

Roj: STS 5453/2012
Id Cendoj: 28079130052012100518
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 899/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil doce.

La Sala Tercera de este Tribunal Supremo ha conocido, con la composición reseñada al margen, de recurso de casación contra sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; fue dictada el 9 de enero de 2009, en autos del recurso contencioso administrativo nº 35/2008 .

El recurso extraordinario de casación ha sido interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes Blanco Fernández, en nombre y representación del **Ayuntamiento de Tazacorte de la isla de La Palma (Santa Cruz de Tenerife)**, siendo parte recurrida la **Administración General del Estado** , representada y defendida por el Abogado del Estado; resultando los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha conocido del recurso contencioso administrativo número 35/2008 , promovido por el Ayuntamiento de **Tazacorte**, y en el que ha sido parte demandada la Administración General del Estado; fue interpuesto contra la Orden Ministerial de fecha 17 de julio de 2007 por la que se rectifica la anchura de la servidumbre de protección en el tramo comprendido entre los vértices M-2 a M-8 del deslinde de los bienes de dominio público marítimo terrestre de 4.487 metros entre el Barranco de las Angustias y la Playa del Perdido en el término municipal de **Tazacorte**, Isla de La Palma (Santa Cruz de Tenerife), aprobado por Orden Ministerial de 25 de octubre de 2001.

SEGUNDO .- Dicho Tribunal dictó Sentencia el 9 de enero de 2009 , cuya parte dispositiva fue del siguiente tenor literal:

" FALLAMOS: Que desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador MERCEDES BLANCO FERNÁNDEZ, en la representación que ostenta de AYUNTAMIENTO DE **TAZACORTE**, contra la resolución descrita en el primer fundamento de esta Sentencia, debemos confirmar la resolución recurrida. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas".

TERCERO .- Para llegar a esta conclusión estimatoria del recurso, la Sala de instancia comenzó recapitulando los fundamentos de hecho del caso, en los siguientes términos (antecedente de hecho primero):

«De lo que consta en el expediente y de las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos resulta el siguiente relato de hechos:

- Mediante O.M. de 25 de Octubre de 2001 se aprobó el deslinde de los bienes de dominio publico marítimo terrestre de 4.487 metros entre el Barranco de las Angustias y la Playa del Perdido en el Termino Municipal de **Tazacorte**, Isla de La Palma (Santa Cruz de Tenerife).

-Con fecha 13 de Septiembre de 2002 se dictó sentencia por la Sala de lo Contencioso del TSJ de Canarias por la que se anulaba el acuerdo de la COTMAC que aprobaba definitivamente la ordenación del suelo urbano de **Tazacorte** prevista en las normas subsidiarias de dicho municipio. La anulación se basaba en que en las unidades de actuación no existen los servicios urbanísticos exigidos legalmente y que el requisito de clasificación como urbano (consolidada la edificación en 2/3 de la superficie), no se da. Y ello por no

representar ese porcentaje las cinco edificaciones existentes; que computadas tanto en cuanto al total de la superficie del polígono, como de las tres unidades de actuación, de cada una de ellas en particular, no llegan a los 2/3 aludidos- Añadiéndose que no se encuentran dentro de una malla urbanística y que además las referidas edificaciones están fuera de ordenación según las NNSS de **Tazacorte**.

- El Tribunal Supremo, con fecha 10 de Noviembre de 2005 declaró que no había lugar al recurso de casación contra esta sentencia dictada por el TSJ de Canarias.

- Previamente, esta Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional había conocido de la impugnación de la Orden Ministerial de fecha 25 de Octubre de 2001 y dictó sentencia con fecha 1 de Diciembre de 2004 (recurso 191/2002) por la que se estimaba en parte el recurso y anulaba la resolución recurrida únicamente en lo que se refiere a la anchura de veinte metros asignada a la servidumbre de protección, estableciéndose en su lugar una anchura de cien metros para dicha franja de protección, desestimando el resto de las pretensiones de la demandante. Esta sentencia devino firme.

