

Roj: **STS 2789/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2789**Id Cendoj: **28079130052012100281**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **26/04/2012**Nº de Recurso: **857/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AS 5614/2008,**
STS 2789/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil doce.

La Sala constituida por los Excmos. Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso de casación nº **857/2009** interpuesto por el Procurador D. Nicolás Álvarez Real en representación de D^a Diana contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de diciembre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1205/2006 . Se ha personado en las actuaciones como parte recurrida el PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado y asistido por el Letrado de su servicio jurídico.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó sentencia con fecha 29 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo nº 1205/2006) por la que se desestima el recurso interpuesto por D^a Diana contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias de 9 de mayo de 2007 que desestimó el recurso de reposición formulado contra el acuerdo del mismo órgano de 23 de mayo de 2005, de aprobación definitiva del Plan Territorial Especial de Ordenación del Litoral Asturiano, en lo referente a la clasificación como suelo no urbanizable de protección de costas asignada a las parcelas 242 y 243 del Polígono Catastral de Castropol.

SEGUNDO.- La referida sentencia, una vez identificado en su fundamento primero el objeto del recurso, resume en los fundamentos segundo y tercero las posturas de los litigantes, en los siguientes términos:

<< (...) SEGUNDO.- Considera la parte demandante que las referidas fincas deberían clasificarse como Suelo No Urbanizable de Núcleo Rural Residencial de acuerdo con el Plan General de Ordenación Urbana de Castropol, los servicios con los que cuentan y distar más de 500 mts. de la costa formando parte integrante del Núcleo Rural de Villadún; también se denuncia la nulidad del POLA por carecer de Estudio Económico Financiero, se señala que se infringen los criterios generales del POLA a la hora de delimitar el suelo no urbanizable y que las fincas carecen de especiales valores que justifiquen su calificación como SNU de Protección de Costas, resultando la misma arbitraria y falta de motivación.

TERCERO.- El Sr. Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias se opuso en su escrito de contestación a las pretensiones de la demandante, poniendo de manifiesto la inexactitud de lo que se indica respecto al PGOU de Castropol al ignorarse las prescripciones ordenadas por la CUOTA, y señalando, por otra parte, que sí se han cumplido los criterios del POLA sin que frente a ellos puedan prevalecer los intereses particulares, siendo la delimitación de los núcleos rurales misión de la discrecionalidad del planificador>>.



Después de desestimar los motivos aducidos en la demanda en los que se alegaba que el Plan de Ordenación del Litoral era invalido por la insuficiencia de su estudio económico financiero y porque se producían desajustes respecto de lo establecido en el Plan General de Ordenación Urbana de Castropol (fundamentos cuarto y quinto de la sentencia), la Sala de instancia aborda, en el fundamento quinto, la cuestión relativa a la clasificación y categorización asignadas a las fincas de la recurrente como suelo no urbanizable de protección de costas, resolviendo la controversia en contra de la tesis de la demandante. Este fundamento sexto de la sentencia se expresa del modo siguiente:

<< (...) SEXTO.- Finalmente, en lo referente a la desviación respecto de los criterios que en el POLA se contienen a la hora de justificar la delimitación del suelo no urbanizable de costas (Tomo I, parte segunda), debe de señalarse que, por una parte, la distancia de 500 mts. al borde litoral no es uniforme o invariable sino que es una regla general que, como expresamente se recoge en el punto 7,34.1 y art. 133 del TROTU, en determinados casos puede ser ampliada, debiendo, no obstante, de ponerse de manifiesto que tal y como se desprende del expediente e informes periciales una parte de las fincas sí está inmersa en la línea de los 500 mts.

