

Sentencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 2017 (rec.1148/2016)

Encabezamiento

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de febrero de 2017

Esta Sala ha visto el Recurso de Casación 1148/2016 interpuesto por D. Cecilio, representado por la procuradora D^a. Sara Leonis Parra y asistido de letrado, promovido contra la *sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Málaga, en fecha 5 de febrero de 2016, en el Recurso contencioso-administrativo 325/2014*, sobre modificación puntual de plan especial de protección y reforma interior. Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Vélez-Málaga, representado por el procurador D. Alejandro González Salinas y asistido de letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Valverde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se ha seguido el Recurso contencioso-administrativo 325/2014* promovido por D. Cecilio, en el que ha sido parte demandada el Ayuntamiento de Vélez-Málaga, contra el Acuerdo del Pleno de Ayuntamiento de Vélez-Málaga, adoptado en su sesión de fecha 28 de marzo de 2014, por el que fue aprobada definitivamente la Modificación Puntual del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro Histórico de Vélez-Málaga, en relación al pasaje público sito en los números 5 y 7 de la calle Murallas Altas.

SEGUNDO.- Dicho Tribunal dictó *sentencia con fecha 5 de febrero de 2016*, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José María Vela García, en nombre y representación de Cecilio frente a la resolución del Pleno del Ayuntamiento de Vélez-Málaga de fecha 28 de marzo de 2014 por la que se aprueba definitivamente la modificación puntual del plan especial de protección y reforma interior del centro histórico de Vélez- Málaga en relación al pasaje público sito en los núms. 5 y 7 de la calle Murallas Altas, que se considera ajustada a derecho, con expresa condena en costas a cargo de la parte recurrente".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de D. Cecilio presentó escrito preparando el recurso de casación, que fue tenido por preparado mediante diligencia de ordenación de 28 de marzo de 2016, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de D. Cecilio compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló en fecha 26 de junio de 2016 el escrito de interposición del recurso de

casación, en el cual, tras exponer los argumentos que consideró oportunos, solicitó a la Sala dicte sentencia que case y anule totalmente la sentencia recurrida.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 4 de octubre de 2016, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento por diligencia de ordenación de 17 de octubre de 2016.

El 5 de enero de 2017 el procurador D. Alejandro González Salinas, en nombre y representación del Ayuntamiento de Vélez-Málaga, presentó escrito de personación, extendiéndose diligencia de ordenación en fecha 12 de enero de 2017 en la que se le tiene por personado en concepto de recurrido.

SEXTO.- Por providencia de 14 de diciembre de 2016 se señaló para votación y fallo el día 7 de febrero de 2017, fecha en la que, efectivamente se inicia la deliberación, habiendo continuado la misma hasta el día 21 de febrero de 2017.

SÉPTIMO.- En la sustanciación del juicio no se han infringido las formalidades legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente Recurso de Casación 1148/2016, interpuesto por D. Cecilio, la *sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Málaga, en fecha 5 de febrero de 2016, en el Recurso contencioso- administrativo 325/2014* , sobre Modificación Puntual de Plan Especial de Protección y Reforma Interior.

SEGUNDO.- Como decimos, la Sala de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo formulado por D. Cecilio, y, se fundamentó para ello, en síntesis, y, por lo que en el recurso de casación interesa, en las siguientes consideraciones, dadas en respuesta al escrito de demanda del recurrente:

1º. En el Fundamento Jurídico Primero la sentencia concreta el acto objeto de las pretensiones deducidas en la instancia, especificando las argumentaciones del recurrente y la réplica del Ayuntamiento de Vélez Málaga.

2º. En el Fundamento Jurídico Segundo la sentencia de instancia impugnada argumenta sobre el ámbito de las determinaciones susceptibles de ser establecidas por los Planes Especiales, tanto desde la perspectiva de la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como desde la perspectiva de la legislación estatal, así como sobre las relaciones entre dichos Planes y los Planes Generales, señalando al respecto:

"Hay que comenzar señalando que el artículo 14 de la Ley de ordenación Urbanística de Andalucía establece que los Planes Especiales contendrán las determinaciones necesarias para el desarrollo de las correspondientes directrices o Plan General y en su defecto las propias de su naturaleza o finalidad, debidamente justificadas y desarrolladas en la memoria, planos y catálogos, ordenanzas, plan de etapas y evaluación de costes. Precepto que resulta coincidente en lo esencial en su contenido con lo dispuesto en el *artículo 23 del texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976* conforme al cual el Plan Especial de Reforma Interior viene concebido como instrumento de ordenación derivado, en cuanto precisado de un Plan superior, que tiene como finalidad: a) la realización de operaciones de reforma interior previstas en el Plan General, en cuyo caso deberá ajustarse a sus determinaciones; y

b) operaciones de igual clase no concretadas en el Plan General, supuesto en el que no podrá ser modificada la estructura fundamental de éste.

