuenta en el resto de los asentamientos rurales para integrar a las edificaciones porque cada uno tiene sus características que habría que examinar caso por caso. Por lo que hace al motivo amparado en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción , objeta igualmente su carácter ficticio y desprovisto de fundamento, al pretenderse la imposición de una presunción técnica carente de argumentación suficiente y realizar una lectura equivocada de las pruebas y en especial de los informes periciales, mientras que la valoración por el Tribunal no es irracional, contradictoria o ilógica,





y termina solicitando una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, ratificando la sentencia recurrida por ser conforme a derecho, con imposición de costas al recurrente.

**OCTAVO** .- Formalizada la oposición al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 19 de marzo de 2013, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El primer motivo de casación, en el que se reprocha a la sentencia de instancia haber alterado los términos del debate, no puede ser acogido. Según el recurrente, la vivienda de su propiedad había sido excluida del asentamiento rural "El Roque" por las razones de estar aislada y a considerable distancia del conjunto de viviendas, y así resultaba de los folios 1018 y 1019 del expediente, mientras que el debate se centraba en la discusión sobre la concurrencia de esas circunstancias. Sucede, siempre según el recurrente, que la sentencia mantiene la procedencia de excluir del asentamiento la vivienda del recurrente, pero por otras razones distintas, incluyendo un "razonamiento nuevo nunca empleado por la Administración demandada en vía administrativa". Estos razonamientos nuevos, a juicio del recurrente, son los expresados en la fundamentación de la sentencia cuando se refiere a la expresión "con mayor o menor grado de concentración" como uno de los elementos que conforman la definición del suelo rústico de asentamiento rural. Es conveniente clarificar aquí que esa significación, que sirve para identificar las entidades de población a las que se asigna la categoría de suelo rústico, así denominada, de "suelo rústico de asentamiento rural", está contenida en el artículo 55.c.1 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (Decreto Legislativo 1/2000).

Pues bien, la parte recurrente en su demanda se detenía sobre dicho aspecto del grado de concentración y, tras acotar la expresión "con mayor o menor grado de concentración", cuestionaba expresamente su aplicación en los siguientes términos: « Evidentemente, tal expresión constituye un concepto jurídico indeterminado, que permite a la Administración definirlo y matizarlo de forma motivada, so pena de caer en la arbitrariedad en otro caso, debiendo hacer extensivo tal criterio a todos los supuestos a los que sea de aplicación, vulnerándose de no ser así el derecho a la igualdad de trato ante la Ley de los administrados que resulten perjudicados. Pues bien, resulta que en el presente caso, la Consejería ha hecho una concreta interpretación de los anteriores parámetros definidores de los asentamientos rurales al delimitar los mismos en el documento que ahora impugnamos, plasmada en los planos en los que vienen definidos gráficamente los asentamientos rurales. ..."de ese concepto jurídico indeterminado»; y no sólo eso, según la síntesis realizada por el propio recurrente acerca de las causas de haber sido excluida su vivienda del asentamiento rural de "El Roque" (página 14 de la demanda), la primera que menciona es la del incumplimiento de la Directriz 63.1.a) (se refiere a la Directrices contenidas en la Ley autonómica 19/2003).

Frente a ello, el Letrado de la Comunidad autónoma replicaba que era notorio que la vivienda del recurrente se encontraba alejada del área más consolidada por la edificación, en torno a la que, en función del criterio restrictivo que rige al respecto, puede y debe delimitarse el Asentamiento, junto a la imposibilidad de extender artificialmente la delimitación de éstos espacios acogiendo edificaciones aisladas y dispersas; tal proceder, además de incumplir el marco normativo habilitante que persigue la contención de los crecimientos (DOG 48.2) supondría un auténtico fraude de ley y podría llevar, conociendo la realidad de las medianías, a la delimitación extensiva de los Asentamientos que no respetaría el carácter protector y de preservación que el ordenamiento persigue para el suelo rústico.

Además la vivienda litigiosa no fue incluida en el Asentamiento Rural de "El Roque" en aplicación de las reglas directrices establecidas en el artículo 55 de Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (Decreto Legislativo 1/2000), en la DOG nº 63, y en artículo 244 del Plan Insular de Gran Canaria, debidamente motivados en las páginas 26 a 53 del "Documento Justificativo".

