

ERROR JUDICIAL núm.: 14/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda
Sentencia núm. 392/2020

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. Ángel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 13 de mayo de 2020.

Esta Sala ha visto la presente demanda para la declaración de error judicial núm. 14/2019, promovida por el Ayuntamiento de Martorell, representado por el procurador de los Tribunales Eduardo Codes Feijoó, con la asistencia letrada de don Carles Pareja, contra los autos, de fecha 13 de diciembre de 2017 y 4 de abril de 2018, dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el correspondiente incidente de ejecución del recurso 423/2009.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado, y ha informado el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don Magí Ollé Falguera interpuso recurso contencioso administrativo 423/2009 contra el acuerdo del Jurado de Expropiación de Cataluña, Sección de Barcelona, de 29 de mayo de 2009, por el que se confirmó el acuerdo del mismo órgano de 17 de febrero de 2009, que había fijado en un importe de 376.183,58 euros el justiprecio de una finca expropiada por el Ayuntamiento de Martorell. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por sentencia núm. 736, de 26 de octubre de 2011, apreció la improcedencia de la valoración que había efectuado el Jurado, señalando que el justiprecio debería ser determinado en ejecución de sentencia, conforme a los pronunciamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo de la referida resolución.

Contra esta sentencia el Ayuntamiento de Martorell interpuso recurso de casación núm. 6493/2011 que fue desestimado mediante sentencia de 20 de octubre de 2014 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Una vez devueltas las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se tramitó el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, a los efectos de la determinación del justiprecio de acuerdo con los pronunciamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de la misma Sala de 26 de octubre de 2011. Con este objeto, un perito judicial, en fecha 8 de julio de 2015, a requerimiento de la Sala, emitió un dictamen en el que determinó la edificabilidad neta del polígono fiscal en el que se halla comprendida la finca

expropiada y calculó el valor de esta en un importe de 1.139.454,87 euros, a lo que añadió 56.972,74 euros, en concepto de 5% de premio de afección.

Por auto de 13 de diciembre de 2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fijó el justiprecio de la expropiación, atendiendo a lo determinado en el referido dictamen pericial.

Recurrida esta resolución en recurso de reposición, interpuesto por la representación del Ayuntamiento de Martorell, la misma Sala desestimó el recurso por auto de 4 de abril de 2018.

Preparado recurso de casación contra los anteriores autos, por providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal, de fecha 10 de diciembre de 2018, notificada el día 11 de diciembre de 2018, el recurso fue inadmitido a trámite al no apreciar la concurrencia de interés casacional del asunto.

Previo acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Martorell para el ejercicio de la acción para la declaración de error judicial, se interpuso la presente demanda el día 11 de marzo de 2019.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado el 11 de marzo de 2019, la representación procesal del Ayuntamiento de Martorell formuló demanda para el reconocimiento de error judicial contra las citadas resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, adoptadas en los autos de 13 de diciembre de 2017 y el desestimatorio del recurso de reposición contra el anterior, de 4 de abril de 2018, dictados en la pieza de ejecución de sentencia.

Se afirma en dicho escrito que los autos citados «[...] adolecen de unos errores patentes, ostensibles y manifiestos que llevaron a la Sala a desconocer el fallo de su propia sentencia, de suerte que las decisiones contenidas en las

referidas resoluciones judiciales no pueden ser calificadas más que como arbitrarias, ilógicas y absolutamente irrazonables» (pág. 8 de la demanda).

Se alega que el perito, cuyo criterio siguen los autos a los que se imputa el error judicial, desconoció los pronunciamientos de la sentencia dictada por la propia Sala en los que la misma había establecido el modo en el que debía ser determinada la edificabilidad neta del polígono fiscal en el que se halla comprendida la finca expropiada y, sobre la base de esta y del resto de los parámetros que también fija la sentencia, el justiprecio. Por ello –se dice- «[...] carece de cualquier explicación razonable que la Sala haya afirmado que el perito calculó en su dictamen la edificabilidad neta, a considerar a efectos valorativos, de acuerdo con la sentencia» (pág. 13), incurriendo las resoluciones en «errores crasos, patentes y notorios, que únicamente pueden considerarse que son el resultado de la desatención de la Sala al resolver el incidente de ejecución de sentencia, y que no se hallan avalados por ningún tipo de explicación razonable» (pág. 16).

Finaliza su escrito solicitando de la Sala que, «previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que se estime la presente demanda y se declare que los referidos Autos incurrir en error judicial».

TERCERO.- Recibido el preceptivo informe de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se dio traslado al abogado del Estado para contestación a la demanda, lo que verificó mediante escrito registrado el 18 de julio de 2019, en el que interesa se dicte sentencia declarando inadmisibile o, en su defecto, desestimando la solicitud de declaración de error judicial con los demás pronunciamientos legales.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, en su dictamen preceptivo de 2 de septiembre de 2019, solicitó también la desestimación de la demanda toda vez que, a su juicio, «[n]o se ha producido, pues, error alguno en los términos que exige la jurisprudencia *ut supra* citada, tan sólo una apreciación de la sentencia de

instancia, acerca de la valoración [...] que no supone una apreciación irracional, ilógica o arbitraria por parte de las resoluciones cuestionadas».

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para el acto de votación y fallo la audiencia del 28 de enero de 2020, si bien ante la complejidad del asunto, la Sección ha seguido deliberando el mismo en días sucesivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso.*

La presente demanda para el reconocimiento de error judicial se interpone por el Ayuntamiento de Martorell contra el auto de 13 de diciembre de 2017, sobre fijación del justiprecio de expropiación, en ejecución de sentencia, y el auto de 4 de abril de 2018, desestimatorio del recurso de reposición contra el anterior, ambos dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el correspondiente incidente de ejecución de la sentencia núm. 736, de 26 de octubre de 2011, de la misma Sala recaída en el recurso 423/2009.

SEGUNDO.- *Hechos relevantes para resolver la demanda de error judicial.*

1) El Sr. Magí Ollé Falguera interpuso recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Jurado de Expropiación de Cataluña, Sección de Barcelona, de 29 de mayo de 2009, por el que se confirmó el acuerdo del mismo órgano de 17 de febrero de 2009, que había fijado en un importe de 376.183,58 euros (incluido el 5% del premio de afección) el justiprecio de una finca de su titularidad expropiada, por ministerio de la ley, por el Ayuntamiento de Martorell.

2) En el marco de dicho recurso, tramitado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Segunda, recurso contencioso-administrativo número 423/2009, se dictó sentencia de fecha 26 de octubre de 2011, que estimó parcialmente la demanda, por estimar que el justiprecio de la referida finca, sita en la carretera de Terrassa, números 1, 3 y 5, en el municipio Martorell, que tenía la condición de suelo urbano consolidado, calificada por el Plan General de Ordenación Urbana como parques, jardines y sistema viario local, debía ser calculado teniendo en cuenta la edificabilidad neta, y no la bruta como acordó el Jurado provincial de expropiación forzosa, en todo caso referida al ámbito del polígono fiscal en el que se hallaba comprendida la finca expropiada. No obstante, la Sala rechazó que el justiprecio pudiese ser fijado en los términos interesados en la hoja de aprecio del recurrente, señalando además que, en la medida en que las pruebas que habían sido practicadas no habían acreditado cuál era la edificabilidad neta del aludido polígono fiscal, el justiprecio debería ser determinado en ejecución de sentencia, conforme a los pronunciamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo de la sentencia.