Y en el artículo 14.1.a) LOUA que podrán constituir el objeto de los Planes de Reforma Interior operaciones integradas o actuaciones aisladas que, en desarrollo de la estructura fundamental de la ordenación prevista por el Plan General, se encaminen a ejecutar o proteger infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, así como implantar aquellas otras actividades caracterizadas como Actuaciones de Interés Público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable.

En particular añade el art 78 del Reglamento de planeamiento que " Los Planes Especiales de protección para la conservación y valoración del patrimonio histórico y artístico de la Nación y bellezas naturales se referirán, entre otros, a los siguientes aspectos:

b) Plazas, calles y edificios de interés".

Las previsiones legales provenientes de la normativa estatal convienen primeramente a establecer el marco regulador de las relaciones entre el planeamiento general y su planeamiento de desarrollo, pero se limitan a sentar unos límites, de tal manera que, por un lado, se establece con carácter general como un límite terminante que los planes especiales no pueden sustituir a los planes generales como "instrumento de ordenación integral del territorio", según indica el artículo 17 TRLS76; aun cuando, de modo aún más flexible, para los planes especiales de reforma interior, singularmente, se dispone, por otro lado, que estos no tienen por límite más que el respeto a la "estructura fundamental del territorio", según agrega el artículo 23 del mismo texto legal.

Estableciéndose en el art. 14.5 de LOUA que en ningún caso los Planes Especiales podrán sustituir al Plan General en su función de instrumento de ordenación integral del territorio, por lo que no podrán clasificar suelo, sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecer.

En fin, ya por último, al régimen legal que acabamos de indicar las previsiones reglamentarias agregan la necesidad de que los planes especiales de reforma interior se ajusten también a las determinaciones del plan general (artículo 82.2 y 3 RP). El art. 82.2 RP afirma que "Estos Planes Especiales no podrán alterar las Normas que sobre volumen y uso del suelo establezcan los Planes de jerarquía superior, y sólo podrán precisar sus determinaciones cuando sea necesario".

La *STS de 13 de febrero de 2015 rec. 829/2013* , matiza la relación existente entre planes especiales de ordenación urbanística superior dentro del entendimiento dinámico del principio de jerarquía en el planeamiento urbanístico, que en particular resulta propio en el ámbito de las relaciones entre los planes generales y los planes especiales de reforma interior, y que en este preciso ámbito ha de mirar ante todo a preservar la coherencia y la compatibilidad entre las determinaciones recogidas en unos y otros instrumentos de planeamiento.

Respecto de los planes especiales, la *Sentencia de TS de 21 de enero de 2010 (Rec. 5951/2005)* , dice: "Ahora bien, aunque su relación no sea explicable exclusivamente por el principio de jerarquía, e introduzca en sus relaciones normativas con el plan general el principio de especialidad, ello no quiere decir que la jerarquía no tenga aplicación en tal relación y que la autonomía o independencia del plan especial

sea plena, que no lo es. En efecto, el ámbito sectorial que regula el plan especial no puede alcanzar hasta sustituir el planeamiento integral en la función que le es propia, como acontece con la clasificación del suelo o la fijación de la estructura general, que constituyen determinaciones vedadas al plan especial, como sucede en este caso según veremos seguidamente".

Así, pues, las exigencias dimanantes del principio de jerarquía, ciertamente, no pueden eludirse en estos casos; pero es claro también que en el supuesto de autos las determinaciones establecidas en el PERI no se incluyen entre las que resultan expresamente vedadas al plan especial (clasificación del suelo, fijación de la estructura general), de acuerdo con lo indicado en esa sentencia.

En el supuesto examinado, la determinación del espacio discutido como vial público obedece a estos fines y se puede considerar incluida en una operación de reforma interior, y tal determinación se encuentra entre las encomendadas por la legislación urbanística a los planes especiales de reforma interior, sin que suponga la contravención de las determinaciones del planeamiento superior pues no afecta a la clasificación como urbano del terreno afectado, sino que delimita su uso de manera compatible con la realidad existente y de forma adecuada para la preservación de los espacios dotacionales del municipio, así mismo destaca la proporción del uso asignado al terreno de autos de acuerdo con los fines propuestos en el PEPRI, y su incidencia menor en la estructura general del Planeamiento urbanístico dada la dimensión superficial concernida, y el estado presente de la realidad física afectada".

