



Roj: **STSJ CLM 3728/2013 - ECLI: ES:TSJCLM:2013:3728**

Id Cendoj: **02003330012013100973**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **27/12/2013**

Nº de Recurso: **111/2012**

Nº de Resolución: **295/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MANUEL JOSE DOMINGO ZABALLOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1

ALBACETE

SENTENCIA: 00295/2013

Recurso de Apelación nº 111/2012

Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Guadalajara

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 1ª

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. José Borrego López

Magistrados:

D. Mariano Montero Martínez

D. Manuel José Domingo Zaballos

D. Lorenzo Pérez Conejo

D. Antonio Rodríguez González

SENTENCIA Nº 295

En Albacete, a 27 de diciembre de 2013.

Vistos por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, el recurso de apelación interpuesto por D. Marcial , representado por la Procuradora Dª. ADORACIÓN PICAZO ROMERO, contra Auto, de fecha 4 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Guadalajara , en el procedimiento Ejecución 6/08 dimanante del Procedimiento Ordinario 64/2004, y como parte apelada **AYUNTAMIENTO DE GUADALAJARA**, representado por el letrado del Ayuntamiento y HERCESA INMOBILIARIA, representada por el procurador D. LUIS LEGORBURU MARTINEZ-MORATALLA. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Manuel José Domingo Zaballos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Dicho Juzgado dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: " *PRIMERO. Desestimar el incidente planteado de ejecución forzosa, interesada por la representación procesal DON Marcial . SEGUNDO.- Dar por enteramente ejecutada la sentencia recaído en el procedimiento ordinario 64/04. TERCERO.- No hacer expresa imposición de costas.*"



Segundo.- Notificada la resolución a las partes interesadas, la parte demandante interpuso recurso de apelación dentro de plazo. Admitido a trámite por el Juzgado, se dio traslado a la parte demandada para que hiciese alegaciones, trámite que cumplimentó en legal forma.

Tercero.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, se formó el correspondiente rollo de apelación. No habiéndose solicitado por las partes personadas la celebración de vista, ni considerándose necesaria la misma por este Tribunal, se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2013, en que tuvo lugar y en sucesivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero .- Por el auto objeto de la apelación, el Juzgado de instancia desestima el incidente de ejecución forzosa promovido por el Sr. Marcial , aquí apelante, teniendo por enteramente ejecutada la sentencia de 26 de Mayo de 2006 recaída en el procedimiento ordinario nº 64/04. Esa sentencia, la nº 156/06 , confirmada por desestimarse el recurso de apelación mediante sentencia de esta Sala de 10 de Diciembre de 2007 , con pronunciamiento estimatorio parcial del recurso contencioso interpuesto por D. Marcial contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local del **Ayuntamiento de Guadalajara**, de fecha 12 de Abril de 2005, concediendo licencia urbanística a HERCESA Inmobiliaria S.A., para modificación de Proyecto de Ejecución de 20 viviendas en bloque y 1 vivienda unifamiliar, locales y garajes, en la C/ DIRECCION000 números NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 y NUM005 y C/ DIRECCION001 números NUM006 y NUM007 (apartado primero del acuerdo), al tiempo que se incoa expediente sancionador a la mercantil por haber realizado obras no ajustadas a la licencia primeramente concedida (apartado segundo). Fue estimación parcial porque se declaró contraria a Derecho y anuló la decisión administrativa de otorgar licencia urbanística para el modificado de proyecto, no así - por lo que muy bien plasma la sentencia en su fundamento jurídico segundo- que se declarara la nulidad de pleno derecho de la licencia urbanística nº NUM008 concedida por resolución municipal de 4 de abril de 2003.

La razón de decidir del Auto en términos sencillos, es la siguiente: **a)** La licencia declarada ilegal y anulada por el Juzgado se había otorgado en contravención del Instrumento de Planeamiento General, siendo el caso, además, que el Estudio de Detalle aprobado el 19 de Julio de 2002, al que se había ajustado de forma esencial el proyecto modificado de obras, se había declarado contrario a Derecho y anulado por Sentencia de 13 de Febrero de 2006, dictada por esta misma Sala y Sección. **b)** Aprobada la modificación Puntual del Planeamiento General "para la redefinición de redelimitación de Ordenación 4º y 5º en parcelas ubicadas en DIRECCION000 y DIRECCION001 ", en cuyo procedimiento había participado el ejecutante presentando alegaciones, una vez aprobada definitivamente por acuerdo de 5 de Octubre de 2008, (firme) y sin que, por otra parte, el aquí apelante hubiera instado las nulidad del referido acuerdo plenario en base al artículo 103. 4 de la Ley de la Jurisdicción , consideró el Juzgado se imponía declarar enteramente ejecutada la sentencia recaída en el procedimiento ordinario 64/04.