Este repaso por las alegaciones vertidas en los escritos rectores invalida los argumentos del motivo, al quedar contradicho y desmentido que la sentencia haya extravasado los términos del debate y comprobado, por el contrario, que ha juzgado de acuerdo con « los motivos que fundamenten el recurso y la oposición», y respetando por tanto la previsión del artículo 33.1 de la Ley de esta Jurisdicción.

**SEGUNDO** .- Igual suerte que el anterior, del que no es más que un reproducción más sintética, y por las mismas razones en las que no vale la pena insistir, merece el motivo segundo, en el que se alega nuevamente que la Sala a quo ha entendido correcta la exclusión de la finca del recurrente con base en unos motivos completamente distintos a los utilizados por el Gobierno de Canarias en vía administrativa.



**TERCERO** .- Como hemos adelantado en los antecedentes, en el motivo tercero aduce el recurrente que la sentencia no ha dado respuesta a varias cuestiones suscitadas, aunque sólo se va a referir a dos de ellas, y en todo caso no apreciamos que se haya incurrido en la incongruencia denunciada.

Se queja, en primer lugar, el recurrente, y lo transcribimos literalmente, de que « *En primer lugar, la sentencia de 23 de marzo de 2009 no da respuesta a si es ó no es cierto que en plan especial no se especifica cuál es la concreta distancia a la que deben estar las viviendas para ser incluidas en el asentamiento, por lo que las razones de la demandada "estar a una considerable distancia" o "prácticamente aislada" empleadas para excluir al Sr. Edemiro son conceptos jurídicos indeterminados, que por su indefinición le generan indefensión, al no poder discutir los inexactos y etéreos argumentos, lo que evidentemente conlleva la nulidad de la disposición que se recurre, en base al artículo 62,2 de la Ley de Procedimiento Administrativo -que también incumple por inaplicación la sentencia impugnada-, y la estimación de nuestras pretensiones* ».

Al hilo de su discurso, y al modo de las preguntas retóricas, el recurrente se preguntaba en su demanda, entre signos ortográficos de interrogación, acerca la distancia que debería guardar su vivienda para formar parte del asentamiento o sobre qué se consideraba por tal, para a continuación quejarse de que sus preguntas no tenía repuesta en el Plan Especial recurrido.

Sin embargo, es del todo punto inexigible a un Tribunal que incluya entre sus argumentos los utilizados por el recurrente o que los ajuste a los aducidos por las partes, máxime cuando en el punto aquí examinado no encerraban ninguna pretensión. Por el contrario, el Tribunal puede emplear argumentaciones jurídicas propias y distintas de las utilizadas por las partes para aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados, siempre que no se altere la *causa petendi* ni se sustituya el *thema decidendi* ( Sentencias del Tribunal Constitucional 20/1982 , 116/2006 y 136/2008 ).

Respecto de la pretensión subsidiaria deducida en la demanda, de anulación de las delimitaciones de asentamientos contenidas en el Plan, hemos de entender que se encuentra resuelta por la sentencia, de manera que no ha sido vulnerada la regla que exige la congruencia. Es verdad que en la súplica de la demanda, con el carácter de pretensión subsidiaria, el recurrente había interesado la declaración de « *nulidad del plan especial al delimitar los asentamientos rurales de Riscos Negros, Roo, Dragonal Alto, La Calzada, La Palma, Siete Puerta, El Corcovado, Masapez, La Milagrosa-El Mainez, El Pintor Alto 1 y 2, El Solano, Las Haciendas, Lomo Espino, El Barranquillo, La Asomadilla y el Piquillo* ». De esta forma la pretensión subsidiaria, por tanto, aparece oportunamente planteada en la demanda en la que igualmente se hacía un repaso pormenorizado de cada delimitación, con detenimiento sobre la motivación y descripción de sus características físicas e incluso con reproducción gráfica comparativa de cada uno de ellos.

