



Roj: **STS 1336/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1336**

Id Cendoj: **28079130052016100123**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **16/03/2016**

Nº de Recurso: **2802/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CESAR TOLOSA TRIBIÑO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 6125/2014,**  
**STS 1336/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sala, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto el presente recurso de casación número 2802/2014, formulado por el AYUNTAMIENTO DE BOBORÁS (Ourense), a través del Procurador D. Manuel Martínez de Lejarza Ureña, contra la sentencia de veintidós de mayo de dos mil catorce, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Galicia en el recurso 4524/2011, sostenido contra la Orden de 16 de septiembre de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal; habiendo comparecido, como partes recurridas, Dña. Mariana, D. Pablo Jesús, D. Celestino y D. Franco, a través de la Procuradora Dña. Beatriz González Rivero, y la XUNTA DE GALICIA, por medio del Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, 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 veintidós de mayo de dos mil catorce, sentencia en el recurso 4524/2011, cuyo Fallo es del siguiente tenor:

"Estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don José María Moreda Allegue, en nombre y representación de doña Mariana, don Pablo Jesús, don Celestino y don Franco, en relación con la Orden de 16 de septiembre de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal del Ayuntamiento Boborás (Ourense); y declaramos que la delimitación del ámbito del núcleo rural de A Almuzara establecida por la Orden de 16 de septiembre de 2011 impugnada no es conforme a Derecho, y la anulamos; sin imposición de las costas.

(...)"

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 veintiséis de junio de dos mil catorce, 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 Ayuntamiento de Boborás formalizó su escrito de interposición que, en lo esencial, se motiva de la siguiente manera:



"A) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate.

Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se alega la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate como consecuencia del erróneo enjuiciamiento que determinó el rechazo de la causa de inadmisibilidad que las partes demandadas habían invocado al amparo del artículo 69.c) de la LJCA en relación con el artículo 13.3 de la Ley de ordenación Urbanística y Protección del Medico Rural de Galicia (LOUG) y de la jurisprudencia.

B) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos o garantías procesales.

Al amparo del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la LJCA se fundamenta el recurso en este motivo por razón de la falta de enjuiciamiento y pronunciamiento sobre la argumentación que esta parte había expuesto en su contestación a la demanda en relación con el indebido ejercicio de la acción pública por constituir vulneración de los principios generales de buena fe y de los propios actos, y en consecuencia infracción de lo dispuesto en los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA en relación con los artículos 24 y 120 de la Constitución Española (CE), 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre incongruencia y motivación de las resoluciones judiciales".

**TERCERO**.- Acordada la admisión a trámite por resolución de cinco de noviembre de dos mil catorce, y remitidas las actuaciones a esta Sección quinta para su sustanciación, se dio el oportuno traslado: Dña. Mariana, D. Pablo Jesús, D. Celestino y D. Franco formalizaron se opusieron, solicitando "se dicte Sentencia declarando la inadmisión o desestimación del recurso"; Y la Xunta de Galicia, expresamente manifestó que "no se formula oposición al recurso interpuesto". Tramitado el mismo, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento, a cuyo fin se fijó, para su deliberación, votación y fallo, el dieciséis de marzo 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,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Se interpone el presente recurso contra la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 22 de mayo de 2014, estimatoria del recurso interpuesto contra la Orden de 16 de septiembre de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal del Ayuntamiento de Boborás (Ourense).

**SEGUNDO**.- El concreto objeto del recurso, según se expone en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia de instancia, es la delimitación del ámbito del núcleo rural de A Almuzara establecida por el plan general, por resultar, según la parte recurrente, disconforme a derecho, manteniéndose la delimitación de núcleo rural fijada mediante Resolución de 10 de febrero de 2011 de la Secretaria General de Ordenación del territorio y urbanismo que aprueba definitivamente el proyecto de delimitación de suelo de núcleo rural de A Almuzara, por adecuarse debidamente a la "última edificación", en la zona controvertida.

**TERCERO**.- Según la sentencia, debe rechazarse la causa de inadmisibilidad alegada, por cuanto: "El objeto del recurso es la delimitación del ámbito del núcleo rural de A Almuzara establecida por el plan general y no la delimitación del área de expansión de dicho núcleo establecida por el mismo que deja en suspenso la Orden impugnada- "dejando en suspenso las áreas de expansión de los núcleos rurales", según el apartado 1º de su parte dispositiva-; el recurso sí tiene por objeto una disposición susceptible de impugnación según lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley de esta Jurisdicción; no concurre la causa de inadmisibilidad del art. 69.c) de la misma ley alegada en los escritos de contestación".