Segundo.- Es consolidada doctrina jurisprudencial la relativa a que el Tribunal de Apelación no puede revisar de oficio los razonamientos y las resoluciones (sea Auto o Sentencia de Instancia) al margen de los motivos y consideraciones aducidas por el apelante como fundamento de su pretensión que requiere la individualización de los motivos que sirven de fundamento, a fin de que puedan examinarse los límites y en congruencia con los términos con que venga facilitada la pretensión revisora de la resolución de instancia. Lo cual es consustancial al entendimiento de que el recurso de apelación contencioso administrativo tiene exclusivamente por objeto depurar el resultado procesal contenido en la Instancia anterior, de tal modo que el escrito de alegaciones de la parte apelante ha de proceder a una crítica de la Sentencia apelada, que es lo que sirve de base y fundamento a la pretensión de sustitución de pronunciamiento recaído antes por otro diferente.

Naturalmente, conociendo el recurso de apelación, concretamente en el orden contencioso-administrativo según se desprende de su propia configuración legal (artículos 81 a 85 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa) así como al pacífico criterio jurisprudencial, el Tribunal le cumple fiscalizar la legalidad de la sentencia -respetando el principio de congruencia- tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, lo que supone poder sustituir el criterio valorativo del juzgador de instancia en caso de constatarse error de su parte.

Tercero.- Se alza contra el Auto indicado la representación procesal de D. Marcial interesando Sentencia que revoque el contenido del Auto recurrido "y ordene seguir adelante la ejecución instada por esta parte con cumplimiento exacto del fallo de la sentencia, de conformidad con el contenido del Auto del propio Juzgado de fecha 17 de diciembre de 2009" . En ese Auto (al folio 451 de las actuaciones) se había decidido "seguir adelante con la ejecutoria (de la sentencia del Juzgado nº 156/09) debiendo el **Ayuntamiento de Guadalajara** practicar lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo de la sentencia", iniciándose el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística que conlleve el íntegro cumplimiento de la Sentencia dictada anulatoria de la licencia (otorgada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 121 de



Abril de 2003) y "en el supuesto de que se considerase por parte del Ayuntamiento la existencia de causa de imposibilidad legal de la ejecución habrá de plantearse incidente de imposibilidad legal de ejecución conforma a lo previsto por el artículo 105.2 de la LJCA".

Resumiendo el contenido del escrito de apelación, la pretensión del ejecutante se fundamenta alegando lo siguiente: **a)** Los acuerdos municipales aprobatorios del Estudio de Detalle y de la licencia de obras, fueron declarados nulos de pleno derecho por las sentencias firmes de 13 de Febrero de 2006 y 26 de Mayo de 2006 "conforme mantiene la doctrina y de forma unánime la jurisprudencia, son actos de nulidad intrínseca, careciendo ab initio de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación, lo que comporta una eficacia inmediata, ipso iure, del acto, carácter ergo omnes de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción". **b)** La modificación del instrumento de planeamiento acometida por el Ayuntamiento tuvo como único objetivo el de eludir la ejecución de la sentencia en sus propios términos, de manera que no puede ser causa para el archivo de la pieza de ejecución, al no producir esa modificación de planeamiento -ejecución fraudulenta de la Sentencia, ex artículo 1034.4 LJCA - la automática legalización "ex post facto" de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo planeamiento. **c)** El hecho de que no se haya instado la nulidad del acuerdo plenario del **Ayuntamiento de Guadalajara** de fecha 5 de Octubre de 2008 en base al contenido del artículo 103.4 y 5 de la LJCA "no significa que dicho acuerdo no sea nulo a tenor de ese precepto, pues ello de manera alguna sana o subsana, legaliza o legitima tal acuerdo".

Cuarto.- A las pretensiones del apelante se oponen el **Ayuntamiento de Guadalajara** y HERCESA Inmobiliaria S.A., en sendos escritos de oposición a la apelación de contenido muy similar.