- Frente a esta sentencia se interpuso recurso de casación que se tramita ante el Tribunal Supremo con el numero 2769/2005 .

[maticemos ahora que este recurso de casación ha sido desestimado por sentencia de esta Sala y Sección de 16 de junio de 2009 , aclarada por Auto de 24 de septiembre inmediato siguiente]

- Mediante la Orden Ministerial ahora recurrida, se rectifica la anchura de la servidumbre de protección en el tramo comprendido entre los vértices M-2 a M-8 del deslinde de los bienes de dominio publico marítimo terrestre aprobado por la Orden de 25 de Octubre de 2001.

- El AYUNTAMIENTO DE **TAZACORTE** presentó un requerimiento previo contra la citada Orden Ministerial, al amparo de lo previsto en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción y dicho requerimiento fue rechazado mediante la resolución dictada por la Dirección General de Costas de fecha 5 de Diciembre de 2007 frente a la que se interpone el presente recurso contencioso administrativo».

A continuación, ya en los fundamentos de Derecho, la Sala rechaza en primer lugar la alegación del Ayuntamiento demandante de que no se le había dado audiencia en el trámite de redacción de la Orden impugnada, señalando (FJ 2º) que

«En el caso presente no parece que la falta de intervención del Ayuntamiento recurrente en la elaboración de la O.M. de 17 de Julio de 1997 haya sido generadora de indefensión y ello puesto que dicha Orden no hace sino cumplir lo dicho por esta Sala al anular la anterior Orden aprobatoria del deslinde y para ello se basa en la consideración de unos terrenos como no urbanos cuando esto venía impuesto por una sentencia firme del TSJ de Canarias (confirmado por el Tribunal Supremo). En cualquier caso, durante la tramitación de este recurso contencioso el Ayuntamiento de **Tazacorte** ha podido realizar cuantas alegaciones han convenido a su interés por lo que, obviamente, no se le ha generado indefensión y no se justifica la retroacción del procedimiento».

En el fundamento de Derecho tercero comienza la Sala su examen del tema de fondo planteado por la parte demandante, quien sostenía que la anchura de la servidumbre de protección debía ser fijada en tan sólo veinte metros, por tener el terreno concernido la condición de suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas. El Tribunal a quo se remite a su precedente sentencia de 1 de diciembre de 2004 , cuya fundamentación jurídica transcribe, y sobre la base de lo dicho en esa sentencia y la precedente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el recurso 51/2000, concluye que esos terrenos no tienen la condición de urbanos, tras lo cual pone esta comprobación en relación con las transitorias de la Ley de Costas, señalando lo siguiente (FJ 4º):

«La extensión de la franja de la servidumbre de protección, por aplicación de lo que dispone la Disposición Transitoria Tercera 3 de la Ley de Costas , depende de la consideración urbanística del terreno: 3. Los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la presente Ley estarán sujetos a las servidumbres establecidas en ella, con la salvedad de que la anchura de la servidumbre de protección será de 20 metros. Por lo tanto, lo relevante a la hora de dictar la Orden Ministerial frente a la que se recurre es la naturaleza jurídica de los terrenos (no urbanos) y esto se encuentra declarado de modo firme por la sentencia del TSJ de Canarias. Quiere ello decir que la relevancia de la sentencia que tenga que dictar el Tribunal Supremo en el recurso 2769/2005 es una relevancia menor pues no se podría modificar los pronunciamientos del TSJ de Canarias sobre la condición de no urbanos de los terrenos.

Por todo lo expuesto, resulta que lo que pretende la parte recurrente es que se realicen dos pronunciamientos de contenido imposible:

- Que los terrenos delimitados tienen la consideración de urbanos. Esta cuestión ya ha sido resuelta por la sentencia del TSJ mencionada reiteradamente a lo largo de esta sentencia.

- Que la anchura de la servidumbre de protección debe ser de 20 metros; esta cuestión ha sido resuelta por la sentencia de esta Audiencia dictada en el recurso 191/2002 .

- Por todo lo expuesto, resulta que lo procedente es la íntegra desestimación de la demanda confirmando la Orden Ministerial objeto del presente recurso contencioso administrativo».

