



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

SENTENCIA: 00013/2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS

Sala de lo Contencioso-Administrativo

APELACION N°: 256/2018

APELANTE: AYUNTAMIENTO DE SIERO

Procuradora: D^a Azucena Suárez García

APELADO: D. [REDACTED]

Procuradoras: D^a Margarita Riestra Barquín; D^a Dolores Sánchez Menéndez

SENTENCIA DE APELACIÓN

Ilmos. Sres.:

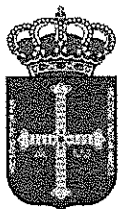
Presidente:

D. Antonio Robledo Peña

Magistrados:

Dña. María José Margareto García

D. José Ramón Chaves García



**PRINCIPADO DE
ASTURIAS**

En Oviedo, a quince de enero de dos mil diecinueve.

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 el recurso de apelación número **256/2018**, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SIERO, representado por la Procuradora D^a Azucena Suárez García, contra Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de Oviedo, de fecha 30 de julio de 2018, siendo parte Apelada D. _____ S, representada por la Procuradora D^a Margarita Riestra Barquín e _____ S, representada por la Procuradora D^a Dolores Sánchez Menéndez. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación dimana de los autos de PFE Incidente de ejecución 8/2018, ETJ Ejecución de títulos Judiciales 8/2018, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 6 de los de Oviedo.

SEGUNDO.- El recurso de apelación se interpuso contra Auto de fecha 30 de julio de 2018. 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 11 de enero pasado, habiéndose observado las prescripciones legales en su tramitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actuación apelada

- 1.1 Es objeto de recurso de apelación por el Ayuntamiento de Siero el Auto de 31 de julio de 2018 que rechaza declarar la imposibilidad de ejecutar la sentencia firme dictada en el P.O.127/2016, que estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Siero, de 30 de octubre de 2015, que otorgó licencia de obras e instalación para estación de servicio con edificación auxiliar destinada a tienda y restaurante en La Carrera y contra la resolución de la misma Junta de Gobierno de 13 de noviembre de 2015 que completa las condiciones del acuerdo anterior, anulando la misma en relación a la autorización de restaurante.
- 1.2 El Ayuntamiento apelante aduce la aportación como documental de la prueba de adaptación del acto de aprobación definitiva y publicación del Plan Especial y del Estudio de Implantación para la legalización de obras y usos y urbanización de estación de servicio y espacios públicos adyacentes en La Carrera-Siero y de la concesión de la licencia de legalización de obras y apertura de local destinado a estación de servicio con edificación auxiliar. Se adujo que el Ayuntamiento hizo uso de su potestad de planeamiento para acogerse a la línea marcada por las sentencias del TSJ de 9 de octubre de 2017 y 30 de octubre de 2017. Publicado el nuevo planeamiento en el BOPA de 5 de septiembre de 2018 y concedida licencia de legalización considera que la aportación de estos documentos en apelación al amparo del art.271.2 LEC no supone alteración del objeto del proceso aduciendo una aislada sentencia de la Sala civil. Se señaló que no producía indefensión alguna. En consecuencia se insistió en la posibilidad de utilizar la potestad de planeamiento para la reproducción de la ordenación anulada por sentencia firme (STS de 3 de septiembre de 2016), especialmente cuando la STSJ de Asturias de 9 de octubre de 2017 se limita a exigir un Plan Especial para la solución final adoptada. Se adentró en el contenido de la Memoria y documentación del Plan Especial con sus antecedentes e implicaciones y postuló que la Sala se pronunciase al amparo del art.105 LJCA en relación con los supuestos contemplados en los apartados 4 y 5 del art.103 LJCA; se insistió en el interés

general y en la falta de ánimo de eludir la sentencia, sino de cumplirla; asimismo se precisó que no solo se aprobó definitivamente el plan especial sino que se otorgó la licencia de legalización, contando con los informes preceptivos. En consecuencia se solicita la estimación del recurso de apelación y la declaración de la imposibilidad de ejecutar la Sentencia de 30 de octubre de 2017 y acordando la apertura de pieza separada para indemnizar en su caso los daños y perjuicios que pudiera representar para la parte recurrente.

1.2 Por la representación de D. _____ se formuló oposición al recurso de apelación y se señaló que no puede fundamentarse el recurso de apelación en un acuerdo de aprobación del Plan Especial adoptado con posterioridad (31 de agosto de 2018) a la fecha de dictarse el auto apelado (30 de julio de 2018). Se adujo jurisprudencia relativa a que no cabe enjuiciar la validez de una sentencia o auto sobre hechos posteriores, ya que el recurso de apelación es una crítica de la sentencia, sin poder discutirse como cuestión nueva si el Plan Especial de 31 de agosto de 2018 y el acuerdo de legalización de 19 de septiembre de 2019 se han dictado para eludir el cumplimiento de la sentencia pues ello ocasionaría indefensión limitando plazos, disponibilidad probatoria y privación de segunda instancia.