3º. Para concluir la sentencia de instancia, en su Fundamento Jurídico Tercero razona sobre la cuestión relativa a la titularidad de los terrenos y los efectos de su no inclusión en el Inventario municipal:

"Cuestión distinta es la referente a la titularidad del terreno y consecuentemente sobre el método adoptado para su obtención, al respecto de lo cual podemos realizar una serie de consideraciones.

En primer lugar, la actora no acredita la titularidad privada del bien por medio de elemento de prueba alguno, por contra existen elementos que justifican el anterior destino público del espacio como pone en evidencia el plano del año 1952, la existencia de unas normas subsidiarias del año 1983 que así lo contemplaba, y la coincidencia que el perito judicial destaca entre la planimetría histórica y el actual emplazamiento del callejón, elementos de crédito que avalan la corrección de la solución municipal y que en cualquier caso enervan cualquier atisbo de desviación de poder.

En segundo lugar no es este el procedimiento adecuado para debatir sobre la titularidad del bien inmueble en cuestión que debe diferirse a su examen por la jurisdicción ordinaria. no obstante lo cual existen elementos suficientes para advenir *prima facie* la adecuada calificación del suelo concernido como de titularidad pública al margen de lo que al respecto pueda concluirse ante los Tribunales civiles.

En tercer lugar es deber de la administración municipal la tutela de sus propios bienes, debiendo instar los expedientes necesarios para la recuperación de la posesión de los mismos, así lo destaca en concordancia con lo previsto en la *Ley 33/2003 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas*, el art. 81 de LBRL cuando dice que "1. La alteración de la calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales requieren expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad.

2. No obstante, la alteración se produce automáticamente en los siguientes supuestos:

a) Aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios".

Por su parte el art. Art. 82 LBRL estatuye que "Las Entidades locales gozan, respecto de sus bienes, de las siguientes prerrogativas:

a) La de recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público y, en el plazo de un año, los patrimoniales".

A esto se añade que el *Art. 52 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales* : "La Resolución del expediente de investigación corresponde al órgano competente de la corporación, previo informe del Secretario. Si la Resolución es favorable, se procederá a la tasación de la finca o derecho, su inclusión en el inventario, y adopción de las medidas tendentes a la efectividad de los derechos de la corporación".

Pues bien aunque no conste la inclusión en el inventario municipal de este inmueble, y sobre la incidencia que esta omisión pueda representar para un expediente de recuperación de los bienes titularidad de las corporaciones locales, la cuestión ha sido resuelta por La *Sentencia TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 21 de mayo de 2008* , fija la siguiente doctrina legal: «no puede entenderse que un bien, por el mero hecho de no estar incluido en el correspondiente Inventario de Bienes Municipales, no es de titularidad municipal».

De todo lo expuesto se puede rescatar a modo de síntesis la atención por parte de la Administración de su deber de tutela del demanio público acudiendo al expediente de la aprobación de la modificación puntual de un PEPRI, con información pública, audiencia a los interesados e informes sectoriales correspondientes, tramitación que agota las exigencias procedimentales de los arts. 31 y concordantes de LOUA, que no previenen la necesidad de informe del Consejo Consultivo, y que es solución compatible con la normativa examinada y a la que no se opone la inexistencia de referencia en el inventario municipal de bienes, pues ello no contradice la pretendida titularidad demanial del inmueble, y por otro lado la solución empleada encuentra encaje dentro de la fórmula abierta del art. 52 del reglamento de bienes de las corporaciones locales, en cuanto que medida apta para garantizar la eficacia de la decisión municipal de recuperación.

Todo lo razonado conduce a la desestimación del recurso contencioso administrativo interpuesto".

TERCERO.- Contra esa sentencia ha interpuesto el D. Cecilio recurso de casación, en el cual esgrime cinco motivos de impugnación, de los que, el primero, segundo y cuarto se formulan al amparo del *apartado c) del artículo 88.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA)* ---esto es, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión-- y tercero y quinto restantes al amparo del *apartado d) del mismo artículo 88 de la LRJCA* , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia

que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo se reputa infringido el *artículo 24 de la CE* por cuanto, según se expresa, se ha producido la vulneración del derecho del derecho a la tutela judicial efectiva, con indefensión; vulneración que deriva de la circunstancia de que el expediente administrativo no fue enviado completo, pese a las reclamaciones del recurrente, habiéndose omitido, por otra parte, la emisión del informe del Consejo Consultivo de Andalucía y el trámite de audiencia. Igualmente, en relación con esto último, se considera vulnerado el *artículo 84 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPA)*, señalando que, de haberse dado audiencia, se hubiera permitido la aportación de documentos, sin haberse producido, entonces, indefensión al interesado.