CUARTO .- Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal del Ayuntamiento de **Tazacorte** se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado por Providencia de la Sala de instancia de 4 de febrero de 2009, en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el plazo de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo.

QUINTO .- La Procuradora de los Tribunales, doña Mercedes Blanco Fernández, en nombre y representación del Ayuntamiento de **Tazacorte**, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo e interpuso recurso de casación en el que solicita a la Sala que " dicte, en su día sentencia, que con estimación del presente recurso, case y anule la sentencia impugnada, dictando otra que estime el recurso interpuesto por esta parte actora y ahora recurrente, con costas a quien se oponga temerariamente, declarando, en consecuencia, la nulidad radical, nulidad, o en su caso anulabilidad de la Orden, dictada el 17 de julio de 2007 por la Dirección General de Costas, por delegación de la Ministra de Medio Ambiente, debiendo, en su consecuencia, declararse que mi mandante ha acreditado que los terrenos afectados por el acto administrativo recurrido tenían el carácter de suelo urbano, siendo ésta su clasificación urbanística, a la entrada en vigor de la Ley de Costas, por lo que la servidumbre de protección ha de tener una profundidad de 20 metros, y no de 100 metros, que es la que fija la orden recurrida

SEXTO .- Mediante providencia de la Sección primera de esta Sala, de 29 de junio de 2009 se acordó admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de **Tazacorte**, y por providencia de 22 de julio de 2009 se ordenó entregar copia del escrito de interposición del recurso a la Administración recurrida a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso, lo que hizo en escrito en el que pidió a la Sala que se dictara Sentencia inadmitiendo los motivos primero, tercero, cuarto, quinto y sexto, o, subsidiariamente, declarando no haber lugar al recurso de casación, condenado a la parte recurrente al pago de las costas causadas.

SEPTIMO .- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación y fallo y se acordó designar para dicho trámite la audiencia del día 11 de julio de 2012, en cuya fecha ha tenido lugar.

VISTO , y en atención a los fundamentos de Derecho que se expresan

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia, cuya fundamentación jurídica hemos dejado reseñada en el extracto de antecedentes, desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado por el Ayuntamiento de **Tazacorte** contra la Orden Ministerial de 17 de julio de 2007 por la que se rectifica la anchura de la servidumbre de protección en el tramo comprendido entre los vértices M-2 a M-8 del deslinde de los bienes de dominio público marítimo terrestre de 4.487 metros entre el Barranco de las Angustias y la Playa del Perdido en el término municipal de **Tazacorte**, Isla de La Palma (Santa Cruz de Tenerife), aprobado por Orden Ministerial de 25 de octubre de 2001.

SEGUNDO .- El recurso de casación del Ayuntamiento de **Tazacorte** formula seis motivos de casación, articulando el primero de ellos al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante 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 que en el caso de autos concreta en la infracción de doctrina legal y jurisprudencial de los efectos de cosa juzgada; y, los cinco restantes, al amparo del artículo 88.1, apartado d) de la misma LRJCA , esto es, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, y que, en el caso de autos, concreta, en síntesis, en los siguientes extremos: 1º) falta de

audiencia al Ayuntamiento en el procedimiento que derivó en la Orden Ministerial recurrida (motivo segundo); 2º) falta de motivación de la Administración al acordar la anulación de una Orden anterior, dictando en su lugar otra de contenido contradictorio sin la debida motivación (motivo tercero); 3º) vulneración de la normativa urbanística estatal que considera urbanos los terrenos que cuenten con servicios infraestructurales por contar con los servicios necesarios para su categorización como suelo urbano desde el año 1982 (motivo cuarto); 4º) vulneración de la disposición transitoria tercera de la Ley de Costas por no respetar los 20 de anchura de la servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre a terrenos que contaban con los servicios necesarios para su clasificación como suelo urbano consolidado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley (motivo quinto); y, 5º) falta de aplicación de la doctrina legal y jurisprudencial que proclama que la realidad física es realidad normativa (fuerza normativa de lo fáctico, motivo sexto).