3) Contra esta sentencia el Ayuntamiento de Martorell interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso que fue desestimado mediante la sentencia de 20 de octubre de 2014 (recurso de casación 6493/2011).

4) Una vez que las actuaciones fueron devueltas a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se tramitó el correspondiente incidente de ejecución de sentencia, a los efectos de la determinación del justiprecio de acuerdo con los pronunciamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de la misma Sala de 26 de octubre de 2011.

5) Con este objeto, se requirió dictamen del perito procesal, el arquitecto Orlando de Urrutia, que había actuado también en la instancia como perito judicial designado, que lo emitió en fecha 8 de julio de 2015, a requerimiento de la Sala. En dicho dictamen determinó la edificabilidad neta del polígono fiscal en el que se halla comprendida la finca expropiada y calculó el valor de

esta en un importe de 1.139.454,87 euros, incrementada en 56.972,74 euros, en concepto de 5% de premio de afección.

6) El dictamen fue sometido a las alegaciones de las partes, expresando su oposición así como el requerimiento de aclaraciones al perito la defensa del Ayuntamiento de Martorell, al considerar que el perito no se había ajustado a los criterios determinados en la sentencia ejecutada.

7) Por auto de 13 de diciembre de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña asumió íntegramente el referido dictamen pericial y fijó el justiprecio de la finca en un importe de 1.139.454,87 euros, más 56.972,74 euros, en concepto de 5% de premio de afección.

8) Interpuesto recurso de reposición por la representación del Ayuntamiento de Martorell, se fundó el recurso, al igual que había hecho en sus alegaciones a la vista del dictamen y su aclaración, en que el perito había fijado la edificabilidad neta del polígono fiscal, y por ende el justiprecio de la finca expropiada, al margen de los parámetros que había fijado la Sala en su sentencia. También se invocó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo por falta de motivación y por conceder en la ejecución más de lo fijado en las bases que para la ejecución fijó la sentencia firme. El recurso de reposición fue desestimado por auto de 4 de abril de 2018.

9) Contra los referidos Autos de 13 de diciembre de 2017 y de 4 de abril de 2018 el Ayuntamiento de Martorell preparó oportunamente recurso de casación que se tuvo por preparado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

10) Mediante providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal, de fecha 10 de diciembre de 2018, fue inadmitido a trámite el recurso de casación preparado por el Ayuntamiento de Martorell, por considerar que no se había justificado la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en el asunto «[...] dado el

casuismo que preside las cuestiones suscitadas, referidas además, en esencia, al cuestionamiento de la valoración de la prueba pericial efectuada por el Tribunal de ejecución».

11) Notificada la anterior providencia el día 11 de diciembre de 2018, se interpuso demanda de error judicial ante esta Sala el día 11 de marzo de 2019.

TERCERO.- *Doctrina sobre el procedimiento para la declaración de error judicial.*

Nuestro ordenamiento jurídico contempla y regula una acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado destinada a resarcir los daños sufridos por los particulares por el funcionamiento de la Administración de Justicia. Así, el artículo art. 121 de la Constitución española reconoce el derecho a la indemnización de los daños causados por error judicial, y los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Previsión constitucional que aparece desarrollada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 [«LOPJ»] (arts. 292 y ss.) en el que se articula el cauce y el órgano competente para reclamar los daños y perjuicios causados ya sea como consecuencia de un error judicial ya lo sea por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En ambos casos, el origen del daño se residencia en la actuación de los juzgados y tribunales, si bien en los supuestos de error judicial aparece referido a la decisiones jurisdiccionales adoptadas ejerciendo las funciones constitucionalmente asignadas a los jueces y magistrados, mientras que en el supuesto del funcionamiento anormal se refiere a la actuación de los juzgados y tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades.

De modo que cuando la parte considera, como en el supuesto que nos ocupa, que el daño que se reclama es consecuencia de una decisión judicial, que pone fin a un procedimiento de ejecución de sentencia, y cuyo contenido se reputa contrario al ordenamiento jurídico, está planteando un supuesto de responsabilidad patrimonial por error judicial, regulada en el art. 293 de la LOPJ, que se articula procesalmente en una doble fase: en primer lugar, la

previa declaración del error judicial; y una vez declarado este, la reclamación de los daños y perjuicios derivados de este error.

El art. 293 de la LOPJ dispone que: «La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca». Esta previa declaración que constate la existencia del error judicial puede resultar: bien directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión o bien de una acción judicial específica destinada a obtener un pronunciamiento de reconocimiento del error judicial. Nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial diseña esta acción con las siguientes características: (i) la acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse; (ii) la pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el art. 61, y cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo; (iii) el procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado; (iv) no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento; y, (v) la mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

Una vez declarado el error judicial, el afectado podrá presentar su petición indemnizatoria ante el Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, y contra la resolución administrativa que se dicte cabrá recurso contencioso-administrativo ante los tribunales de justicia, momento en el que ya no es posible cuestionar la existencia del error, sino que partiendo del mismo se habrá de determinar la existencia del nexo causal y la determinación de los daños y perjuicios vinculados a este.

De modo que la existencia de esa previa decisión jurisdiccional, que declare la presencia de un "error judicial", se constituye como un presupuesto previo para poder conocer de la acción destinada a obtener una indemnización de daños y perjuicios que tengan su origen en las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los Tribunales de justicia.

CUARTO.- *Características del error judicial según nuestra jurisprudencia.*

Entre muchas otras, la sentencia de 5 de marzo de 2019 (recurso 28/2016), resume la doctrina jurisprudencial sobre las características que ha de revestir la equivocación imputada a una resolución judicial para que pueda ser calificada de error judicial, y lo hace en estos términos en su FJ Segundo:

«En las recientes sentencias de 2 de abril (error judicial 12/2017) y de 22 de marzo de 2018 (error judicial 63/2016, FJ 8º) hemos resumido la doctrina jurisprudencial sobre el error judicial subrayando que "La finalidad del procedimiento sobre error judicial es constatar si la resolución jurisdiccional que constituye su objeto cumple con los parámetros de lógica y razonabilidad que resultan inexcusables en toda decisión judicial y responde a un criterio hermenéutico o aplicativo que, pese a que pueda ser objeto de polémica, es reconducible a alguno de los que tiene reconocidos el ordenamiento jurídico. Por lo cual, sólo merece la estricta calificación de error judicial aquel que de manera ostensible e indubitada exteriorice un desconocimiento del ordenamiento jurídico, por la falta de aplicación de la norma que necesariamente haya de ser observada en el caso litigioso o por su arbitraria vulneración". De ahí que este específico procedimiento no constituya una nueva instancia o recurso procesal en la que el accionante pueda insistir en el criterio que le haya sido desestimado, con la mera finalidad de que un determinado pronunciamiento sea sustituido por otro de alcance distinto. En este sentido se han expresado las sentencias (que seguidamente se indican) de este Tribunal Supremo dictadas por la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, la Sala Segunda y la Sala Primera, que sobre esta materia -como se resume también en las sentencias de marzo y abril de 2018 citadas al inicio de este fundamento jurídico- han resaltado lo siguiente: "Que en el proceso de error judicial no se trata de evaluar el desacierto de una decisión judicial sino el mantenimiento de la misma dentro de los límites de la lógica y la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del derecho, de tal forma que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de un error judicial, pues este procedimiento no es una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir en el criterio y posición que ya le fue desestimado. (STS de 11 de marzo de 2009, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 9/2008). Que las notas para que pueda ser apreciado un error judicial