Es cierto que mediante escrito presentado en fecha de 18 de septiembre de 2014 el recurrente manifestó que el expediente remitido por el Ayuntamiento de Vélez-Málaga se encontraba incompleto, relacionando, a continuación, los documentos ausentes y aportando copia de los citados documentos ausentes (un total de seis) para que, con devolución del expediente al Ayuntamiento, se procediera a la integración de los documentos aportados en el expediente remitido, volviendo a remitirlo, de nuevo, a la Sala; lo que aconteció en fecha de 30 de octubre de 2014. Dado traslado al recurrente para formular demanda, cumplimentó dicho trámite en fecha de 6 de noviembre de 2014, aportando los nuevos documentos que consideró conveniente, que quedaron unidos a las actuaciones, y solicitando el recibimiento del juicio a prueba. El Ayuntamiento contestó a la demanda en fecha de 10 de diciembre de 2014, solicitando, igualmente, el recibimiento del pleito a prueba. Por Auto de la Sala de instancia de 20 de enero de 2015 se resolvió sobre los medios de prueba propuestos por las partes, el cual fue impugnado por la recurrente mediante recurso de reposición (por no haber sido admitida cierta documental y testifical propuesta), formulado en fecha de 30 de enero de 2015, que resultó desestimado por nuevo auto de la Sala de 7 de abril de 2015. En sus respectivos escritos de conclusiones ninguna de las partes formuló alegación alguna respecto de la situación del expediente o de las pruebas solicitadas y admitidas.

Si bien se observa, son dos las causas ---como hemos expuesto--- de las que el recurrente deduce la indefensión denunciada: la ausencia en el expediente del informe del Consejo Consultivo de Andalucía y la falta de audiencia en el mismo expediente.

No podemos acoger las alegaciones del recurrente, por lo que debemos rechazar el motivo formulado.

1º. Por lo que hace referencia, en primer término, a la indefensión que se denuncia, basta con señalar que la falta de integridad del expediente tramitado por el Ayuntamiento carece de consistencia. Al margen de que no se concreta documento alguno ausente del mismo de cuya ausencia se haya derivado la vulneración de la tutela judicial efectiva denunciada, lo cierto es que tampoco hemos detectado que de la circunstancia alegada podamos deducir indefensión alguna para el recurrente. Dejando al margen otros aspectos que no son del caso, el contenido de la tutela judicial efectiva que reclama el recurrente estaría integrado por el derecho a la jurisdicción ---esto es, por el derecho del recurrente de acceso a la justicia---, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional a fin de llegar a una decisión sobre las pretensiones formuladas (*STC 115/1984, de 3 de diciembre*); y dentro del proceso, cuenta igualmente con el derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, si bien ésta resolución

puede ser de inadmisión, si así procede.

Ello implica el derecho a la interpretación del sistema procesal de modo antiformalista con base en el principio *pro actione*. Es evidente que las formas procesales cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso, por lo que no puede dejarse al arbitrio de las partes ni su cumplimiento ni la decisión del momento en que van a cumplirlas, por cuanto el *artículo 24 CE* no puede ser entendido como un salvoconducto procesal. Mas, frente a ello, la exigencia de formalismos no estrictamente necesarios ni legalmente establecidos puede significar, en caso de resolución desfavorable por tal motivo, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, no toda irregularidad formal es obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, especialmente en los supuestos en que la ley no lo determina así de forma taxativa (*SSTC 3/1983, de 25 de enero, 102/1984, de 12 de noviembre, y 69/1987, de 22 de mayo; SSTS 16 diciembre 1983 y 9 mayo 1984*).

En el invocado *artículo 24.1 de la Constitución* ocupa un lugar central, y extraordinariamente significativo, la idea de indefensión. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (*STC 48/1989, de 4 de Abril*) "la interdicción de la indefensión, que el precepto establece, constituye '*prima facie*' una especie de fórmula o cláusula de cierre (<<sin que en ningún caso pueda producirse indefensión>>)". Como la propia jurisprudencia constitucional señala "la idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica de la que se ha dicho supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)".

El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la "esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en aplicación del indispensable principio de contradicción" (*Auto TC 1110/1986, de 22 de diciembre*). Del mismo modo se ha puesto de manifiesto que las denominadas "irregularidades procesales" no suponen "necesariamente indefensión, si le quedan al afectado posibilidades razonables de defenderse, que deja voluntariamente ---por error o falta de diligencia--- inaprovechados" (*Auto TC 484/1983, de 19 de octubre*).