Ha de tenerse, por otra parte, en cuenta que el art. 138 del TROTU veda el crecimiento indiscriminado de los núcleos rurales mediante incorporación de fincas exteriores al mismo, y que, en este caso, las fincas de la demandante se hallan separadas del núcleo rural de Villadún por otras fincas carentes de edificación alguna sin que, además, su inclusión se ajuste al esquema lineal que en el C.54 del POLA se establece, ni puedan, por último, considerarse como las "barreras" a las que alude el apartado 7.40.3 del POLA los simples caminos creados como consecuencia de concentraciones parcelarias o que no pasan de ser meros caminos servideros de fincas rústicas, de tal modo que lo que sí ha de reputarse, en este caso, como tal barrera será la Carretera Nacional 634 tal y como expresamente en el Plan Especial se indica; y como la mera carencia de valores paisajísticos tampoco puede ser un motivo excluyente de la zona de protección de costas que, tal y como el propio perito judicial indica, se traza en razón de la totalidad de la rasa costera, será, en definitiva, por todo ello por lo que el recurso no puede prosperar al no poder apreciarse actuación arbitraria alguna en la delimitación que aquí se examina>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de D^a Diana preparó recurso de casación y luego formalizó la interposición de su recurso mediante escrito presentado el 9 de marzo de 2009 en el que, después de exponer los antecedentes del caso, e invocando el artículo 88.1.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se denuncian las siguientes infracciones:

1. Infracción del artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, del que resulta que la clasificación es reglada para los suelos especialmente protegidos y discrecional para los preservados o declarados inadecuados por el planeamiento general. Como los terrenos de la recurrente están situados a más de 500 m. del borde del litoral, para ser adscritos a la clase de protección especial de costas se requería la presencia y acreditación de unos especiales valores vinculados directamente con la costa; y al no concurrir tales valores, según ha apreciado el perito judicial, la inclusión de los terrenos en dicha categoría es nula.
2. Infracción de la jurisprudencia que distingue entre discrecionalidad y arbitrariedad, siendo evidente la arbitrariedad en la que incurre el Plan de Ordenación del Litoral en relación con las parcelas de la recurrente porque la línea de protección de costas debe quedar definida, en cuanto barrera física, a través de la carretera o "camino a Villadún" y ocurrir también que la línea establecida, al llegar a las fincas de la recurrente, quiebra bruscamente y de forma inesperada, apartándose del camino, las incluye en el suelo de protección de costas, todo ello sin respetar los criterios generales de delimitación utilizados en el Plan Especial de Ordenación del Litoral.
3. Vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española e interpretado por la jurisprudencia, pues la Sala de instancia se ha pronunciado de una forma diferente en un supuesto muy similar, en la sentencia 176/2001, de 6 de marzo.
4. Infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, así como del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la pruebas practicadas confirman el carácter urbano de las fincas de la recurrente.

Termina el escrito solicitando que se dicte sentencia que case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, resuelva estimando el recurso, anulando y dejando sin efecto el Plan Territorial Especial de Ordenación del Litoral Asturiano en lo que se refiere a la calificación del suelo no urbanizable de protección de costas asignada a las parcelas de la recurrente, de tal forma que quede excluida de la línea de servidumbre de protección de costas fijadas por el mencionado Plan Territorial la parte de ellas ubicada más allá de la línea de 500 metros de la ribera del mar.



CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2009 se acordó admitir a trámite el recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Quinta, de conformidad con lo dispuesto en las normas sobre reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Quinta, por providencia de 5 de febrero de 2010 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizase su oposición, lo que llevó a cabo el Letrado del Principado de Asturias mediante escrito presentado el 26 de marzo de 2010 en el que, tras exponer los fundamentos de su oposición, termina solicitando la desestimación del recurso de casación con imposición de costas a la recurrente.

SEXTO. - Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 24 de abril de 2012, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Calvo Rojas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº **857/2009** lo interpone la representación de D^a Diana contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de diciembre de 2008 (recurso 1205/2006), por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sra. Diana contra el acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias de 9 de mayo de 2007 que desestimó el recurso de reposición dirigido contra el acuerdo del mismo órgano de 23 de mayo de 2005 que aprobó definitivamente el Plan Territorial Especial de Ordenación del Litoral Asturiano, en lo que se refiere a la inclusión en el ámbito del suelo no urbanizable de protección de costas las parcelas 242 y 243 del Polígono Catastral de Castropol.

