

**T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)
OVIEDO**

SENTENCIA: 00461/2016

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS
Sala de lo Contencioso-Administrativo**

APELACION Nº: 80/2016

**APELANTES: ; AYUNTAMIENTO DE
LLANES**

Procuradoras: Dña. ; Dña.

APELADO: D.

Procuradora: D^a.

SENTENCIA DE APELACIÓN

Ilmos Sres.:

Presidente:

D. Jesús María Chamorro González

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. Francisco Salto Villén

En Oviedo, a treinta de mayo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en los recursos de apelación seguidos con el número 80/2016, interpuestos por . y por el AYUNTAMIENTO DE LLANES, representados por los Procuradores Dña. y Dª. , contra el auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Oviedo, siendo parte apelada D. , representado por la Procuradora Dª. . Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José Margareto García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de Procedimiento de Incidente de Ejecución nº 153/13 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Oviedo.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2015. Admitido a trámite el recurso se sustanció mediante traslado a las demás partes para formalizar su oposición con el resultado que consta en autos.

TERCERO.- Concluida la tramitación de la apelación, el Juzgado elevó las actuaciones. No habiendo solicitado ninguna de las partes el recibimiento a prueba ni la celebración de vista ni conclusiones ni estimándolo necesario la Sala, se declaró el pleito concluso para sentencia. Se señaló para deliberación, votación y fallo del presente recurso de apelación el día 26 de mayo pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto dictado el día 9 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Oviedo que no estimó la concurrencia de un supuesto de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia

dictada en este procedimiento, acordando, en consecuencia, ordenar su completa ejecución en los exactos términos acordados en la misma y por lo tanto, con la demolición de las obras amparadas en la licencia anulada, se alzan los presentes recursos de apelación planteados por . y por el Ayuntamiento de Llanes, al mostrar ambos su disconformidad con dicho auto, interesando su revocación, en base a los motivos que serán examinados separadamente a continuación.

Así por la parte apelante , se alegan como motivos de su recurso los siguientes: 1).- Que el auto se aparta de forma irrazonable, arbitraria o errónea del significado y alcance de la sentencia objeto de ejecución; 2).- La procedencia de delimitar una unidad de actuación aún cuando el municipio de Llanes carezca de planeamiento urbanístico; y 3).- Que el auto infringe el principio de proporcionalidad.

Y por el Ayuntamiento de Llanes se alega como motivo de su recurso que el auto recurrido incurre en error en la interpretación o aplicación de las normas jurídicas, conforme ha dejado señalado.

A dichas pretensiones se opuso D. en los términos que constan en su escrito de oposición a la apelación, interesando la desestimación de dichos recursos de apelación.

SEGUNDO.- Con carácter previo, conviene señalar que en este caso el Ayuntamiento de Llanes ha solicitado en su escrito, obrante al folio 1 del presente incidente, la imposibilidad de ejecutar la sentencia pero sin concretar la causa de la misma, conforme al artículo 105-2 de la Ley 29/98, esto es, si era por imposibilidad legal o material o ambas, lo que no se hizo hasta el acto de la vista, como así consta en el desarrollo de la misma al minuto 4,53 y consta en el razonamiento jurídico primero del auto recurrido; lo que a su vez fue impugnado por D.

al alegar que no se había concretado si la imposibilidad era material o legal y sin haberse aportado informe técnico ni jurídico, como alegó al minuto 11,35 de la vista, de tal forma que cuando se le dio traslado para alegaciones en la diligencia de ordenación de 15-10-2015, obrante al folio 148, carecía de aquéllos.

En primer lugar y en aras a dar respuesta a las pretensiones de las partes apelantes, cabe indicar que como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 20-10-98 el recurso de apelación ha de consistir en una crítica de la resolución impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos, señalando asimismo la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 17-1-2000 que el examen que corresponde a la fase de apelación es un examen crítico de la sentencia, para llegar a la conclusión de si se aprecia o no en ella la errónea aplicación de una norma, la incongruencia, la indebida o defectuosa apreciación de la

prueba o cualesquiera otras razones que se invoquen para obtener la revocación de la sentencia apelada, pero resulta imposible suscitar cuestiones nuevas sobre las que no ha podido pronunciarse la sentencia de primera instancia que se revisa (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 10 de febrero, 25 de abril, 6 de junio y 31 de octubre de 1997 y 12 de enero, 20 de febrero, 17 de abril, 4 de mayo, 15 y 19 de junio de 1998.

Y ello porque vistos los motivos invocados por los apelantes únicamente procede examinar en esta alzada aquéllos que hayan sido alegados ante dicho Juzgado en el presente incidente, ya sea en el escrito de su formulación, folio 1, en los escritos de alegaciones o en el acto de la vista, respecto de los cuales se ha dictado el auto recurrido, de tal forma que, como se expuso anteriormente, el recurso de apelación ha de consistir en una crítica de la resolución impugnada, sin que, por tanto, resulte dable invocar ahora nuevos motivos al albor del mismo, máxime cuando ninguno de los apelantes alega incongruencia omisiva, ni se ha solicitado aclaración del auto recurrido.