En versión más sencilla, el derecho de defensa implica "la oportunidad para las partes litigantes de alegar y probar cuanto estimasen conveniente para la defensa de sus tesis en pie de igualdad" (*Auto TC 275/1985, de 24 de abril*). Por tanto, lo que en el *artículo 24.1 "garantiza la Constitución* no es la corrección jurídica de todas las actuaciones de los órganos judiciales, sino, estrictamente, la posibilidad misma de acceder al proceso, de hacer valer ante el órgano judicial los propios derechos e intereses, mediante la necesaria defensa contradictoria, y de obtener, en fin, una respuesta judicial fundada en derecho y de contenido no irrazonable sobre la propia pretensión" (*STC 41/1986, de 2 de abril y Auto TC 914/1987, de 15 de junio*).

2º. Por otra parte, la ausencia del informe que se reclama del Consejo Consultivo de Andalucía no resultaba exigible en el expediente de aprobación, por cuanto el mismo sólo resultaba exigible en los supuestos de "[m]odificación de figuras

de planeamiento, que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos previstos en un plan, así como los supuestos de suspensión de instrumentos de planeamiento que competen al Consejo de Gobierno", de conformidad con lo establecido en el *apartado 10.e) del artículo 17 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía*, que, obviamente, no es el supuesto del que estamos en presencia, que se trata de una Modificación puntual del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro Histórico de Vélez Málaga, en relación al pasaje público sito en los números 5 y 7 de la calle Murallas Altas de dicha localidad.

Tal informe del Consejo Consultivo sí consta en el expediente ---que de forma paralela se tramitó por el Ayuntamiento--- en relación con la pretensión municipal de revisión de oficio de la licencia concedida al recurrente para la realización de obras en su domicilio, y que el Consejo Consultivo emitió en sentido negativo, con apoyo competencial en lo establecido en el citado *artículo 17.10.c) de la citada Ley 4/2005, de 8 de abril*.

CUARTO.- En el segundo motivo (también al amparo del *artículo 88.1.c de la LRJCA*) se considera infringido, igualmente, el *artículo 24 de la CE* por cuanto, según se expresa, se ha producido la vulneración del derecho del derecho a la tutela judicial efectiva, con indefensión; vulneración que deriva de la negativa expuesta en el Fundamento Tercero de la sentencia sobre la acreditación por parte del recurrente de la titularidad de los terrenos. En concreto se expone que la sentencia señala que no está acreditada la titularidad del terreno, en contra de las pruebas que constan en el expediente, en concreto la Escritura pública y la inscripción registral.

Tampoco este motivo puede prosperar. Con independencia de la incidencia que la titularidad de la finca de la que el recurrente dice ser titular en el expediente de Modificación puntual del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro Histórico de Vélez Málaga, lo cierto es que lo que pretende revisarse en este recurso es la negativa de la sentencia de instancia a entender probada la titularidad de los terrenos por parte del Ayuntamiento, o su carácter público, pese a no encontrarse inscrito el callejón en el Inventario municipal.

Debemos recordar nuestra doctrina sobre la valoración probatoria en el recurso de casación; doctrina que es clara y constante. Así ---limitándonos a las citas de la más recientes--- en nuestras recientes *SSTS de 18 de mayo (RC 1763/2015)* y *14 de junio de 2016 (Sentencia 1400/2016 , Recurso: 802/2015)* hemos expuesto, una vez más, que "la jurisprudencia ha recordado una y otra vez ---como por ejemplo, entre otras muchas, en la *Sentencia de esta Sala y Sección de 17 de febrero de 2012, recurso nº 6211/2008* ---, que la naturaleza de la casación tiene como finalidad corregir los errores en que haya podido incurrir el Tribunal a quo en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y encuentra uno de sus límites en la imposibilidad de someter a revisión la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, lo cual implica que cualquier alegación referida a una desacertada apreciación de la prueba debe partir de la premisa de que los medios probatorios aportados al proceso, su valoración, y la convicción resultante sobre los hechos relevantes para decidirlo incumben en exclusiva a la Sala sentenciadora, que no puede ser suplantada o sustituida en tal actividad por esta Sala de casación, pues el defecto en la valoración de la prueba no constituye motivo de casación en este orden contencioso-administrativo. En concreto (*Sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 20 de marzo de 2012*), hemos recordado unos principios, más que conocidos en el ámbito casacional y aplicados en multitud de sentencias:

"a) Que es reiterada la doctrina de esta Sala, a la que se refiere, entre otras muchas la *STS de 30 de octubre de 2007*, según la cual "la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en este cometido por el este Tribunal de casación".

b) Que, como regla general (*STS de 3 de diciembre de 2001*) "la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se coherencia 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". Y, como consecuencia de ello.

c) Que no obstante dicha regla general, en muy limitados casos declarados por la jurisprudencia, y por el cauce procesal oportuno, pueden plantearse en casación --- para su revisión por el Tribunal *ad quem* --- supuestos como el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba; o como la infracción de normas que deban ser observadas en la valoración de la prueba --ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o a las reglas que disciplinan la carga de la prueba, o a la formulación de presunciones---; o, en fin, cuando se alegue que el resultado de dicha valoración es arbitrario, inverosímil o falta de razonabilidad".