Han quedado reseñadas en el antecedente segundo las razones que se exponen en la sentencia recurrida para fundamentar la desestimación del recurso contencioso-administrativo. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación aducidos por la representación de D^a Diana , cuyo enunciado y contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- Dados los términos en que viene concebido el recurso, es oportuno recordar que la casación no es una segunda instancia, pues se trata de un recurso de carácter extraordinario destinado a la protección de la norma y de la jurisprudencia, estando sujeto, entre otros requisitos, al de expresar los motivos que se aducen de entre los establecidos en el artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , y a la exigencia de que en cada motivo de casación se concreten las normas o jurisprudencia que se estimen infringidas, explicando además en cada caso cómo y por qué las ha infringido la sentencia recurrida, debiendo contener, por ello, una crítica razonada de la fundamentación de la sentencia para poner de manifiesto los errores jurídicos que se le imputan. Por tanto, en el recurso de casación no se puede pretender un nuevo enjuiciamiento de todos los aspectos fácticos y jurídicos de la controversia entablada en el proceso de instancia, ni tampoco decidir si la solución adoptada por la sentencia recurrida es la mejor de entre las posibles. Se trata de dilucidar si la sentencia recurrida ha infringido o no las normas del ordenamiento o de la jurisprudencia que se citen, y para ello el recurrente debe exponer el modo y forma en que a su entender se ha producido tal vulneración.

Hemos considerado oportuno hacer este recordatorio porque la práctica totalidad de los argumentos impugnatorios expuestos en el recurso de casación se hacen depender del contenido de la prueba pericial, cuando, según la sentencia, y en contra del criterio del informe pericial, lo determinante para establecer la delimitación del suelo de protección de costas son las "barreras" a que alude el apartado 7.40.3 de los criterios generales establecidos desde el propio Plan Especial. Para la Sala de instancia ha de atribuirse la condición de barrera, a estos efectos, a la carretera nacional 634; y no merecen esa consideración, en cambio, los caminos de concentración parcelaria o los de servicio de las fincas rústicas a los que se refiere el informe pericial. De esta forma, y, básicamente por esa razón, la Sala de instancia considera correcta la protección asignada a las parcelas de la recurrente.

TERCERO.- Hechas las anteriores precisiones, y entrando ya en el examen de los motivos, es claro que no pueden tener acogida aquellos apartados del recurso los que se denuncia la infracción del artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (motivo primero) y la vulneración del principio de igualdad (motivo tercero).

En lo que se refiere al primero, sucede que el artículo 9 de la Ley 6/1998 no fue invocado en el proceso de instancia por ninguna de las partes y tampoco se hace ninguna referencia a él en la sentencia, de manera que no es un precepto determinante del fallo y su invocación ahora constituye una cuestión nueva, suscitada por primera vez en casación. Y es también una cuestión nueva la denuncia que se hace en el motivo tercero



sobre la vulneración del principio de igualdad por el tratamiento dispensado por la Sala de instancia en otros supuestos que la recurrente considera idénticos.

En ambos casos, no se trata de que la recurrente haya esgrimido en casación nuevos argumentos, sino que a través de dichos motivos intenta introducir en el debate cuestiones y motivos de nulidad que en el proceso de instancia no se habían suscitado y sobre los que, claro es, la sentencia no se pronuncia. Y como hemos señalado en repetidas ocasiones -sirvan de muestra las sentencias de 12 de junio de 2006 (casación 7316/2003), 22 de enero de 2007 (casación 8048/2005) y 7 de febrero de 2007 (casación 9707/2003)- la introducción de cuestiones nuevas no tiene cabida en casación.

Tales razones obligan a rechazar los motivos primero y tercero, si bien, dado el momento procesal en que nos encontramos nuestro pronunciamiento no será de inadmisión sino de desestimación de dichos motivos de conformidad con lo previsto en el artículo 93.2.d/ de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, esto es, por carecer manifiestamente de fundamento.

CUARTO.- En el segundo motivo la recurrente alega que la sentencia infringe la jurisprudencia que distingue entre discrecionalidad y arbitrariedad. En su opinión, el Plan de Ordenación del Litoral incurre en arbitrariedad al establecer la línea de protección de costas conforme al criterio contenido en el apartado 7.40.3 del propio Plan Especial.

Dicho criterio de organización del diseño de la línea de protección de costas consiste en utilizar para la delimitación la existencia de barreras, generalmente constituidas por carreteras o ferrocarriles, combinada o no con la de los núcleos rurales apoyados en aquéllas. Según el Plan de Ordenación del Litoral, este criterio es frecuentemente utilizado en dos tipos de situaciones: cuando las barreras circulan a una distancia no muy elevada de la costa o cuando aun siendo una distancia de dimensión relativamente elevada los terrenos situados entre ella y el litoral son geográficamente uniformes y están vacíos de edificación.