vienen a ser éstas: que sea patente, indubitado e incontestable (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 5/2004). Que sólo puede prosperar cuando la posible falta de adecuación entre lo que debió resolverse y lo que se resolvió sea tan ostensible y clara que cualquier persona versada en derecho pudiera así apreciarlo, sin posibilidad de que pudiera reputarse acertada desde algún punto de vista defendible en Derecho (STS de 8 de mayo de 2000, Sala Segunda, Demanda n.º 1490/1999). Que consiste en el desconocimiento palmario del ordenamiento jurídico y, por ello, en la patente falta de aplicación de la norma aplicable al caso o en la conculcación arbitraria de la misma (STS de 9 de abril de 2002, Sala Segunda, Procedimiento n.º 3370/2000). Que no existe error judicial cuando el tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 5/2004). Que el error judicial se reserva a decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho (STS de 7 de abril de 2000, Sala Primera, Recurso n.º 3898/1998). Y que las líneas generales sobre el error judicial parten de la idea fundamental de que la vía que establecen los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es un nuevo cauce para examinar críticamente las conclusiones de una resolución judicial firme de la que se discrepa, sino que es únicamente un medio para hacer posible la reparación de un daño que ha sido provocado por una decisión judicial que de forma manifiesta e incuestionable ha incurrido en un enjuiciamiento equivocado (STS de 4 de julio de 2005, Sala del artículo 61 LOPJ, Procedimiento n.º 5/2004).

Como resumen final de todo cuanto acaba de exponerse son convenientes estas puntualizaciones finales que seguidamente se señalan sobre el enjuiciamiento que ha de ser realizado en los procedimientos jurisdiccionales sobre error judicial:

- (a) el objeto del mismo son las concretas resoluciones judiciales frente a las que haya sido planteada la demanda de error judicial, no la controversia o litigio que por ellas fue decidido (el actual procedimiento, como ya se ha dicho, no es una nueva instancia ni un recurso procesal);
- (b) su finalidad es determinar si es de advertir en esas resoluciones un abandono o ignorancia del ordenamiento jurídico que presente esos elementos de sostenibilidad, carácter indubitable, falta de lógica o arbitrariedad que configuran el error judicial; y
- (c) los elementos de conocimiento que han de utilizarse para este específico enjuiciamiento son los obrantes en las propias actuaciones procesales en las que hayan sido dictadas las resoluciones jurisdiccionales cuyo error judicial sea pretendido».

QUINTO.- *La alegación de la Abogacía del Estado sobre inadmisibilidad por falta de agotamiento de los medios de impugnación.*

El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, de 18 de julio de 2019, interesa que se dicte sentencia declarando inadmisibile por

falta de agotamiento de los medios de impugnación. El Ministerio Fiscal solicita la admisión de la demanda por cumplir los requisitos procesales, si bien interesa la desestimación al entender que no concurre error judicial.

La solicitud de inadmisibilidad se basa en que la parte no habría agotado los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico, al no haber interpuesto incidente de nulidad. Conviene advertir que el escrito del abogado del Estado no concreta qué resolución judicial debería haber sido objeto del incidente de nulidad de actuaciones, afirmando en distintos puntos de su escrito que lo que la parte demandante «[...] imputa a la sentencia con el escrito postulando la existencia de error judicial no es otra cosa que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva [...]». Sin embargo, en el caso de que nos ocupa, la demanda no imputa el error judicial a sentencia alguna, sino a los autos de 13 de diciembre de 2017, sobre fijación del justiprecio de expropiación, en ejecución de sentencia, y el de 4 de abril de 2018, desestimatorio del recurso de reposición contra el anterior, ambos dictados en ejecución de sentencia. En definitiva, el alegato de la Abogacía del Estado, más allá de incorporar unos razonamientos genéricos sobre la falta interposición de previo incidente de nulidad, no concreta su exigibilidad en las singulares circunstancias de este caso.

La objeción de inadmisibilidad no puede prosperar, no sólo por la imprecisión y vaguedad con que se formula, sin identificar adecuadamente la resolución respecto a la que se dice omitido el incidente de nulidad, sino también porque, en este caso, la parte demandante ha agotado el medio ordinario de impugnación de los autos a los que se imputa error, denunciando oportunamente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, tanto en el recurso de reposición que interpuso contra el auto de 13 de diciembre de 2017, como en el posterior escrito de preparación del recurso de casación, siendo inadmitido este último por razones objetivas, ajenas al recurrente.

En efecto, la providencia de 10 de diciembre de 2018, de la Sección Primera (de Admisión) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 10 de

diciembre de 2018 (rec. cas. núm. 5083/2018) inadmite el recurso por falta de interés casacional. Esta es la razón fundamental de la inadmisión, por más que también se mencione en la providencia de inadmisión la falta de identificación precisa por el recurrente, de la aplicabilidad de los supuestos de interés casacional del art. 88, apartados 2 y 3 LJCA. Lo relevante de la decisión de inadmisión es que, en definitiva, el asunto carecía de interés casacional, según se dice en la providencia «[...] dado el casuismo que preside las cuestiones suscitadas, referidas además, en esencia, al cuestionamiento de la valoración de la prueba pericial efectuada por el Tribunal de ejecución».

En ambos recursos, el de reposición y el recurso de casación, se hizo valer, por dichos medios de impugnación ordinarios, la denuncia de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tanto en su vertiente de derecho a una resolución suficientemente motivada, como por la vulneración del principio de intangibilidad de la cosa juzgada.

En consecuencia, no cabe apreciar en este caso que resulte exigible al recurrente acudir, como medio de impugnación previo al ejercicio de la demanda de error judicial, ya que, en un caso como éste, el incidente de nulidad de actuaciones no es un medio de impugnación claramente procedente. Nuestra doctrina jurisprudencial sobre la exigibilidad del agotamiento de los medios previos en el ordenamiento con carácter previo a la demanda de error judicial, en aplicación del art. 293.1.f) de la LOPJ, ha de aplicarse de manera flexible y finalista, y no como un puro requisito formal. En este sentido, hay que tener en cuenta la reciente revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la exigibilidad del incidente de nulidad como medio previo a la interposición del recurso de amparo, expresada en su STC 112/2019, de 3 de octubre de 2019. Los términos en que se expresa el máximo intérprete de la Constitución requieren que maticemos nuestra jurisprudencia sobre el alcance y sentido de la exigencia de análogo remedio previo, a los efectos de satisfacer la exigencia del artículo 293.1.f) de la LOPJ.

En efecto, en la STC 112/2019, de 3 de octubre, se aborda una cuestión de máxima trascendencia constitucional, como reconoce el FJ

segundo de la misma afirmando que «[...] [!] la cuestión planteada en este recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) porque da ocasión al Tribunal para aclarar o modificar su doctrina [STC 155/2009, FJ 2 b)] en relación con la necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo [art. 44.1 a) LOTC] en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración ha quedado imprejuizada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte» (FJ segundo).