TERCERO .- En el primer motivo, por el cauce procesal indicado del art. 88.1.c LRJCA , se denuncia infracción *"de la doctrina legal y jurisprudencial de los efectos de cosa juzgada al fundamentar la desestimación del recurso en el contenido de una Sentencia anterior en cuya parte dispositiva no se realiza pronunciamiento alguno que sea contradictorio con la pretensión aducida por la parte"* .

Se sostiene que las sentencias a que se refiere la ahora recurrida en casación para rechazar la clasificación como urbanos de los suelos concernidos no tienen en contenido y alcance que la Sala de instancia pretende atribuirles.

El motivo decae por inconsistencia. Argumenta el Abogado del Estado en su contrarrecurso que el motivo se ha acogido incorrectamente a la letra c) del artículo 88.1 de la LRJCA , pues, dado su contenido, debía haberse articulado al amparo de su letra d). Tiene razón: Es consolidada la jurisprudencia que declara que la controversia sobre la indebida interpretación o aplicación por el Tribunal de instancia de la excepción de cosa juzgada no constituye un vicio *"in procedendo"* , sino que hace referencia a la cuestión de fondo planteada, cuyo examen únicamente puede hacerse mediante la articulación del motivo al amparo del apartado d) del citado artículo 88.1 (por todos, ATS de 12 de enero de 2012, recurso de casación nº 3466/2011).

Más aún, se dice denunciar la vulneración de la *"doctrina legal y jurisprudencial de los efectos de la cosa juzgada"*, pero ni se citan las normas jurídicas reguladoras de la cosa juzgada ni se menciona una sola sentencia de este Tribunal Supremo que se refiera a la cosa juzgada y por ende permita sostener el motivo; con evidente incumplimiento de la carga procesal del artículo 92.1 en relación con el 93.2.b), ambos de la Ley de este orden de jurisdicción.

De todas maneras, aun prescindiendo de esa deficiente articulación procesal del motivo, tampoco podría prosperar en cuanto al fondo, dado que la Sentencia de instancia en ningún momento basó su decisión en la aplicación del instituto de la cosa juzgada, por lo que no puede reprochársele que infringiera la jurisprudencia sobre esa excepción procesal.

CUARTO .- En el segundo motivo (*ex artículo 88.1.d LRJCA*) la recurrente considera infringida *"la normativa estatal que establece, como requisito esencial, la audiencia a los interesados en los procedimientos administrativos (arts. 12.2 , 116 de la Ley de Costas , así como los artículos 105 c) CE y 84 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC)"* insistiendo en que la Orden Ministerial recurrida fue adoptada por el Ministerio de Medio Ambiente sin dar previa audiencia al Ayuntamiento de **Tazacorte**, dentro de cuyo término municipal se encuentra comprendido el tramo cuya anchura es modificada por el acto recurrido.

Tampoco este motivo puede prosperar.

El desarrollo del motivo no es más que una repetición literal del fundamento *"jurídico-material"* primero de la demanda, que se transcribe prácticamente en su integridad, sin añadido o matiz alguno y sin la menor referencia crítica a lo que sobre la cuestión ha dicho o ha dejado de decir la sentencia que se combate en casación. Es claro, así las cosas, que el motivo no puede ser estimado, pues la jurisprudencia constante ha dicho una y otra vez que no cabe efectuar en casación una reproducción literal de los escritos deducidos en instancia, con el mero añadido formal de la palabra *motivo* o de unos muy escuetos comentarios críticos (que en este caso ni siquiera existen realmente). Como hemos dicho, entre otras muchas, en la reciente sentencia de 29 de marzo de 2012 (Casación 3301/2009), con unas consideraciones plenamente aplicables a este caso, *«el recurso de casación no es una nueva instancia o una prolongación del proceso antecedente. Se trata de un remedio extraordinario que está orientado a denunciar y depurar los errores "in iudicando" o "in procedendo" en que haya podido incurrir la sentencia recurrida. El recurso de casación se dirige contra el fallo de la sentencia y contra los fundamentos de Derecho que conducen directamente a él. Por ello es necesario efectuar una crítica de dicha Sentencia y no puede tener éxito para conseguir una declaración doctrinal de esta Sala la simple*