Conforme a dicho criterio -que es expresamente citado en la sentencia y del que la Sala de instancia hace una interpretación que, por venir referida a una norma autonómica, no puede ser revisada en casación-, no reúnen la condición de "barreras" a que se refiere el apartado 7.40.3 del Plan los simples caminos creados como consecuencia de concentraciones parcelarias o para el servicio de fincas rústicas; de manera que, en contra de lo postulado por la recurrente con el respaldo del perito, la sentencia recurrida considera que en el caso examinado la barrera viene definida por la Carretera Nacional 634.

Así las cosas, la recurrente tiene que acogerse al dictamen pericial por ella aportado al proceso, en el que se sostiene que la memoria justificativa establece unos criterios de delimitación que en la cartografía del Plan no siempre se siguen, lo que ocurriría en el caso examinado al disponerse de un camino que "...podría ser un límite racional de delimitación". Pero sucede que esa forma de interpretar el criterio de delimitación ha sido desautorizada por la sentencia, que niega que pueda atribuirse la consideración de barreras, a tales efectos, a los caminos de concentración o "servideros de fincas rústicas". A lo que debe agregarse que de los artículos 30 de la Ley de Costas y 110.1 y 133 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo autonómico 1/2004, así como de las directrices de ordenación y del propio Plan Especial impugnado resulta que la franja de la línea de protección, fijada con carácter mínimo en 500 metros, es susceptible de extensión en función de las características específicas del tramo litoral y teniendo en cuenta la situación de las carreteras más próximas a la costa, la protección de las vistas al mar y de las áreas de influencia de las playas y los demás factores que se consideren relevantes.

Por todo ello, el motivo segundo ha de ser desestimado.

QUINTO.- Por último, tampoco puede ser acogido el cuarto motivo de casación, en el que como vimos, se alega la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la recurrente que la pruebas practicadas confirman el carácter urbano de sus parcelas.

En este apartado de su escrito la recurrente comienza por exponer el resultado del informe pericial para derivar de ello que sus fincas son parte integrantes del asentamiento de población de Villalón, de donde a su vez concluye, sin más, que han sido vulnerados los artículos 9.3 y 24 de la Constitución, así como el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tildando de arbitraria e irracional la valoración de la prueba llevada a cabo por la sentencia.

Pues bien, como es sabido, la valoración de la prueba realizada en el proceso de instancia no puede ser revisada en casación salvo en casos excepcionales, como son aquellos en que se justifique que la apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia ha sido ilógica o arbitraria, contraria a los principios generales del derecho o a las reglas sobre la prueba tasada. En el caso que nos ocupa no ha quedado justificada la concurrencia de ninguno de esos supuestos de excepción, siendo de notar que la prueba pericial es de libre apreciación por la



Sala de instancia según las reglas de la sana crítica (artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y, claro es, no basta con tachar de arbitraria o irrazonable la apreciación de la Sala sentenciadora para que con ese sólo alegato pueda reabrirse en casación el debate sobre los aspectos fácticos ya valorados en la instancia.

En cuanto la pertenencia de los terrenos al núcleo rural que se afirmaba en la demanda, la Sala de instancia no acepta dicha pertenencia porque los terrenos a que se refiere el litigio ni siquiera son colindantes con el núcleo próximo, sino con otras fincas carentes de edificación alguna, señalando también que los "núcleos rurales" no están destinados a crecer hacia el exterior, crecimiento que, además, en el presente caso, no sería lineal sino trapezoidal, lo que sería - según la Sala de instancia- contrario a los preceptos aplicables.

En suma, lo que hace la sentencia recurrida, también en este punto, es llevar a cabo una interpretación del derecho autonómico que conduce a una conclusión distinta a la del informe pericial, que, por consiguiente, debe entenderse desaprobado por la Sala de instancia.

SEXTO.- Por las razones expuestas el recurso de casación debe ser desestimado, lo que comporta la imposición de las costas a la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción . Ahora bien, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la parte recurrida al oponerse al recurso, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de mil quinientos euros (1.500 €) por el concepto de honorarios de representación y defensa del Principado de Asturias.

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación nº 857/09 interpuesto en representación de D^a Diana contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo 1205/2006), con imposición de las costas de este recurso de casación a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . **PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia hallándose la Sala celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.