Pues bien, estas excepciones, como tales, tienen carácter restrictivo, por lo que no basta su mera invocación para franquear su examen por el Tribunal Supremo. Al contrario, partiendo del principio de que la valoración de la prueba queda excluida del análisis casacional, su posibilidad de su revisión únicamente procederá cuando la irracionalidad o arbitrariedad de la valoración efectuada por la Sala a quo se revele patente o manifiesta, siendo carga de la parte recurrente en casación aportar las razones que permitan a este Tribunal llegar a la convicción de que así efectivamente ha sido.

Respecto de la forma de acometer la valoración de la prueba, también es consolidada la jurisprudencia que afirma la validez de la valoración conjunta de los medios de prueba, sin que sea preciso exteriorizar el valor que al Tribunal sentenciador le merezca cada concreto medio de prueba obrante en el expediente administrativo o la aportada o practicada en vía judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que "... la Constitución no garantiza el derecho a que todas y cada una de las pruebas aportadas por las partes del litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado por parte de los jueces y tribunales a los que, ciertamente, la Constitución no veda ni podría vedar la apreciación conjunta de las pruebas aportadas" (*ATC 307/1985, de 8 de mayo*)".

Pues bien, de conformidad de la anterior doctrina, el motivo también debe de ser rechazado, ya que no es cierto que el Tribunal de instancia actuara al alcanzar las conclusiones probatorias que se señalan en la sentencia con arbitrariedad alguna o realizando una interpretación de los medios probatorios ilógica y absurda. La Sala, en síntesis, señala:

a) Que el recurrente no ha acreditado ser titular de los terrenos que integran el callejón, pese a que haya procedido a su ocupación, adecuación y cierre; siendo obvio que a él le correspondía tal acreditación en el expediente del Plan Especial que se tramitaba.

b) Que la Sala menciona tres elementos probatorios que acreditan la titularidad pública de los terrenos concernidos: el plano de 1952, las Normas Subsidiarias de 1983, las conclusiones periciales, a lo que podía haber añadido la testifical aportada.

A mayor abundamiento debemos recordar que en nuestro sistema procesal viene siendo tradicional sujetar la valoración de prueba pericial a las reglas de la sana crítica (*artículo 348 de la LEC*), de donde resulta que no existen reglas preestablecidas y que los tribunales pueden hacerlo libremente, sin sentirse vinculados por el contenido o el sentido del dictamen, sin olvidar tampoco que la libre valoración pueda ser arbitraria o contraria a las reglas de la lógica o la común experiencia. El juzgador no está obligado, pues, a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica. Por tanto, la prueba pericial es de libre apreciación por el juez, que debe ser apreciada según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un dictamen determinado. No obstante, a la hora de valorar los dictámenes periciales debe prestarse una atenta consideración a elementos tales como la cualificación profesional o técnica de los peritos, la magnitud cuantitativa, la clase e importancia o dimensión cualitativa de los datos recabados y observados por el perito, las operaciones realizadas y medios técnicos empleados, y en particular, el detalle, la exactitud, la conexión y resolución de los argumentos que soporten la exposición, así como la solidez de las declaraciones, sin que parezca conveniente fundar el fallo exclusivamente en la atención aislada o exclusión de solo alguno de estos datos. De esta forma han de reputarse infringidas las reglas de la sana crítica, cuando en la valoración de la prueba pericial se omiten datos o conceptos que figuren en el dictamen, cuando el juzgador se aparta del propio contexto o expresividad del contenido pericial, si la valoración del informe pericial es ilógica, cuando se procede con arbitrariedad, cuando las apreciaciones del juzgador no son coherentes porque el razonamiento conduzca al absurdo, o porque la valoración se haya producido por el tribunal con ostensible sinrazón y falta de lógica, también cuando las apreciaciones hechas se ofrezcan sin tener en cuenta la elemental coherencia entre ellas que es exigible en la uniforme y correcta tarea interpretativa, etc. Es por ello que se admite por la jurisprudencia la denuncia casacional si existe un error ostensible y notorio, falta de lógica, conclusiones absurdas, criterio desorbitado o irracional y conclusiones contrarias a las reglas de la común experiencia. Nada de ello ocurre en un supuesto como el de autos, en el que la Sala considera que la documental aportada aparece, además, contrastada por el perito.