**CUARTO**.- En cuanto al fondo del asunto, se estima la pretensión actora, razonando que: "En los escritos de contestación, no se niega expresamente que no existe la edificación tradicional representada en los planos de ordenación a partir de la que se mide la distancia máxima de 50 metros a que había de trazarse la línea perimetral de la delimitación del ámbito del núcleo rural según lo dispuesto en el apartado 3.3 de la memoria justificativa del planeamiento en relación con lo dispuesto en el artículo 13.3 de la Ley 9/2002 (también 50 metros de las edificaciones tradicionales según la redacción por Ley 2/2010); los planos, certificación catastral y fotografías que se acompañaron a la demanda como documentos números 2, 4, 6, 7, 10 y 11 apoyan la inexistencia de la edificación tradicional. La delimitación del ámbito del núcleo rural establecida por el planeamiento impugnado infringe lo dispuesto en las normas citadas; es nula.

Si la delimitación del ámbito del núcleo rural de A Almuzara realizada por la Administración autonómica demandada, además de estar viciada de nulidad, incurre en desviación de poder, requiere que el fin subjetivo,



distinto de la satisfacción del interés general fijado por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la potestad de planeamiento, se predique de dicha administración, la Xunta de Galicia demandada u órgano decisor. Esto, en la demanda, no se explica (antes bien, se refiere la desviación de poder a la "manipulación documental"); no resulta.

Es por ello que procede la estimación, parcial (las declaraciones distintas de la nulidad exceden de la potestad del tribunal), de la impugnación".

**QUINTO.-** Frente a la referida sentencia, se interpone el presente recurso, en el que se alegan los siguientes motivos:

1º) Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se alega la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate como consecuencia del erróneo enjuiciamiento que determinó el rechazo de la causa de inadmisibilidad que las partes demandadas habían invocado al amparo del artículo 69.c) de la LJCA en relación con el artículo 13.3 de la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (LOUG) y de la jurisprudencia.

2º) Al amparo del apartado c) del número 1 del artículo 88 de la LJCA se fundamenta el recurso en este motivo por razón de la falta de enjuiciamiento y pronunciamiento sobre la argumentación que esta parte había expuesto en su contestación a la demanda en relación con el indebido ejercicio de la acción pública por constituir vulneración de los principios generales de buena fe y de los propios actos, y en consecuencia infracción de lo dispuesto en los artículos 33.1 y 67.1 de la LJCA en relación con los artículos 24 y 120 de la Constitución Española (CE), 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre incongruencia y motivación de las resoluciones judiciales.

**SEXTO.-** Entrando a conocer del primer motivo del recurso, ha de señalarse que la sentencia rechazó la causa de inadmisibilidad por considerar que el recurso tiene por objeto una disposición susceptible de impugnación según lo dispuesto en el artículo 25.1 de la LJCA, conclusión a la que llegó tras estimar que el objeto del recurso es la delimitación del ámbito del núcleo de A Almuzara y no la delimitación del área de expansión del mismo, dejada en suspenso en la Orden de aprobación definitiva del Plan General.

Para sostener tal causa de inadmisibilidad, se argumenta una vinculación indisoluble entre esa suspensión de aplicación de la zona de expansión y la delimitación de la zona de núcleo rural tradicional, apoyándose para ello, en la denuncia de que la Sala de instancia no apreció esa vinculación entre zona de expansión y zona tradicional que entienden existe al amparo del art. 13.3 de la Ley Gallega 9/2002 (LOUGA).

Puede afirmarse así que, la invocación de la infracción del art. 69,c) de la LJCA, esto es la cuestión de establecer si existe o no actividad administrativa impugnada, pasa ineludiblemente por una valoración de la interpretación que la Sala de instancia realiza de la norma autonómica (art. 13.3 en relación con el 56 de la Ley 9/2002).

Tal vinculación se desprende claramente del recurso interpuesto, cuando se afirma que: "por tanto, al haber excluido la Xunta de Galicia en su Orden de aprobación del plan general el área de expansión del núcleo rural de A Almuzara, que dejó en suspenso, la delimitación de dicho núcleo rural no quedó completa (artículos 13 y 56 de la LOUG), al no cumplirse la exigencia de delimitación plena de su perímetro y ello no permite que puedan enjuiciarse de manera independiente las dos áreas que lo conforman y que por consiguiente quepa reducir el alcance de la suspensión o limitación en la orden de aprobación del Plan General a su área de expansión sino que ha de entenderse necesariamente que afecta a la totalidad del ámbito del núcleo rural de que se trata."