Por más que en el análisis llevado a cabo en la demanda se acentuaran los datos relativos a las distancias que, según el recurrente, revelaban la desigualdad del trato que suponía la no inclusión de la finca del recurrente en el Asentamiento de "El Roque", es decir, para apoyar su pretensión principal, cerraba el examen expresando que para el caso de que ésta no fuera acogida, procedía declarar la nulidad de las delimitaciones examinadas, con el único argumento, condicional, de que si estaba correctamente excluida la vivienda del recurrente del Asentamiento "El Roque" por razón de la distancia, entonces, y por esa razón, estaban incorrectamente delimitados los demás, lo que debería determinar la invalidez de las demás delimitaciones.

Vaya por delante que basar el razonamiento en un condicional, como una suerte de reducción al absurdo, es escasamente convincente y, además, al argumentar así se incurre en la clásica falacia de afirmación de un consecuente partiendo de un condicional.

Es aconsejable recordar cuál era el razonamiento del actor para comprobar si la cuestión, que asegura no estar abordada, viene (o no) resuelta por la sentencia. En ésta, se rechaza la procedencia de estimar la pretensión principal, de incluir la casa controvertida en el asentamiento de "El Roque", sobre la base de la comparación y análisis de las distancias entre edificaciones que presentan los distintos asentamientos. En palabras de la sentencia de instancia « *no cumple para probar lo afirmado con la comparación de las distancias que se han tenido en cuenta en el resto de los Asentamiento Rurales para integrar a las edificaciones porque cada uno tiene sus características que habría que examinar caso por caso* » .

La extensión lógica de tal razonamiento, si se quiere implícitamente, abarca y da respuesta a la pretensión subsidiaria ejercitada, al haber invalidado la premisa de partida. Esto es, la sentencia viene a establecer que la distancia entre edificaciones no es un elemento suficiente para determinar la corrección de las delimitaciones, lo que forzosamente conduce a la conclusión desestimatoria de la nulidad de las delimitaciones de otros asentamientos por razón de las distancias que presenten algunas edificaciones. Ello no impide que la delimitación de alguno de esos asentamientos no sea ajustada a derecho por otras razones, y así lo haya estimado la Sala de instancia en un proceso distinto, como indica el recurrente, porque precisamente el enjuiciamiento ha de quedar circunscrito a los motivos o cuestiones alegados, sin perjuicio de las facultades



que corresponden al Tribunal, en su caso, para plantear la tesis a la que se refieren los artículos 33.2 y 65.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

**CUARTO** .- Llegamos así al cuarto motivo en el que se achaca a la sentencia la infracción de los artículos 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento civil , sobre la valoración de determinados medios de prueba. Repasa el recurrente el contenido de los informes técnicos, suscritos por arquitectos superiores, uno aportado con la demanda y el otro a cargo del perito designado judicialmente, así como de los correspondientes actos de ratificación, en los que se concluye, concurrentemente, que la vivienda sobre la que radica el conflicto debe estar incluida en el asentamiento rural de "El Roque" y que esa misma opinión fue expresada por el arquitecto municipal de Santa Brígida en su declaración testifical. A pesar de todo ello, se añade, el Tribunal ha obviado la prueba pericial, de la que nada dice en la sentencia, y se ha limitado a examinar unas fotografías, lo que es singularmente enojoso debido a que el recurrente ha empleado en sufragar los honorarios periciales su salario completo de tres meses.

Es verdad que es reprochable por completo que la sentencia de instancia haya eludido cualquier análisis de la prueba pericial. Esta Sala y Sección, en sentencias de 13 de mayo , 21 de diciembre de 2011 y 3 de septiembre de 2012 ( recursos de casación números 3408/2007 , 211/2008 y 17/2010 ) ha declarado que: « *uno de los escasos supuestos en los que es posible atacar la valoración de la prueba pericial en casación conforme a las reglas de la sana crítica ( artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil ) es precisamente cuando existe una absoluta falta de valoración de la prueba pericial (es decir, su desconocimiento inmotivado). La jurisprudencia de esta Sala y Sección [Sentencias de 27 de octubre de 2010 ( 4976/2006), de 18 de septiembre de 2009 ( casación 2730/2005), de 3 de julio de 2008 ( Casación 5943/2005 ) y de 4 de julio de 2001 ( Casación 7400/1996 )] exige que el resultado de la prueba pericial en el proceso, y singularmente en la conclusión que se alcanza en la sentencia, se explice debidamente en la sentencia para que las partes puedan conocer por qué la Sala de instancia no toma en consideración las consideraciones del perito, cuáles son los reparos al contenido del informe y, en definitiva, si sus consideraciones han proporcionado, y en qué medida, las bases de la decisión judicial* » .