QUINTO.- El tercer motivo (único al amparo del *artículo 88.1.d de la LRJCA*), en relación con el 88.3, que posibilita la integración de los hechos. En concreto se imputa la concurrencia de desviación de poder en la Modificación Puntual del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Centro Histórico de Vélez-Málaga (aunque se cita el Plan General) por cuanto el diseño de una calle no se realiza si el mismo no satisface el interés común y es de titularidad pública, más no si no sirve para unir dos puntos y sólo beneficia a un vecino trazándose por su propiedad privada. Con la modificación aprobado, en realidad, lo que se pretende es que dicho vecino pueda abrir huecos hacia lo que es el patio de su casa, sin que exista un interés general, por lo que concurren los requisitos --- jurisprudencialmente previstos--- para

la existencia de desviación de poder.

Entre otras muchas sentencias de *esta Sala*, en la STS de 16 de marzo de 1999 hemos señalado que "La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (*artículo 106.1 de la Constitución*) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico y de este concepto legal, la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:

a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley.

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de *esta Sala contenida, entre otras, en las Sentencias de 5 de octubre de 1983 y 3 de febrero de 1984* .

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, como reconoce la *Sentencia de 8 de noviembre de 1978* .

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder, de conformidad con las *Sentencias de 30 de noviembre de 1981 y 10 de noviembre de 1983* .

e) En cuanto a la prueba de los hechos en la desviación de poder, siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del *artículo 1249 del Código Civil* , con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del *artículo 1253 del Código Civil* se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce entre otras la *Sentencia de 10 de octubre de 1987* .

f) La prueba de los hechos corresponde a quien ejercita la pretensión y el *artículo 1214 del Código Civil* puede alterarse según los casos, aplicando el criterio de la finalidad, en virtud del principio de buena fe en su vertiente procesal y hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para otra.

g) Finalmente, la necesaria constatación de que en la génesis del acto

administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, se erigen como elementos determinantes que vienen declarando reiteradas *Sentencias de esta Sala (entre otras las de 6 de marzo de 1992 , 25 de febrero de 1993 , 2 de abril y 27 de abril de 1993)* que insisten en que el vicio de desviación de poder, consagrado a nivel constitucional en el artículo 106.1, precisa para poder ser apreciado que quien lo invoque alegue los supuestos de hecho en que se funde, los pruebe cumplidamente, no se funde en meras opiniones subjetivas ni suspicacias interpretativas, ni tampoco se base en una oculta intención que lo determine".

Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial precedente en el caso examinado, podemos llegar a la conclusión de que no se ha acreditado suficientemente que la actuación del Ayuntamiento de Vélez-Málaga haya estado investida, al tratar de recuperar los terrenos mediante la Modificación del Plan Especial de autos, de manifiesta desviación de poder, en los términos en los que la hemos definido y jurisprudencialmente configurado más arriba, acomodando la referida actuación a fines distintos de los perseguidos por la norma. Esto es, en el supuesto de autos se ha producido, por parte del Ayuntamiento de Vélez-Málaga, el ejercicio de una potestad administrativa (la potestad de planeamiento) con la finalidad de alcanzar un fin previsto en el ámbito de la misma distinto (cuál es la recuperación de los terrenos cuestionados y su consideración urbanística como vial público) sin generar, como pretende la parte recurrente una conducta de desviación de poder.

Una reiterada jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), ha sintetizado el anterior concepto de desviación de poder, señalando al efecto que la misma concurre "cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas, C-69/83 , Rec. pg. 2447, apartado 30; de 13 de noviembre de 1990 , Fedesa y otros, C-331/88 , rec. pg. I-4023, apartado 24; de 13 de julio de 1995 , Parlamento/Comisión, C- 156/93 , Rec. pg. I-2019, apartado 31; de 14 de mayo de 1998 , Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, Rec. pg. I-2873, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001 , Países Bajos/Consejo, C-110/97 , Rec. pg. I-8763, apartado 137)".

Es cierto que podemos observar en las actuaciones la deriva del conflicto hacia otros ámbitos ---incluido el de la jurisdicción penal--- como consecuencia de la enemistad que se ha generado entre los dos vecinos de los números 5 y 7 de la calle Murallas Altas, y de la vías de hechos utilizadas, pero de ello no podemos deducir la desviación de poder denunciada pues la actuación municipal que se revisa, al margen de las finalidades urbanísticas expresada ha ido, en todo momento, encaminada a resolver, de raíz, las lamentable relaciones vecinales, mas ello se ha realizado desde una posición de equilibrio, ponderación y neutralidad, basada, siempre, en los informes técnicos tomados en consideración.