**SÉPTIMO.-** Siendo esto así, tal y como hemos señalado en nuestra sentencia de 5 de mayo de 2015: "El artículo 86.4 de la LJCA, dispone que las sentencias que hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora, preceptuando el artículo 89.2 de la expresada Ley, a propósito del escrito de preparación, que en el supuesto previsto en el artículo 86.4 habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

Según viene señalando una reiteradísima jurisprudencia, el citado artículo 86.4 determina que el recurso de casación no se puede fundar en la infracción de normas de derecho autonómico, ni cabe eludir dicho obstáculo procesal encubriendo la denuncia de la indebida interpretación y aplicación de normas autonómicas bajo una cita artificiosa y meramente instrumental de normas de derecho estatal. Pueden verse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 29 de enero de 2014 (casación 3167/2011), 29 de septiembre de 2011 (casación 1238/08), 26 de mayo de 2011 (casación 5215/07), 28 de abril de 2011 (casación 2060 /



2007 ), 22 de octubre de 2010 (casación 5238/2006 ), 9 de octubre de 2009 (casación 4255/2005 ), así como los pronunciamientos que en ellas se citan" .

**OCTAVO.**- En relación con la falta de enjuiciamiento y pronunciamiento sobre la argumentación expuesta en la contestación a la demanda en relación con el indebido ejercicio de la acción pública por constituir vulneración de los principios generales de buena fe y de los propios actos, hemos de comenzar señalando que, como reconoce el propio recurso de casación formulado, la cuestión del indebido ejercicio de la acción pública, no se planteó como causa de inadmisibilidad de la demanda, sino como motivo de fondo y de desestimación por considerar la existencia de violación de los principios generales de buena fe y propios actos, argumentos y planteamientos que ahora se reiteran en casación.

En cualquier caso, es lo cierto que la sentencia omite cualquier tipo de referencia a esta cuestión, la cual oportunamente planteada debió ser resuelta, por lo que incurre en la incongruencia omisiva denunciada.

Establecido así que la sentencia recurrida debe ser casada, procedería entonces que entrásemos a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate ( artículo 95.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción .

**NOVENO.**- A este respecto señalar, que se reconoce en el recurso de casación que uno de los recurrentes no es concejal del Ayuntamiento, sino vecino del lugar, por lo que, aún negando la legitimación a los concejales recurrentes, el recurso se mantendría "vivo".

No obstante lo anterior, que resulta suficiente para mantener el sentido estimatorio del fallo recurrido, conviene manifestar, respecto de la legitimación de los concejales recurrentes que, tal y como señala en la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2004, de 18 de octubre de 2004 (BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2004), nos encontramos ante un supuesto de legitimación ex lege, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico.

Tal legitimación no se basa en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto los concejales de un Ayuntamiento tienen un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la Ley reguladora de las bases del régimen local .

Esta modalidad de título legitimador, se recoge en el art. 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril , desarrollado en el art. 209.2 del Real Decreto 2568/1986 , que aprobó el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, que, de modo significativo, establece que "podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico ... los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos". Por consiguiente, el precepto parte, por elemental lógica, de un principio de legitimación de los miembros representantes populares de las corporaciones locales, que luego resulta matizado en el caso de que los actos propios de dicho representante durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria, cosa que se produciría cuando no se hubiera puesto objeción alguna al acuerdo o cuando, incluso, se hubiera votado a favor de su adopción, como ocurre en el presente caso.

**DÉCIMO.**- La estimación de uno de los motivos del recurso, determina que, conforme a lo prevenido en el art. 139 de la LJCA , no proceda hacer especial condena en costas.

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

## FALLAMOS

1º) Estimamos parcialmente el Recurso de Casación, interpuesto contra la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 22 de mayo de 2014 , estimatoria del recurso interpuesto contra la Orden de 16 de septiembre de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal del Ayuntamiento de Boborás (Ourense), sentencia que casamos y anulamos, en cuanto incurre en incongruencia en los particulares reflejados en el cuerpo de esta sentencia.

2º) Estimamos el recurso contencioso administrativo contra la Orden de 16 de septiembre de 2011 sobre aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal del Ayuntamiento de Boborás (Ourense), que anulamos por contrario al ordenamiento jurídico.



3º) No hacemos imposición de las costas causadas ni en la instancia ni en casación.

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, César 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 CENDOJ