TERCERO.- Sentado cuanto antecede, y ya de entrada es preciso señalar que comparte esta Sala los razonamientos contenidos en el auto recurrido al entender que lo allí decidido y la fundamentación jurídica que le sirve de soporte es ajustado a derecho.

Por lo que se refiere al primer motivo de recurso planteado por relativo a que el auto recurrido se aparta de forma irrazonable, arbitraria o errónea del alcance y significado de la sentencia objeto de ejecución, ha de ser rechazado por los mismos razonamientos contenidos en el razonamiento jurídico segundo del auto recurrido, pues como ha señalado esta Sala en auto de fecha 13-2-2013 “En el presente caso se constata que de lo que se trata es de ejecutar una sentencia que procedió a anular una resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento ...por la que se acordaba conceder una licencia de obra para la construcción de una vivienda unifamiliar, sin que, efectivamente, en la parte dispositiva de la sentencia se contuviera mandato alguno relativo a la demolición de lo edificado al amparo de la expresada licencia.

Ello, sin embargo, no debe ser obstáculo para proceder a la demolición de lo así construido; esto es, a tal declaración jurídica de nulidad de una licencia le sigue, como complemento material, la demolición de lo indebidamente construido con fundamento en la licencia anulada. Así, por ejemplo, se encuentra declarado en las SSTs de 7 de febrero de 2000 y 15 de octubre de 2001, en las que el Tribunal Supremo, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, señaló que “*la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística*”. En síntesis, pues, el fallo de la sentencia implica necesariamente una inicial actividad jurídica transformadora de los pronunciamientos jurídicos anulados, así como una consiguiente actividad material transformadora de la realidad sobre la que recayeron los pronunciamientos jurídicos de

referencia. Una sentencia de este tipo supone, pues, suprimir del ámbito el título que la licencia implicaba y eliminar del ámbito material lo indebidamente construido al amparo de un título que ha devenido nulo... ***Con tales precedentes hemos de responder -en el ámbito urbanístico en el que nos situamos el presente recurso- a la cuestión de si, para proceder a una demolición urbanística, tal actuación debe de figurar expresamente en la parte dispositiva de la sentencia.***

A ello responde, entre otras, la STS de 7 de junio de 2005, en la que se deja constancia de la siguientes doctrina: “...***tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de ésta comporta la obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia*** (por todas, pueden verse las sentencias de 3 de julio de 2000, 19 de noviembre de 2001 y 26 de julio de 2002, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 2061/1995, 4060/1999 y 3303/2000; y en términos sumamente expresivos, se afirma en la sentencia de 29 de noviembre de 1995, dictada en el recurso de apelación número 4443/1991..

Por su parte la STS de 4 de octubre de –cuya doctrina reitera la posterior de 9 de noviembre de 2006 -recordó que “En la STS de 7 de febrero de 2000, entre otras muchas, señalamos, siguiendo una reiterada doctrina de la Sala, que ***“la demolición de lo construido es la consecuencia impuesta legalmente en el caso de anulación de una licencia concedida con infracción de la normativa urbanística (...)*** Como hemos señalado en otras ocasiones, ***ello es así “aunque el derribo...sea una medida gravosa y suponga en sí misma costos elevados”***; son, sin duda, los invocados con base en los argumentos expresados, derechos respetables y argumentaciones dignas de consideración, pero sin potencialidad jurídica suficiente para enervar la ejecución de una sentencia firme. La propia Exposición de Motivos de la vigente LRJCA señala que la misma “ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso administrativo”. Y en tal sentido, añade que “el punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de los resuelto, que la Constitución prescribe”, lo cual, a su vez, entronca “directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propio términos”, por cuanto “la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas”. Esto

es, que la demolición de lo construido al amparo de una licencia de obras jurisdiccionalmente anulada- aplicando la anterior diferenciación de sentencias: 71.1.a) y 71.1.b)- no supone el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, al no tratarse, pues, de una respuesta a una pretensión de plena jurisdicción, sino, más bien, una consecuencia irremisiblemente derivada de una declaración de nulidad jurisdiccional. Y ello, con independencia de que la citada demolición hubiera sido solicitada, o no, en el suplico de la demanda y hubiera sido, o no, expresamente declarada en el fallo de la sentencia dictada”.

Resulta evidente, pues, que el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes reclama, en caso de anulación de una licencia de obras, la demolición de lo ilegalmente construido”, lo que conlleva a la desestimación de dicho motivo de recurso.