SEXTO.- El cuarto motivo, por último (de nuevo al amparo del *artículo 88.1.c de la LRJCA*) se insiste en la infracción, de nuevo, del *artículo 24 de la CE* por cuanto, según se expresa, se ha producido la vulneración del derecho del derecho a la tutela judicial efectiva, con indefensión, derivada, ahora de la denegación de las pruebas ---

testifical, en concreto--- siendo la prueba útil y pertinente.

Las mismas argumentaciones contenidas en el anterior Fundamento Jurídico Cuarto nos sirven para rechazar lo que ahora se reitera en la relación con la valoración de la prueba o el rechazo de alguna de ellas, lo cual, si recordamos, no fue reiterado en el escrito de conclusiones. En todo caso, diremos que con reiteración nos venimos refiriendo al denominado derecho a la prueba , y, en tal sentido, en las *SSTS de 10 de febrero y 3 de marzo de 2015 (RRCC 3649/2012 y 6476/2011)* hemos expuesto lo siguiente, recordando otras anteriores (*STS de 14 de mayo de 2014, RC 3906 / 2011* , que, a su vez, entre otra muchas sentencias de *esta Sala, se remite a las SSTS de 13 de junio de 2007 y 22 de junio de 2010*):

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

Derecho no absoluto que, por tanto, no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (*SSTC 1/1996, de 15 de enero , 246/2000, de 16 de octubre*). Por ello no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (*SSTC 246/2000, de 16 de octubre y 35/2001, de 12 de febrero*).

Con base en los anteriores criterios el máximo interprete constitucional (por todas la *STC 99/2004, de 27 de mayo* , con una amplia cita de otras anteriores) insiste en que el alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa resulta condicionado por su carácter de garantía constitucional de índole procedimental, lo que exige que para apreciar su vulneración quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, que se traduce en la necesidad de argumentar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente.

(...) Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada comporta, además, que se muestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y no practicadas así como argumentar la incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones que hubiera tenido la admisión y práctica de la prueba (*SSTC 246/200, 16 de octubre, 133/2003, de 30 de junio*).

(...) Constatamos, pues, que debe darse a las partes la oportunidad para acreditar las alegaciones en que funden sus pretensiones (*Sentencias de 13 y 26 de mayo de 2003 , 30 de octubre de 2003*). Se trata de no producir indefensión a la parte que no ha tenido ocasión de demostrar los hechos en que sustentaba su pretensión, incluso cuando se pretende demostrar una actuación que ofrece dificultades probatorias al concernir a la motivación interna del acto como es la desviación de poder (*sentencia de 1 de diciembre de 2003*). Todo ello no es óbice para que quepa denegar las inútiles, impertinentes, innecesarias o inidóneas, es decir,

que no guarden conexión con el objeto del proceso (*Sentencia de 27 de enero de 2004*)".

SÉPTIMO.- Por último, en el quinto motivo (ahora, de nuevo, por la vía del *artículo 88.1.d, en relación con el 88.3 de la LRJCA*) se considera infringido el *artículo 78 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico* , aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU), sin que resulte acreditado el interés, la utilidad o el uso públicos, ni el interés de protección de un patio que sólo sería utilizado por el recurrente, y su vecino, si abre huecos al mismo.

Al margen de que el precepto que se dice infringido no es citado en la demanda, debemos reiterar la finalidad pública ---de recuperación de terrenos públicos ocupados por particular sin título alguno y la consideración de los mismos como vial público--- y, en consecuencia, que la actuación del planificador municipal debe situarse en el ámbito posible de su potestad, sin que la misma incida en arbitrariedad alguna.

Por ello, también este último motivo decae.

OCTAVO.- Al declararse no haber lugar al recurso de casación procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo (*artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional*).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1º**. No haber lugar al Recurso de casación 1148/2016 interpuesto por D. Cecilio, contra la *sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Málaga, en fecha 5 de febrero de 2016, en el Recurso contencioso-administrativo 325/2014* , sobre Modificación Puntual de Plan Especial de Protección y Reforma Interior. **2º**. Imponer las costas del recurso en los términos expresados en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Rafael Fernandez Valverde D. Juan Carlos Trillo Alonso D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D^a Ines Huerta Garicano D. Cesar Tolosa Tribiño D. Mariano de Oro-Pulido y Lopez **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Valverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.