El letrado del Ayuntamiento hace hincapié en la adecuación al ordenamiento jurídico - por respetuosa con los intereses generales- de la modificación puntal del Plan General, según se desprende de la propia Memoria y de los informes técnicos obrantes en el expediente, acuerdo no impugnado y, por consiguiente, consentido y firme, de suerte que con el mismo, se dice, "ha sido restablecida ex tunc y ex nunc la legalidad urbanística sin que la postura contumaz del apelante esté legitimada por interés legítimo alguno, ya que la destrucción de la riqueza que propugna no radica ni en el interés público ni en un interés privado y únicamente persigue el perjuicio de terceros", promotor y compradores de las 21 viviendas, de los locales y plazas de garaje. También reseña que la licencia de 4 de Abril de 2003 fue acto firme y consentido, de manera que, por el artículo 73 de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa, como explicitó el Auto de 13 de Octubre de 2008 dictado en la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Estudio de Detalle, no se podía ver afectada por la anulación de dicho instrumento urbanístico, decidido en sentencia de 13 de Febrero de 2006, y así lo había determinado correctamente el Juzgado de instancia en su Sentencia nº 152/06, .

La representación de HERCESA, en la misma línea argumental que la plasmada por el letrado del Ayuntamiento, subraya la circunstancia de que en la Sentencia de esta Sala, anulatoria del Estudio de Detalle, no fue cuestionada la conducta municipal de fondo sobre conveniencia de realizar ajustes en la Ordenación, sino sólo que lo hiciera a través de un instrumento inadecuado, el Estudio de Detalle, lo que se corrigió modificando puntualmente el Plan General. En cuanto a la anulación de la segunda de las licencias (acuerdo de 12 de Abril de 2004) el modificado de proyecto que era su contenido no alteró en nada la aplicación de las ordenanzas en la parcela, ya que la primera bajo rasante y todas las plantas sobre rasante del edificio son exactamente iguales que las del Proyecto por el que se otorgó la licencia (firme) NUM008 .

Quinto.- Para el buen entendimiento del conflicto y de su desenlace, conviene retener:

1º La sentencia (firme) del Juzgado de instancia, dictada el 26 de Mayo de 2006, estimó parcialmente el recurso presentado por el Sr. Marcial dejando intacta -por firme y consentida- la primera de las licencias otorgadas por acuerdo de 4 de Abril de 2003 y habilitando, por consiguiente, el grueso de la edificación y declaró contrario a Derecho y anuló el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 12 de Abril de 2004 en cuanto concedió licencia para modificado del proyecto de ejecución acomodado a Estudio de Detalle declarado nulo, por sentencia de esta Sala de 13 de Febrero de 2006 (devenida firme tras declarar el Tribunal Supremo la inadmisibilidad del recurso de casación presentado contra ella, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Enero de 2008).

2º Las viviendas ejecutadas también disponiendo, a fecha de hoy, de licencia de primera ocupación, con moradores que pueden presumirse terceros adquirentes de buena fe, pues no consta que se adoptara medida cautelar relativa a nota marginal en las inscripciones del Registro de la Propiedad.

3º El apelante no obtuvo otro pronunciamiento de los Tribunales que el de la declaración de nulidad del Estudio de Detalle y de la segunda de las licencias, sin pretensión de plena jurisdicción, nada, desde luego, sobre orden de demolición de obras.



4º Es de considerar también la circunstancia de que ya en 2002 -antes, por consiguiente, de que se otorgara la primera de las licencias- el Ayuntamiento había entendido que el interés general exigía modificar parcialmente la ordenación de una manzana (ocupada por las fincas ubicadas en la C/ DIRECCION001 , números NUM006 y NUM007 , y las fincas ubicadas en la C/ DIRECCION000 números NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 y NUM005 de superficie total 1741'84 m2, conjunto delimitado al sudeste por una zona verde, al sudoeste por la finca nº NUM009 de la C/ DIRECCION001 y al noreste por la C/ DIRECCION000 y al noroeste por la C/ DIRECCION001), por cuanto para las fincas indicadas, el POM prevenía dos ordenanzas residenciales de aplicación, coexistiendo los modelos unifamiliar y multifamiliar, delimitación establecida atendiendo al límite de la propiedad y no a la aplicación efectiva de la Ordenanza, produciendo una serie de desacuerdos funcionales y una ordenación arquitectónica irregular, de ahí que promoviera primeramente, y aprobara, el Estudio de Detalle tan repetido.