reproducción de las mismas tesis defendidas en la instancia mediante la formulación de motivos que reiteran en casación lo que ya se alegó ante la Sala "a quo" con preterición de los argumentos de la Sentencia recurrida. [Sentencias de 21 de julio de 2011 (Casación 3797/2007), de 4 de abril de 2011 (Casación 1636/2007), de 25 de marzo de 2011 (Casación 1668/2007), de 25 de junio de 2001 (Casación 7953/1996), y de 30 de junio de 2000 (Casación 971/1995), entre otras muchas.]. Esta desviación resulta insuperable en este caso y conduce en forma inexorable a la desestimación del recurso. El punto de partida equivocado del motivo da fundamento a todo su desarrollo posterior: Se trata de convertir el recurso extraordinario de casación en una segunda instancia, al introducir en él una exposición ajena a la argumentación de la sentencia recurrida, que silencia los fundamentos por los que la misma ha desestimado el recurso y no ofrece una crítica consistente de los supuestos errores, "in iudicando" o " in procedendo" en que la Sala "a quo" haya podido incurrir. Y todo ello mediante una actividad procesal que, como hemos dicho, ni siquiera sería válida si conociésemos del asunto en apelación".

QUINTO .- Las mismas razones resultan aplicables para desestimar el motivo tercero, en el que de nuevo, la Administración recurrente en casación se limita a realizar una transcripción literal del fundamento jurídico-material tercero de su demanda, sin acompañar esa repetición literal de la menor consideración crítica sobre la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia; y lo mismo puede decirse del motivo de casación cuarto, que, como los que lo preceden, no es en su mayor parte más que una repetición acrítica de la demanda, concretamente de su fundamento «jurídico-material» cuarto, del que sólo se separa en un escueto párrafo (sito en la pág. 21, *in fine*) que, sin referencia de ninguna clase a la sentencia que se dice impugnar en casación, plantea un extremo (la pretendida consideración del terreno concernido como urbano) que ha sido resuelto y despejado en sentido contrario al que la parte propugna, mediante sentencias que son ya firmes en vía jurisdiccional. Igual ocurre con el motivo de casación quinto, que, siguiendo la misma técnica, es una simple y llana repetición literal del fundamento jurídico-material quinto de la demanda; y, en fin, lo mismo podemos decir del motivo casacional sexto, en el que, como en los anteriores, la parte recurrente se limita a repetir literalmente el fundamento jurídico sexto de la demanda, sin molestarse en completar esa transcripción con la más mínima referencia a la sentencia de instancia.

SEXTO .- Tan deficiente interposición del recurso de casación justifica sobradamente, por sí sola, su rechazo; no siendo, de todos modos, ocioso poner de relieve que el tema de fondo suscitado en el proceso quedó resuelto, en sentido desfavorable para el Ayuntamiento recurrente en la Sentencia de esta Sala y Sección de 16 de junio de 2009, recurso de casación nº 2769/2005 , promovido por el mismo Ayuntamiento contra la Sentencia de la misma Sala de instancia de 1 de diciembre de 2004 , expresamente citada en la Sentencia ahora recurrida en casación.

SÉPTIMO .- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede condenar al Ayuntamiento de **Tazacorte** en las costas del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LRJCA con el límite de 4.000 # en cuanto a la minuta de honorario del Abogado del Estado por los conceptos de representación y defensa que ostenta por ministerio de la Ley.

FALLAMOS

1º. No haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación 899/2009, interpuesto por el Ayuntamiento de **Tazacorte** contra la Sentencia dictada por la sección primera de Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de enero de 2009, en su recurso contencioso-administrativo 35/2008 , la cual, en consecuencia, confirmamos.

2º. Condenar a la parte recurrente en las costas del presente recurso de casación, con el límite expresado en el último fundamento jurídico.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACION** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez, estando constituida la Sala en audiencia pública, de lo que certifico.