Tras recapitular su doctrina sobre la cuestión, el Tribunal Constitucional concluye, revisando su anterior doctrina, que no es preciso interponer previo incidente de nulidad de actuaciones contra las resoluciones judiciales a las que se imputa vulneración de un derecho fundamental, en aquellos casos en que el recurso interpuesto contra la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte. Así, dice el FJ tercero de la STC 112/2019, cit., lo que sigue:

«[...] El requisito de agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo, según ha sostenido la jurisprudencia constitucional, “ha de ser interpretado de manera flexible y finalista” (entre otras muchas, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 2, y 164/2003, de 29 de septiembre, FJ 2; STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 18/2009, de 26 de enero) y “no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación posibles, sino tan sólo aquellos normales que, de manera clara, se manifiestan como ejercitables, de forma que no quepa duda respecto de la procedencia y la posibilidad real y efectiva de interponer el recurso” (SSTC 137/2006, de 8 de mayo, FJ 2; 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5, y 62/2007, de 27 de marzo, FJ 2), “sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente” [entre otras, SSTC 57/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 249/2006, de 24 de julio, FJ 1; 75/2007, de 16 de abril, FJ 2, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 2; STC 144/2007, de 18 de junio, FJ 2, y 89/2011, de 6 de junio, FJ 2].

De la normativa procesal que regula el incidente de nulidad de actuaciones no cabe deducir que en supuestos como el que ahora se examina proceda de manera clara su interposición. El art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) atribuye a este incidente carácter excepcional y dispone que solo procede cuando la vulneración de derechos fundamentales que se imputa a la resolución judicial “no haya podido denunciarse antes de



recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. De esta regulación no se infiere que este incidente deba interponerse también en los casos en los que el recurso ordinario o extraordinario que se haya interpuesto contra la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales se inadmita por razones procesales que no sean imputables a la falta de diligencia de la parte. Por ello, de acuerdo con la doctrina expuesta, la interposición de este incidente en estos supuestos no puede considerarse necesaria para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo» (FJ tercero).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la parte demandante ha denunciado oportunamente la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tanto en su vertiente de falta de motivación como de apartamiento arbitrario de las bases de la ejecución de la sentencia, y de lesión del principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Así lo expuso tanto en el contenido del recurso de reposición interpuesto contra el auto de 13 de septiembre de 2017, como el escrito de preparación del recurso de casación, una vez desestimado aquel recurso de reposición por el auto de 4 de abril de 2018. Por tanto, y puesto que la razón fundamental de la inadmisión del recurso de casación ha sido la ausencia de interés casacional del asunto, según afirma la providencia de inadmisión, es preciso concluir que la parte demandante ha actuado de manera diligente, denunciado en todas las ocasiones que tuvo para ello la vulneración del derecho fundamental, y agotando los medios de impugnación ordinarios a su disposición para reparar la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El art. 293.1.f) no permite exigir medios de impugnación que no sean claramente procedentes y, en este caso, el incidente de nulidad no lo es, pues el derecho fundamental cuya vulneración podría denunciarse en un hipotético incidente de nulidad, ya había sido invocado en el recurso de reposición que la misma Sala rechazó en su auto de 4 de abril de 2018 al resolver dicho recurso de reposición. Y la reiteración de tal denuncia en el recurso de casación y su inadmisión por razones puramente objetivas, derivadas de la falta de interés casacional, hace decaer la exigibilidad del incidente de nulidad de actuaciones a los efectos del cumplimiento del requisito del art. 293.1.f) de la LOPJ, pues con tal exigencia no se satisfaría la finalidad de agotar todos los recursos

previstos legalmente, ya que el incidente de nulidad tan solo es exigible –y posible- cuando la denuncia de vulneración del derecho fundamental no se ha podido hacer valer en el recurso ordinario o extraordinario procedente contra la resolución a la que se imputa su quebrantamiento, y en este caso sí se ha hecho valer tal denuncia en los recursos de reposición primero, y después en el de casación.

En consecuencia, procede rechazar la causa de inadmisibilidad y entrar en el examen de fondo de la demanda de error judicial, al haberse cumplido el requisito de plazo y demás condiciones de procedibilidad.

SEXTO.- *El derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.*

La demanda afirma que se ha producido un error judicial craso, patente y notorio en los autos de 13 de diciembre de 2017 y de 4 de abril de 2018, que desestima la reposición contra el anterior, al haber alterado, de forma inmotivada y manifiestamente errónea, las bases de ejecución de la sentencia, fijando un justiprecio sensiblemente mayor que el que resultaría procedente, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la parte ejecutada y aquí demandante, Ayuntamiento de Martorell.

El principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales tiene una evidente dimensión constitucional como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional en su STC 3/1998:

«[...] la decisión del órgano judicial adoptada en la fase de ejecución se encuentra limitada, desde la perspectiva constitucional, por la inmodificabilidad de la Sentencia que se ejecuta, cuyo fallo no puede ser modificado o alterado, considerando no sólo el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte ejecutante, sino también el de la parte ejecutada (STC 219/1994).

En este sentido, constituye un criterio sólidamente asentado en las decisiones de este Tribunal el de que es, precisamente, aquel derecho el que proscribía que las resoluciones

judiciales queden sin efecto, de modo que, una vez firmes, no pueden ser revisadas o modificadas al margen de los cauces previstos legalmente para ello incluso cuando se observase con posterioridad que no resultó ajustada a la legalidad ya que, de otro modo, la reapertura de lo ya decidido por la Sentencia firme privaría de efectividad a la tutela judicial (SSTC 67/1984, 15/1986, 119/1988, 149/1989, 189/1990, 16/1991, 231/1991, 142/1992, 34/1993, 304/1993, 380/1993, 23/1994, 57/1995, 106/1995, 1/1997). De este modo, como declara la misma jurisprudencia constitucional, la inmodificabilidad de las resoluciones firmes, aunque conectada al principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 C.E., queda integrada en el contenido del art. 24.1 C.E. actuando, por lo que ahora interesa destacar, como presupuesto de la ejecución de aquéllas. En concreto respecto a esta ejecución, la intangibilidad de las resoluciones judiciales conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva prohíbe al órgano judicial reabrir en esta fase del procedimiento el debate sobre extremos ya decididos por la Sentencia (SSTC 149/1989, 34/1993), alterar el sentido del fallo que debe ejecutar (STC 143/1993), introducir cuestiones nuevas no debatidas en el procedimiento (SSTC 152/1990, 1/1997) o anular éste (STC 15/1986), así como revisar el criterio sobre la legalidad aplicable a la ejecución (STC 67/1984)».

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo de citar la sentencia de 17 de marzo de 2015 (rec. cas. núm. 2511/2012) que declara, con cita de reiterada jurisprudencia, lo siguiente:

«[...] la ejecución de las sentencias tiene una dimensión constitucional en cuanto integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conforme ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, tanto de este Tribunal como del Tribunal Constitucional. En este sentido, como se declara en la sentencia de 18 de noviembre de 2011 (recurso de casación 2958/2010), la ejecución de las sentencias en sus propios términos constituye "una exigencia constitucional derivada de los artículos 117.3 y 118 de la CE por la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado que corresponde en régimen de monopolio a jueces y tribunales, en relación con la tutela judicial del artículo 24.1 de la CE, pues en este derecho fundamental se integra el derecho a que la sentencia se cumpla". Y de esa trascendencia constitucional deriva, en palabras de la sentencia de 14 de febrero de 2013 (recurso de casación 4311/2011), "el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución, y artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución [...]» (FD cuarto).