5º Tras las sentencias de referencia, ese propósito se encauza a través de una modificación puntual del Instrumento de Planeamiento General y en la consideración de que, aprobada definitivamente y firme, ello suponía el cumplimiento de los pronunciamientos de la Sentencia así como del Auto del Juzgado de 17 de diciembre de 2009, notificado al Ayuntamiento el 2 de Marzo de 2011, en la pieza de ejecución 6/2008.

Sexto.- Llegados a este punto, no se trata aquí de enjuiciar de legalidad el Auto de 17 de diciembre de 2009, consecuente esa decisión del Juzgado con el hecho de que no debió producir efectos un Estudio de Detalle declarado nulo de pleno derecho, instrumento que había dado cobertura al acuerdo otorgando licencia para ejecución de las obras conforme al modificado del Proyecto técnico originario.

Nuestro objeto de enjuiciamiento es el Auto apelado, que se dicta tras la plena vigencia de la modificación puntual del POM. Niega el apelante trascendencia al hecho de que no impugnara la aprobación definitiva de la modificación puntual del Instrumento de Planeamiento General, y a la circunstancia de que tampoco instara en sede jurisdiccional contencioso-administrativa la declaración de nulidad de la actuación administrativa, ex artículo 103.5 de la LJCA , y ello a pesar de que había presentado escrito de alegaciones en el trámite de exposición al público de la aprobación inicial (DOCM de 6 de Junio de 2008) escrito presentado el 7 de Julio de 2008 (folios 562 y siguientes de las actuaciones), en sentido muy crítico sobre la modificación puntual en tramitación, por razones de forma (entendió necesaria la revisión del POM) y de fondo (el verdadero propósito municipal era alterar el planeamiento permitiendo viviendas en bloque en lugar de unifamiliares, con ostensible perjuicio para las fincas colindantes).

Frente a lo que sostiene el apelante, su conducta sí es trascendente para el desenlace de la ejecutoria ya en esta segunda instancia. De ser consecuente con lo que había sostenido en vía administrativa, pudo haber activado el mecanismo recogido en el artículo 103.5 de la LJCA , que habilita como regla general al órgano jurisdiccional al que corresponda la ejecución declarar la nulidad de los "actos y disposiciones" contrarios a los pronunciamientos de las sentencias dictadas con la finalidad de eludir un cumplimiento; sobre a qué órgano corresponde esa declaración cuando el Juzgador de instancia no tiene competencia para anular la disposición general dictada con el propósito de eludir el cumplimiento del fallo, véase STS de 16 de Noviembre de 2011, rec. 171/08 . Ni presentó escrito instando se declarara la nulidad de la modificación puntual del POM con fundamento en el art. 103.4 LJCA ni interpuso recurso contencioso-administrativo directo -como pudo haber hecho igualmente- tratando de defender en sede jurisdiccional la concurrencia de transgresiones al ordenamiento jurídico recogidos en el escrito de alegaciones de 7 de Julio de 21008. Recurso que tampoco se interpuso por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que había presentado, por su parte, escrito de alegaciones a la aprobación inicial, folios 553 y siguientes de las actuaciones, pagina 66 del expediente de modificación.

Con esas circunstancias, no es menos correcto jurídicamente el Auto del Juzgado de 17 de diciembre de 2009 objeto de la apelación que nos ocupa. Primero, porque la supuesta ilegalidad de la modificación puntual del PAU habría requerido su enjuiciamiento en proceso ordinario, previa la interposición de recurso directo en tiempo y forma y porque la declaración de nulidad, ex artículo 103.4 y 5 de la Ley de la Jurisdicción , exige que se active el mecanismo al efecto por los trámites del artículo 109.2 y 3 "a instancia de parte" , con la eventualidad de alcanzar éxito cuando las resoluciones adoptadas por la Administración lo hubieren sido con designio fraudulento de evitar el cumplimiento de la sentencia (STS de 19 de Junio de 2013) debiéndose convenir que el propósito fraudulento no puede presumirse y que la carga del mismo corresponde, obviamente, a la parte ejecutante.