Aunque un motivo de esta índole parece más correcto articularlo por el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción , por la defectuosa motivación, hemos admitido que el desconocimiento inmotivado de la prueba pericial vulnera la regla de la evaluación conforme a la regla de la sana crítica contenida en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento civil , de manera que es igualmente admisible por la vía del apartado d) de dicho artículo 88.1 de aquella Ley Jurisdiccional .

La flagrante vulneración del precepto es difícilmente explicable y la omisión de la evaluación no puede estar justificada por la expresión de la Sala de Canarias de que « *Basta examinar las fotografías aportadas para que pueda apreciarse que de ninguna manera cabe decir que la vivienda de la actora es una más de las existentes para definir el perímetro del Asentamiento* ».

Por el contrario, sucede que los dictámenes periciales apoyaban la hipótesis actora, y, a pesar de que no puedan imponerse al tribunal sus conclusiones, en esos casos, cuando la decisión jurisdiccional no sólo no las asume sino que las contradice, resulta particularmente exigible un especial cuidado en la valoración y explicación del resultado de la valoración.

De manera que la sentencia carece de una valoración mínima de las pruebas periciales, que ha ignorado por completo, apartándolas del conjunto de los elementos de juicio, al limitarse a formular la conclusión sobre la base (fáctica) de lo reflejado en unas fotografías, y sin exponer los motivos por los que se ha desprendido del material probatorio, lo cual conduce a la estimación de este motivo.

**QUINTO** .- Las consideraciones expuestas llevan a concluir que, con acogimiento del cuarto motivo, la sentencia debe ser anulada, por lo que procedería que entrásemos a resolver "*...lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate*" ( artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción ).

No obstante, los argumentos de impugnación aducidos en el proceso de instancia requieren la interpretación y aplicación de normas de derecho autonómico, al venir referidos a la delimitación de los asentamientos rurales, categoría prevista en el artículo 55 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (Decreto Legislativo 1/2000) y regulada en la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias (DOG 63), en el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria (artículos. 242 y 244) y en las Normas del Plan Especial impugnado ( artículos 4 , 33 , 62 y capítulo 7 del título III).

Siendo ello así, no procede que entremos a dilucidar ese debate, de conformidad con la doctrina establecida en sentencia del Pleno de esta Sala de 30 de noviembre de 2007 (casación número 7638/2002 ), sino que lo



procedente es que ordenemos reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia para que por la Sala de instancia se resuelvan todas las cuestiones planteadas en la demanda.

Por esta misma razón resultaría inoperante que esta Sala de Casación procediese, en uso de la facultad que nos confiere el artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional, a integrar los hechos mediante la valoración de las pruebas periciales omitida por la Sala sentenciadora, ya que el resultado de esa valoración, a efectos de interpretar y aplicar las normas correspondientes para solucionar el debate planteado, ha de efectuarse por el Tribunal de instancia por ser todas ellas reglas que conforman el ordenamiento jurídico propio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

**SEXTO** .- La declaración de haber lugar al recurso de casación comporta que no debamos formular expresa condena al pago de las costas procesales causadas, según establece el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, sin que decidamos respecto de las causadas en la instancia en razón de que se deben reponer las actuaciones para que la Sala de instancia se pronuncie sobre las cuestiones omitidas.

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

## FALLAMOS

Que, con estimación del motivo cuarto y desestimación de los demás, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador Don Pablo Trujillo Castellano, en nombre y representación de don Edemiro, contra la sentencia pronunciada, con fecha 23 de marzo de 2009, por la Sección Primera 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 221 de 2006, la que, en consecuencia, anulamos al mismo tiempo que ordenamos reponer las actuaciones a fin de que la Sala de instancia señale nuevamente el pleito para deliberación y decisión, para que, tras la valoración de las pruebas periciales, se examinen y resuelvan todas las cuestiones planteadas, sin hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.