Desde el punto de vista legal, el estricto ajuste de las resoluciones en ejecución de sentencia a las bases fijadas en la sentencia está regulado en el art. 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al exigir que las bases permitan la determinación en ejecución mediante simples operaciones aritméticas. Por su parte, el art. 87.1 c) de la LJCA declara que son susceptibles de recurso de casación los autos «[...] recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquella o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta».

Pues bien, en el presente caso, dadas las bases establecidas por la sentencia, se trataba tan solo la realización de unas operaciones estrictamente técnicas de medición de una determinada superficie y, una vez establecida la misma, una serie de operaciones aritméticas muy simples. El error que se imputa a los dos autos dictados en la ejecutoria es que ignoran por completo, pese a la insistentes alegaciones de la ejecutada, la denuncia de que el perito no ha llevado a cabo la operación de medición de una superficie concreta, como establecía la sentencia, sino que la ha sustituido por otra operación que ni es la ordenada por la sentencia, ni tampoco puede admitirse que sea equivalente en su resultado.

Vayamos por partes y establezcamos que es lo que fijó la sentencia y que es lo que ha realizado el perito, operación esta última que la Sala de Cataluña ha aceptado como correcta.

SÉPTIMO.- *Las bases de la ejecución que establece la sentenciara la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de noviembre de 2011.*

La sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 423/2009 estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo que había sido interpuesto por el Sr. Magí Ollé Falguera contra el acuerdo del Jurado de Expropiación de Cataluña, Sección de Barcelona, de 29 de mayo de 2009, por el que se confirmó el acuerdo del mismo órgano de 17 de febrero de 2009, que había fijado en un importe de 376.183,58 euros (incluido el 5% del premio de

afección) el justiprecio de una finca expropiada por el Ayuntamiento de Martorell, por ministerio de la ley.

La sentencia se fundamenta en la apreciación de que la valoración que había efectuado el Jurado era improcedente, puesto que había considerado la edificabilidad bruta del polígono fiscal en el que se ubica la finca, cuando, según señala, debió considerar la edificabilidad neta, por cuanto que dicho inmueble tenía la condición de suelo urbano consolidado (fundamento de derecho primero). Dice así la sentencia:

«En este sentido, acierta la demanda cuando señala que los cálculos del Ayuntamiento, que son en definitiva los acogidos por el Jurat, parten de un techo total del polígono fiscal de 240.487 m²/t, lo cual divide por la superficie total del polígono, 254.623 m², (folio 62 del expediente administrativo) cuando el neto que debería aplicarse comporta deducir de la superficie total toda aquella no susceptible de apropiación privada, esto es, viales, zonas libres públicas, equipamientos de titularidad pública [...]».

Asimismo, la sentencia también rechaza que para determinar la que denomina edificabilidad neta fuera suficiente, como pretendía la demandante en su hoja de aprecio, con aplicar a la superficie de suelo expropiado los parámetros de la ordenación de la zona, y por las mismas razones rechaza la valoración de la pericial de arquitecto, que es el mismo perito que ha emitido dictamen en la ejecutoria. Concretamente dice la sentencia en este punto:

«[...] [a]hora bien, cual sea en concreto tal edificabilidad neta no consta acreditada. Los cálculos de la hoja de aprecio de la parte no pueden ser aceptados, ya que lo que se realiza es una hipótesis de edificabilidad según los parámetros de la zona, es decir, se calcula lo que podría edificarse en el solar si no estuviera afectado de zona verde y vialidad.

Tampoco podemos acoger la pericial judicial practicada, pues efectúa idéntica hipótesis, pese a que en trámite de aclaraciones llegue a afirmar el perito que el entorno al cual se refiere coincide con el ámbito del polígono fiscal, pues el Tribunal no puede corroborarlo, al no ofrecer el dictamen ni las aclaraciones la base del cálculo, es decir, el perito no expresa ni el techo total que toma en consideración, que debería ser el calculado por el Ayuntamiento, 240.487 m²/t, que no ha sido puesto en cuestión por la demanda, ni tampoco expresa el otro dividendo, esto es, la superficie en metros cuadrados del polígono que ha considerado, detallando la

correspondiente a validez (sic), parques, equipamientos u otros no susceptibles de apropiación privada.

Por el contrario, en el cálculo que figura en la página 20 de su dictamen, se aprecia que lleva a cabo la misma hipótesis que la hoja de aprecio de la parte» (FD primero).

Así pues, la sentencia no admite que la edificabilidad apropiable que corresponda al suelo expropiado sea la resultante de aplicar al mismo las condiciones –parámetros dice la sentencia- de ordenación urbanística, es decir, rechaza que sea «[...] lo que podría edificarse en el solar si no estuviera afectado de zona verde y vialidad [...]». Y destaca que perito y parte demandante han seguido ese criterio que rechaza, obviamente porque con el mismo se atribuye al terreno expropiado una edificabilidad teórica superior a la que le corresponde como apropiable. Pues bien, como mas adelante veremos, y destaca la demanda de error judicial, esa edificabilidad que la sentencia rechaza es incluso menor que la que resulta de los cálculos efectuados en la pericial de la ejecutoria, que el auto al que se imputa error judicial acepta acríticamente pese a todas las alegaciones en contra por parte de la ejecutada, que los autos de la sala de instancia rechazan sin someterlos al debido análisis ni contraste con la prueba pericial. Baste ahora con resaltar esta discordancia como primera señal evidente del error en que incurrirá la Sala al aceptar unos cálculos que arrojaban unos parámetros de edificabilidad incluso superiores a los que rechazó la sentencia.

Continuando ahora con lo que la sentencia determina como bases de la ejecución, es de reseñar que en su FD segundo, la sentencia advierte que las pruebas practicadas en el proceso no habían acreditado cuál era la referida edificabilidad neta, y como quiera que no se encuentra tal dato en las actuaciones, pero tampoco en el informe pericial, determina que la edificabilidad neta debería ser determinada en fase de ejecución de sentencia, de acuerdo con los parámetros que fija al efecto. Así, en el fundamento de derecho segundo de la sentencia se señala:

«Por ello, si bien procede estimar la pretensión principal de la demanda, esto es, que se aplique en la valoración una edificabilidad neta y no la bruta, no podemos estimar la

pretensión de fijar como justiprecio el postulado por la parte, sino deferir su importe final a la fase de ejecución de sentencia, fase en la cual el perito judicial deberá calcular la edificabilidad neta del polígono fiscal en que a efectos catastrales se ubica la finca, con expresión de m^2/m^2s , y en base a un techo total de 240.487 m^2 , y dividido por la superficie que resulte de deducir, de la total del polígono, esto es, 254.623 m^2 , la correspondiente a superficie no susceptible de apropiación privada, esto es vialidad, parques y jardines, espacios libres públicos y equipamientos públicos. El perito deberá partir de tales datos del polígono al no haber sido discutidos por la recurrente.

Una vez determinada la edificabilidad neta, y puesto que el resto de parámetros de la resolución del Jurat no han sido cuestionados, deberán estos mantenerse, y así, se obtendrá el justiprecio utilizando la misma fórmula del Jurat (página 5 in fine de la resolución), esto es multiplicando la edificabilidad en expresión de m^2/m^2s que obtenga el perito, por la superficie de 368 m^2 y el valor de 1,048,03 euros/ m^2 , a cuyo resultado deberá deducirse el importe de 6.000 euros por gastos de derribo y adicionarse el 5% del premio de afección».