En segundo lugar, el auto recurrido no es contrario a Derecho tomando como punto de partida lo que fuera el pronunciamiento de la Sentencia a ejecutar, dictada por el Juzgado y, en último extremo, la de esta Sala anulatoria del Estudio de Detalle, sin otro pronunciamiento que declarar la nulidad de la licencia y del modesto instrumento de planeamiento que había dado temporal cobertura a la misma. Es cierto que el vicio de los acuerdos municipales (uno del Pleno, el otro de la Junta de Gobierno) fue de nulidad y no de anulabilidad, pero



retrotraer las actuaciones para que pudiera el Ayuntamiento manifestarse nuevamente sobre la solicitud en 2004 de licencia relativa al modificado de obras (no se olvide que de modesta envergadura porque el grueso de la obra se ejecutó con habilitación de licencia otorgada por acto firme), que en ningún momento se discute son ajustadas plenamente al instrumento de planeamiento, no tiene verdaderamente mucho sentido; por el contrario, suponía prolongar innecesariamente el conflicto al no ofrecer duda que la licencia habría de otorgarse por ser las obras respetuosas con el planeamiento. De acoger la tesis del apelante, incurriría la Sala en un exceso formalista, prolongado las actuaciones innecesariamente; y en este juicio incluida la cuestión relativa a que, en último extremo, la eventual solicitud de la Administración para que se declarase la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia habría supuesto abrir incidente ex artículo 105 LJCA, terminando con Auto en su contenido equivalente y con los mismos efectos que el Auto de 4 de Octubre de 2011 teniendo por ejecutada la Sentencia, pues no hay atisbo de que habría de fijarse indemnización a favor del ejecutante.

Séptimo.- La Sala no desconoce, naturalmente, que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24 CE, lleva implícito el derecho a que se ejecuten las sentencias llevando a pleno efecto sus pronunciamientos, como no desconoce la línea de jurisprudencia marcada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en sentencias como las que recoge el recurso de apelación ("resumen de jurisprudencia", doc. nº 3 de dicho escrito). Lo que ocurre es que la tesis del aquí apelante no se ve corroborada por una mínima acreditación del ánimo fraudulento del **Ayuntamiento de Guadalajara** en su decisión de modificar puntualmente el POM. El propio escrito de apelación a la aprobación inicial contiene juicios de parte en modo alguno corroborados por elemento probatorio, que tampoco aparece en la pieza de Ejecución. Muy al contrario, del expediente comprensivo de la modificación puntual resulta justificada esa iniciativa municipal, sin que se constate en acuerdo plenario municipal (adoptado por unanimidad) propósito de eludir el cumplimiento de la Sentencia. Ello afirmado a la vista de la Memora de la Modificación y de los informes del Departamento de Urbanismo de fecha 9 de Abril de 2008, así como de 28 de Julio del mismo año, evacuado tras alegaciones del actor a la aprobación inicial y un tercero de 1 de Septiembre de 2008. En la posición que sostuvo el Ayuntamiento ante el Juzgado y que dio lugar al Auto recurrido reiterado en el escrito de oposición a la apelación: Para solucionar el cuello de botella del principio de la DIRECCION000 (estrecho y casi sin acera) el Ayuntamiento decidió una afección de prácticamente 1/3 del fondo de las parcelas NUM006 a NUM009 para ensanchar la calle y crear acera (3 metros), pero sin darse cuenta de que de esta manera convertía en inedificables esas parcelas puesto que las privaba de los 12 metros de fondo exigidos para edificar. Por otro lado en la manzana confluyen el ámbito de aplicación de la Ordenanza 4 grado 3 (edificación en altura) con la Ordenanza 5 (unifamiliar) señalando la frontera entre ambas los linderos de las fincas preexistente.

La única manera de conseguir la edificabilidad concedida por el POM siguiendo sus propias prescripciones (con la afección señalada en la alineación (3 metros) y el fondo mínimo de 12 metros) era hacer coincidir la frontera de aplicación de las Ordenanzas en los condicionantes urbanísticos de la manzana y no en los linderos de las parcelas preexistentes.

Nada de esto quedó desvirtuado en la pieza de ejecución y tampoco con el recurso de apelación.

Octavo.- Por lo previsto en el art. 139.2 de la LJCA es de aplicar la excepción a la regla general de imposición de costas en la segunda instancia, dada la complejidad de la controversia, circunstancia que justifica la no imposición de las costas a la parte apelante.

Vistos los artículos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS.-

Que **DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por D. Marcial, contra la Auto de fecha de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Guadalajara en el procedimiento ejecución 6/08 (dimanante del P.O. 64/2004). Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará certificación literal a los autos originales y la que se notificará con expresión de que contra ella no cabe recurso ordinario, la pronunciamos, mandamos y firmamos.