CUARTO.- Por lo que se refiere al siguiente motivo de recurso planteado por _____, sobre la procedencia de delimitar una unidad de actuación aún cuando el municipio de Llanes carezca de planeamiento urbanístico, muestra su disconformidad con el auto recurrido al sostener que una correcta interpretación de los art. 149-1 y 151-1 y 2 del TROTU permite la delimitación de unidades de actuación, tanto en aquellos supuestos en los que dicha delimitación no se contenga en el planeamiento como ante la ausencia de planeamiento, como acontece en Llanes, con cita de la normativa existente en otras Comunidades Autónomas. A lo que se opuso D. _____ al sostener, de un lado, que la petición de dicho apelante va dirigida a eludir las consecuencias de restauración de la legalidad urbanística alterada en el municipio de Llanes sin planeamiento y de otro, respecto de dichos artículos que su interpretación conlleva a la necesidad de un planeamiento que avale la delimitación de una unidad de actuación.

En primer lugar, procede rechazar las alegaciones de _____ acerca de acudir a la normativa existente en otras Comunidades Autónomas, pues resulta obvio que en este caso ha de acudirse al Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, y más concretamente a los preceptos anteriormente indicados, sobre las que las partes -apelantes y apelado- mantienen distinta interpretación, según resulten o no favorables a sus intereses.

En dicho sentido la parte apelante _____ dirige básicamente sus pretensiones al art. 151-2 del TROTU, en cuanto sostiene que “se prevé específicamente un procedimiento para la delimitación de unidades de actuación cuando no están previstas en el planeamiento (sic)”. Sin embargo, pese al esfuerzo dialéctico realizado por dicha apelante al efecto, no se desvirtúan los razonamientos contenidos en el auto recurrido que han de ser mantenidos, ante el contenido del citado artículo 151 del

TROTU, relativo al procedimiento para la delimitación de polígonos y unidades de actuación que en su nº 1 establece que podrán delimitarse en el Plan General de Ordenación o en el Plan Parcial, o en una modificación de éstos, o, en su defecto, a través del procedimiento regulado en los apartados siguientes; y en su nº 2 que cuando no se contuviera en el planeamiento se acordará por la Administración urbanística, de oficio o a instancia de los particulares interesados, previos los trámites recogidos en el mismo. De tal forma, que como se indica en el auto recurrido “ su delimitación puede estar incluida en el propio Plan. Pero, en caso de que no lo esté, lo que regula el citado artículo es un procedimiento para hacerlo... pero no a falta del mismo”, lo que explica que dicho nº 2 indique “ en el planeamiento”, no a falta del mismo; de ahí que -enlazando con lo expuesto y entrando a resolver el que constituye motivo alegado por el Ayuntamiento de Llanes por su directa relación con el mismo-, dicho Ayuntamiento acuda a invocar vacío normativo, iura novit curia, no invocados en primera instancia, ni en su escrito inicial ni en el acto de la vista, lo que determina su rechazo, de acuerdo con lo anteriormente razonado. Y lo mismo sucede en cuanto al último motivo de recurso alegado por respecto al principio de proporcionalidad, pues dicho motivo no ha sido invocado por dicha apelante ni en su escrito, obrante a los folios 153, 154 y 155 ni en el acto de la vista e igualmente dicho Ayuntamiento no ha planteado dicho motivo como autónomo, sino que en el acto de la vista al minuto 6,02 se ha limitado a invocar preceptos que no son los ahora señalados y finalmente, no procede añadir ningún otro razonamiento en los términos interesados por el apelado, dada su condición procesal de apelado, habida cuenta que el auto recurrido señala en su apartado final “ Con consecuencia de lo anterior resulta inviable la apreciación de un supuesto de imposibilidad legal ... Tal es el pronunciamiento que procede realizar en este incidente, abierto precisamente para resolver esta vicisitud. Es decir, no es procedente realizar ninguna de las declaraciones a las que se refiere el ejecutante... en base a lo establecido en el art. 103.4 LRJCA. Es innecesario...”, tanto por los términos en que se contiene la parte dispositiva como por su citada condición de apelado; por todo ello y de acuerdo con los razonamientos expuestos procede desestimar dichos recursos de apelación.

QUINTO.- Conforme al artículo 139-2 de la Ley 29/98 las costas de los recursos de apelación son de imposición a los apelantes, si bien conforme al nº 3 del mismo procede limitarlas a la cantidad de 1.000 euros a cada uno de ellos, considerando las circunstancias concurrentes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar los recursos de apelación interpuestos por las Procuradoras en nombre y representación de y el Ayuntamiento de Llanes, respectivamente, contra al auto dictado el día 9 de diciembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Oviedo; el que se confirma en sus propios términos. Con imposición de las costas de dichos recursos a los apelantes conforme se ha señalado en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.