En resumen, la sentencia, a partir del dato conocido de la superficie total de suelo del polígono, de 254.623 m^2 , necesita conocer la superficie de suelo susceptible de apropiación privada, dato que -con valor de hecho probado- constata que no obra en las actuaciones, por lo que ordena que el perito lo establezca en una determinada forma, a saber, que determine la superficie su suelo del polígono no susceptible de apropiación privada, susceptible que define de forma precisa por estos criterios: la destinada a vialidad, parques y jardines, espacios libres públicos y equipamientos públicos. Y, finalmente, una vez determinada dicha superficie no susceptible de apropiación, la deducirá (operación de resta) del total de la superficie del polígono, para hallar así la superficie de suelo susceptible de apropiación. La expresión algebraica de esta parte del proceso sería como sigue:

$X = A - B$; donde X es la superficie de suelo susceptible de apropiación privada, A la superficie total del polígono y B la superficie de suelo no susceptible de apropiación privada.

$$\text{Luego } X = 254.623 \text{ m}^2 - B$$

Debiendo hallar el perito, en ejecución de sentencia, la dimensión de la superficie B

En síntesis, el único elemento realmente desconocido, ya que la sentencia excluye que esté contenido en los autos y, en particular, que se deduzca del dictamen del perito emitido previamente a la sentencia, es la superficie del suelo no susceptible de apropiación privada (SNA). Conocido éste, determinar el coeficiente de edificabilidad (CE) es una simple operación de división de la superficie de metros cuadrados de techo edificado total del polígono (240.487 m², por la superficie X, superficie de suelo susceptible de apropiación privada. El resto de operaciones actúan con datos contenidos en la sentencia y no ofrecen duda alguna.

Pues bien, para determinar este dato de la superficie de suelo no susceptible de apropiación privada (SNA) es evidente que el perito debía necesariamente proceder a la medición de la superficie de SNA, ya sobre la base del terreno, o a partir de planos u otros elementos contrastables.

Siendo ello así, lo cierto es que, tal y como destaca la demanda de error judicial, no consta en lugar alguno de la ejecutoria que el perito designado, el arquitecto Sr. Orlando de Urrutia, incorporara en el dictamen rendido en la ejecutoria ninguna medición de la superficie que hemos denominado SNA, pero tampoco ofrece ni justifica en modo alguno que para hallar tal superficie hubiera utilizado un procedimiento equivalente al exigido por las operaciones que ordenaba la sentencia, en el que, a partir de otros datos conocidos y contrastables, dedujera con total certeza aquella superficie.

El examen de la prueba pericial y de sus aclaraciones permite concluir, sin ninguna duda, que el perito no midió la SNA, suelo no susceptible de apropiación privada, ni identificó de ninguna otra forma cuál fuera la superficie correspondiente a vialidad, parques y jardines, espacios libres públicos y equipamientos públicos, como exigía el cumplimiento de la sentencia. Se limitó, y así lo admite, a utilizar un cuadro que aparece en la página 11 del dictamen (folio 48 de la ejecutoria) del que extrajo el dato de la suma de las

superficies de las fincas edificadas del polígono, 80.760 m². El perito arquitecto parte de ese dato, por cierto siguiendo al detalle el mismo procedimiento que postulaba el ejecutante, y divide la superficie de techo del polígono por los citados 80.760 m², división que arroja un cociente de 2,978, por lo que concluye (redondeando a dos decimales) que el coeficiente de edificabilidad neta de 2,98 m²/m² coeficiente CE que aplicado a la superficie de la finca expropiada arroja una superficie de 1.095,83 m², superficie de techo edificable de que es sensiblemente mayor a la que el propio perito daba en su informe pericial previo a la sentencia, bajo la aplicación directa de las condiciones de ordenación de la finca, 955,5 m² (pág. 20 del dictamen pericial) y que ya la sentencia rechazó por no corresponderse con la edificabilidad apropiable por el titular del terreno.

A partir de esta supuesta edificabilidad neta y manteniendo el resto de los parámetros que había indicado la sentencia, el perito fijó el cálculo del justiprecio de la finca en un importe de 1.148.462.52 euros, a los que restó los costes de demolición de 6.000 euros ordenados en la sentencia, resultando un justiprecio de 1.142.462.52 euros más 5% de premio de afección, aunque más adelante, cuando hace aclaraciones lo reduce a 1.139.454,87 euros, más 56.972,74 euros, en concepto de 5% de premio de afección, que era lo que había pedido la parte ejecutante en su escrito.

Pues bien, puesto de manifiesto por las alegaciones de la ejecutada que el dictamen del perito en la ejecutoria no se atenía a los parámetros establecidos en la sentencia, la Sala requirió las aclaraciones del perito, para que justificara el cálculo de la edificabilidad neta (providencia de 7 de enero de 2016, folio 78 de la ejecutoria), persistiendo el perito en sus cálculos sin más explicación que la que obra en la página 8 y 9 de las aclaraciones al dictamen pericial (folios 103 y 104 de la ejecutoria) donde dice:

«1.- En que el perito Compruebe si el suelo de aprovechamiento privado con edificación y el suelo de aprovechamiento privado sin edificación [...]» (*sic*).

Y a renglón seguido inserta el mismo cuadro que figuraba en la página 11 de su dictamen, que, ya lo hemos dicho, es el mismo que obraba como anexo en la hoja de aprecio de la Administración, y a continuación, por toda explicación (pág. 9, folio 104 de la ejecutoria) dice:

«[...] la edificabilidad total bruta la obtenían (*sic*) de la división entre los metros cuadrados de aprovechamiento del polígono y su superficie total (incluidos espacios libres, vialidad, zonas verdes públicas equipamientos) que es de 254.623 m², y consecuentemente se obtenía un aprovechamiento de la finca expropiada de 0,94 m²t/m²s.

Por el contrario, la edificabilidad neta, atendiendo al informe de valoración del Ayuntamiento de Martorell y del Jurado de Expropiación se debería obtener de la división entre los metros cuadrados de aprovechamiento del polígono (254.623 m²) y la superficie total de las fincas que aparecen en el recuadro anterior -Columna de la izquierda- (y que sirvieron de base al informe del Jurado).

Efectuando esta operación resulta que el total de la superficie de las fincas con aprovechamiento dentro del polígono fiscal es de 80.760 m². Por lo cual, el aprovechamiento de la finca expropiada obtendrá (*sic*) de la división entre el aprovechamiento total del polígono (254.623 m²) y la superficie de las fincas con aprovechamiento privado (80.760 m²), lo que da un aprovechamiento de 2,97 m²t/m²s».

Pues bien, en este apartado del informe pericial está el reconocimiento palmario de que el perito no procedió como exigía la ejecución de la sentencia, sino que sustituyó el cálculo ordenado por la misma por otra operación, sin acreditar ni justificar que tal operación fuera equivalente, y aduciendo por toda justificación la implícita afirmación de que tal proceder lo entendía correcto porque se estaba valiendo de un cuadro que el Ayuntamiento de Martorell y el Jurado habían utilizado para determinar la edificabilidad bruta.

Como primera conclusión, es de todo punto evidente que ésta modo de proceder no se corresponde con la operación aritmética que la sentencia requería para determinar la superficie del polígono susceptible de aprovechamiento privado, esto es, como se ha dicho, deducir de la superficie total de 254.623 m², la correspondiente a vialidad, parques y jardines, espacios libres públicos y equipamientos públicos.

Sin duda, podría admitirse teóricamente que se alcanzaría el mismo resultado si, en lugar de restar a la superficie total del polígono (minuyendo), la superficie no susceptible de apropiación (sustraendo), para hallar así la superficie susceptible de apropiación (resto), que es lo que realmente se necesita para luego determinar el coeficiente de edificabilidad neta, tal operación, decimos, se sustituyera por otra consistente en hallar directamente la superficie de todas las fincas o parcelas del polígono susceptibles de apropiación privada, que debería de dar la misma cifra que el resultado (resto) de la operación de sustracción que ordenaba la sentencia.

Pero para admitir tal equivalencia es imprescindible que en las fincas de apropiación privada se incluya la totalidad de la superficie de suelo susceptible de apropiación privada, tanto el edificado como el no edificado, pues también el no edificado es un suelo que ha sido objeto de apropiación privada, utilizando la terminología de la sentencia ejecutada. Lo que requiere finalmente la ejecución de la sentencia es que se establezca la totalidad de superficie del suelo privado susceptible de apropiación, no solo el edificado. En efecto, si dividimos el polígono fiscal en dos superficies, por una parte, todo el suelo privado susceptible de apropiación, y por otra consideramos que todo lo demás fuera superficie de suelo no susceptible de apropiación, la diferencia entre la superficie total y la susceptible de apropiación nos permitiría conocer la no susceptible de apropiación que es lo que pide la sentencia al perito. Pero ello requiere, tal y como la demandante intentó hacer ver a la Sala por todos los medios a su alcance, justificar que en ese computo se incluye todo el suelo susceptible de apropiación privada, tanto el edificado como el no edificado. Pues bien, el perito admite en su aclaración, de manera explícita, que se ha valido de un cuadro que tan solo comprende la superficie edificada (techo) de

las fincas susceptibles de apropiación, y no todo el suelo susceptible de apropiación privada. En efecto, ni tal cosa se deduce de las aclaraciones del perito, ni del cuadro aportado, que se limitaba, tal y como explicó la defensa del Ayuntamiento de Martorell en su contestación a la demanda (folio 3, obrante a la página 70 de las actuaciones de instancia) a reflejar la superficie de “techo” edificado del polígono a través de la operación de multiplicar la superficie de cada finca por las alturas en plantas permitidas (desde 1 hasta 4 plantas, según la leyenda de la columna que suma el perito que dice PL.B + 1= 2).

La ejecutada, a través de sus reiteradas alegaciones (escrito de 24 de julio de 2015) intentó que la Sala de instancia requiriese del perito procesal la acreditación de la medición requerida por la sentencia, así como la justificación de sus cálculos por considerarlos en abierta contradicción con los pronunciamientos de la sentencia, y la determinación de otras superficies que, además de las edificadas, también son susceptibles de aprovechamiento privado «[...] como es el caso de las superficies correspondientes a patios privados de parcela, a patios interiores de manzana, las de los suelos calificados de verde privado, así como las calificadas como equipamiento privado». En el mismo escrito, el Ayuntamiento de Martorell reiteró la aportación del informe del arquitecto municipal que había sido aportado con el escrito de manifestaciones presentado ante la Sala, en fecha 28 de abril de 2015, en el que se determinaba la edificabilidad neta que debía ser considerada a efectos valorativos, superficie que fijaba en 150.942 m², y no de 80.760 m², resultando una edificabilidad neta de 1,59 m²/m², y un justiprecio de la finca de 607.223,32 euros, más 30.361,16 euros, en concepto de premio de afección.

La Sala, a través de su providencia de 21 de marzo de 2017, acordó como diligencia final, conferir al perito un plazo de diez días para que «[...] justifique el cálculo de las superficies a deducir del polígono fiscal de acuerdo con la decisión de la Sentencia dictada en las actuaciones para determinar la edificabilidad neta, con aportación de la documentación que estime conveniente hacerlo, dando traslado al perito del escrito del Ayuntamiento de Martorell». Por tanto, reitera el mismo sentido de la

operación a realizar por el perito, justificar el cálculo de la superficie a deducir de la total del polígono, esto es deducir.

En respuesta a dicho requerimiento, el perito procesal, en fecha 28 de junio de 2017, se limitó a decir que se remite a la valoración pericial con el "método estático entregada", y que "el perito ha tenido en cuenta los planos catastrales y la documentación que consta en el expediente", negándose a utilizar, pero tampoco a contrastar tales datos con los aportaba y solicitaba la parte ejecutada que se tuvieran en cuenta (plano cartográfico del polígono fiscal) bajo la argumentación de que «[...] solicitar este plano no es parte de la pericial solicitada. Si no está en la documentación de autos debería solicitarlo las partes implicadas en este proceso y no el perito» (folio 163 ejecutoria). En definitiva, el perito eludió justificar que, para calcular la edificabilidad neta que debía ser considerada a efectos valorativos, hubiera deducido de la superficie total del polígono la correspondiente a vialidad, parques y jardines, espacios libres públicos y equipamientos públicos —conforme exigía la sentencia que se ejecutaba— y, además, siguió sin aportar ningún tipo de medición sobre terreno, pero tampoco sobre ningún plano o cualquier otra documentación gráfica, de la superficie a calcular, rehusando completar la documentación, e incluso someter a examen los datos que aportaba la parte ejecutada.

Sin embargo, el auto de 13 de diciembre de 2017, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, asume en su integridad el dictamen del perito, y fija el justiprecio de la finca expropiada en la suma de 1.139.454,87 euros, más 56.972,74 euros y, respecto a la valoración de las operaciones del perito señala, en el fundamento jurídico segundo, lo que sigue (traducido del original catalán):

"El perito judicial [...] obtiene la edificabilidad neta aplicable en expresión de m^2/m^2 suelo que corresponde al polígono donde se encuentra la finca en base a los datos catastrales y la obtiene de dividir, tal como indica la sentencia, un techo total de 240.487 m^2 por la superficie que resulta de deducir del total del polígono —254.623 m^2 —, la correspondiente a vialidad, parques y jardines, espacios libres públicos y equipamientos públicos; así

mismo de acuerdo con el resto de los parámetros que indica la sentencia y que no modifica la sentencia en relación con los que fijó en su día el Jurado de Expropiación en la resolución objeto de este recurso, fija el justiprecio de la expropiación de referencia. (...)”.

El contraste de estas afirmaciones del auto de 13 de diciembre de 2017 con el dictamen pericial y con la sentencia ejecutada, revela la existencia de un error manifiesto, por cuanto que en ninguno de los apartados del dictamen pericial se encuentra mención alguna que el perito haya realizado medición de la superficie de suelo no susceptible de apropiación privada, ni la operación aritmética de resta de esta superficie a la total del polígono.

Tanto los argumentos contenidos en el referido auto, como su decisión, expresan una manifiesta desatención de la Sala al examinar el dictamen pericial del incidente de ejecución de sentencia, al no contrastar los cálculos que efectuó dicho perito con las operaciones ordenadas en la sentencia, dando así por válida, sin ninguna explicación, una modificación del sistema de determinación de la edificabilidad neta, sin justificar que su resultado fuera equivalente al ordenado en los pronunciamientos de su propia sentencia. Esta desatención se revela como evidente, máxime cuanto la parte ejecutada aportó con sus alegaciones elementos de contraste suficientes, para constatar que el perito había desconocido los pronunciamientos de la sentencia. Es la falta de examen, crítica y comprensión de las operaciones realizadas por el perito lo que lleva a la Sala a un pronunciamiento que, a todas luces, no se ajusta a lo ordenado en la sentencia. Y por más que el contenido del recurso de reposición interpuesto por la ejecutada contra el auto de 13 de diciembre de 2017, abundó nuevamente en el desajuste entre las operaciones realizadas por el perito y lo establecido en la sentencia, y en el exceso en el justiprecio como consecuencia de la modificación de los parámetros, la Sala desestimó el recurso de reposición mediante el auto de fecha 4 de abril de 2018, cuyos términos reconocen explícitamente el apartamiento de las bases de ejecución de la sentencia sin justificar que con las mismas se alcanzase un resultado equivalente. En efecto, en dicho Auto se señala (traducido del original en catalán) lo siguiente:

«Es procedente desestimar el recurso de reposición formulado por la representación procesal del Ayuntamiento de Martorell [...] el perito judicial, según ha indicado en el dictamen que consta en esta pieza y en sus aclaraciones, ha tenido en consideración para determinar la edificabilidad neta aplicable para obtener el justiprecio de la expropiación, los mismos criterios y datos que en su día tuvo en cuenta el jurado para fijar el justiprecio de acuerdo con su informe, de acuerdo con los datos del Ayuntamiento de Martorell. Asimismo, y de manera razonada y justificada, el perito, una vez más, en aclaraciones, ha reiterado los cálculos que ha realizado para determinar la edificabilidad neta y ha reproducido el cuadro de superficies aplicables para obtener la edificabilidad. El perito judicial ha justificado en definitiva todos los cálculos que ha efectuado y que se atienen al fallo de la sentencia para fijar el justiprecio de la expropiación [...]».

La exposición contenida en el auto de 4 de abril de 2018 relativa a que el perito, para determinar la edificabilidad neta aplicable a efectos valorativos, tuvo en cuenta “los mismos criterios y datos que en su día tuvo en cuenta el jurado para fijar el justiprecio de acuerdo con su informe, de acuerdo con los datos del Ayuntamiento de Martorell”, supone asumir la misma explicación que dio el perito en sus aclaraciones (pág. 9 de su dictamen, folio 104 de la ejecutoria) que reconocen abiertamente que se separó del procedimiento ordenado en la sentencia, utilizando un cuadro que había aportado la expropiante y el propio Jurado Provincial de expropiación, lo cual no implica, lógicamente, que tal cuadro reflejara unos datos que pudieran ser equivalentes a lo que ordenaba hacer la sentencia para determinar la edificabilidad neta.

En definitiva, esta consideración del auto de 4 de abril de 2018, de que el perito, para calcular la edificabilidad neta del polígono fiscal, reproduce “el cuadro de superficies aplicables”, no es más que la confirmación de que aquél prescindió por completo de los parámetros de cálculo establecidos en la sentencia, proceder que asume el órgano judicial en el referido auto, sin justificación alguna, y, lo que es más relevante a los efectos de este procedimiento de error judicial, con perjuicio para la parte ejecutada. No es preciso ahondar en prolijas argumentaciones para constatar el hecho notorio que las superficies susceptibles de apropiación privada no están integradas tan sólo por las superficies edificadas o bajo techo de cada finca, sino que en las fincas edificadas existen siempre diversos espacios que son espacios

privados exentos de edificación, que deberían haber sido incluidos en el cálculo de la superficie susceptible de apropiación privada. Así ocurre con los espacios destinados a zonas verdes privadas, a zonas de equipamientos privados no edificadas, o a patios de parcela que, con mayor o menor extensión, incrementan la superficie privada objeto de apropiación privada.

No es objeto de este procedimiento de error judicial determinar cuál sea esa superficie, pero sí constatar que con el erróneo proceder de los autos dictados en la ejecutoria, se ha producido un perjuicio económico para la parte ejecutada, constatable no sólo por los datos aportados el Ayuntamiento en sus alegaciones, en particular el informe del Arquitecto municipal, que refleja de forma gráfica diversas superficies no edificadas que no por ello dejan de ser de propiedad privada, pero también por la propia contradicción que supone que se reconozca como aprovechamiento edificable a la parcela expropiada, como consecuencia del incorrecto cálculo acogida por la Sala del TSJ de Cataluña, una superficie de edificabilidad de 1.095,83 m² de techo edificable, superficie que es sensiblemente mayor a la que el propio perito calculaba en su informe pericial previo a la sentencia, bajo la aplicación directa de las condiciones de ordenación de la finca, esto es, 955,5 m² (pág. 20 del dictamen pericial), siendo así que la propia sentencia rechazó aquella edificabilidad por no corresponderse con la edificabilidad apropiable por el titular del terreno.

Todo ello acredita que el error de la Sala es evidente, fruto de la desatención de su función obligatoria de examinar y someter a crítica y examen racional el conjunto de las pruebas, a la luz del contenido completo de la sentencia, pues si la Sala del TSJ de Cataluña hubiera realizado la obligada labor de contraste de las actuaciones, de las pruebas aportadas y hubiera sometido el informe del perito al examen racional bajo las reglas de la sana crítica, como requiere el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin duda hubiera detectado la alteración de las bases de la ejecución de la sentencia que se introducía en el dictamen, alteración que no está justificada por ninguna explicación plausible. En este sentido, el informe del órgano judicial hace una mera descripción de las actuaciones de la ejecutoria y no ofrece el menor dato, limitándose a invocar el carácter de imparcialidad que debe revestir el

dictamen del perito. Pero no es admisible que la Sala abandone por completo su responsabilidad, y prescinda del examen del ajuste de la labor del perito a las bases de la sentencia, menos aún cuando las críticas y elementos de contraste que le ofrecía las alegaciones de la parte ejecutada no eran mínimamente rebatidas por el perito, escudándose en argumentaciones fútiles que la Sala dio por suficientes sin contrastarlas con lo que ordenaba la sentencia, con abandono inexcusable de sus funciones. En consecuencia, los autos de 13 de diciembre de 2017 y de 4 de abril de 2018 incurren en error judicial, y así ha de ser declarado a los efectos previstos en el artículo 293.1 de la LOPJ, con estimación de la demanda de error judicial.

SÉPTIMO.- Costas.

En materia de costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 293.1.e) LOPJ, no ha lugar a la imposición de las costas, al estimarse la demanda de error judicial. En cuanto al depósito, no ha sido constituido al estar exenta la demandante por su condición de Administración pública.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- Estimar la demanda de error judicial interpuesta por la representación procesal del Ayuntamiento de Martorell, respecto de los autos, de fecha 13 de diciembre de 2017 y 4 de abril de 2018, dictados por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el incidente de ejecución de sentencia del recurso contencioso-administrativo 423/2009, sobre fijación de justiprecio en ejecución de la sentencia firme de la sentencia núm. 736, de 26 de octubre de 2011, por los que se fijó el justiprecio de la expropiación en la suma de 1.139.454,87 euros, más 56.972,74 euros, en concepto de 5% de premio de afección.

2.- Declarar el error judicial en que incurren los autos de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictados en fecha 13 de diciembre de 2017, y 4 de abril de 2018, en ejecución de la sentencia núm. 736, de 26 de octubre de 2011, recaída en el recurso contencioso-administrativo 423/2009.

3.- No hacer imposición de las costas causadas en el presente procedimiento de error judicial.

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

Así se acuerda y firma.

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Ángel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Rafael Toledano Cantero, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