SEGUNDO.- *Marco jurisprudencial*

2.1 Hemos de partir del derecho a la ejecución de las sentencias firmes en sus propios términos, faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (“todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”), en relación con el artículo 118 CE (“es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”). En esta línea la STC 92/2009 deja claro que *“En relación con la ejecución de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, este Tribunal tiene declarado que ésta forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, y por tanto no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial”*

TERCERO.- *Aportación de nuevos documentos en apelación*

3.1 Hemos de rechazar la aportación al amparo del art.271.2 LEC de las resoluciones de aprobación del Plan Especial y de la licencia de legalización, y ello por elemental congruencia con la naturaleza del recurso de apelación y la funcionalidad de la instancia.

En efecto, en la instancia tiene lugar un juicio plenario con un objeto definido y donde las partes pueden alegar y probar lo que estimen oportuno, a tiempo real, sin que pueda admitirse una suerte de reserva de alegación o prueba para la apelación o ante la conjetura de un eventual cambio normativo o criterio administrativo que pueda favorecer una u otra tesis.

En suma, se trata del viejo instituto de la preclusión que impide, por un lado, que los procedimientos sean deslizantes hacia el futuro, y por otro lado, que pueda criticarse una sentencia sobre la base de lo que traerá el futuro.

3.2 La excepcional posibilidad de aportar en todo tiempo el supuesto desenlace o aprobación definitiva de la modificación de planeamiento y acto de legalización, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil aplicable supletoriamente a esta jurisdicción no cabe en el presente caso.

En efecto, sobre la admisión de documentos con posterioridad a las fechas de las demandas y contestación o del juicio, el art. 56.4 de la LJCA se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que la solución del caso la encontramos en el art. 271 de dicho texto legal que dispone: " 1. *No se admitirá a las partes ningún documento, instrumento, medio, informe o dictamen que se presente después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435, sobre diligencias finales en el juicio ordinario.*

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior, las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso. Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, dándose traslado por diligencia de ordenación a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen

conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia. El Tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia".

3.3 De entrada, la sentencia de la jurisdicción civil traída a colación por el Ayuntamiento, ni es aplicable al caso que nos ocupa ni merece calificarse de jurisprudencia con proyección en el ámbito contencioso-administrativo donde está colmatada la regulación procesal de la instancia y la apelación, y el criterio jurisprudencial. A este respecto, sobre la extensión de la aplicación de ese precepto a la vía de recurso de apelación o casación, hemos de aceptar, *mutatis mutandis*, lo sentado por el ATS de 12 de diciembre de 2016 (rec.1366/2016) en didácticos términos: *"Pues bien, no obstante las alegaciones y la cita jurisprudencial realizada por la parte en su recurso sosteniendo la presentación, en sede casacional, de documentos que se hallen en los casos previstos en el artículo 271.2 de la LEC, otras muchas resoluciones de esta Sala han negado tal posibilidad, considerando que la misma no está prevista en la LJCA, ni el artículo 271.2 de la LEC permite expresamente la aportación de documentos en el recurso de casación sino únicamente en el momento de dictarse sentencia en primera instancia, como se desprende de su artículo 272. En este sentido cabe citar los autos de 12 de septiembre de 2011 (Rec. 1271/2008) o el auto de 11 de noviembre de 2011 (Rec. 5793/2010).*

En concreto, el más reciente auto de 17 de junio de 2014 (Rec. 2276/2011), con cita de reiterada doctrina de la Sala, señala que " la vigente LRJCA contiene una regulación específica relativa al momento en que pueden presentarse documentos por las partes. En efecto, el artículo 56.3 de la LRJCA contiene una regla general conforme a la cual los documentos en que las partes directamente funden su derecho se acompañarán con los escritos de demanda y contestación, y el número 4 del mismo artículo posibilita que los documentos que se hallen en alguno de los casos previstos para el proceso civil -lo que nos remite a los artículos 270 y 271.2 de la vigente LEC -, se puedan presentar después de la demanda y contestación. Pero ello debe hacerse siempre antes de que se dicte sentencia en primera o única instancia pues, el citado artículo 56 LRJCA, forma parte del Capítulo Primero del Título IV de la LRJCA, referido al procedimiento en primera o única instancia ".

Y añade la Sala que "ningún precepto de la vigente Ley de esta Jurisdicción prevé la posibilidad de aportar documentos en el recurso de casación, como tampoco

lo hace la vigente LEC, pues la expresión del artículo 271.2 "... siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso" referida a la posibilidad de presentar "sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa" después de la vista o juicio, incide en la clase de dichos documentos, pero no en el momento en que pueden aportarse. Dicho momento es el de dictar sentencia en primera instancia, como se deduce de lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 272 del mismo texto legal, al establecer que "contra la resolución que acuerde la inadmisión de los documentos no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de hacerse valer en la segunda instancia".

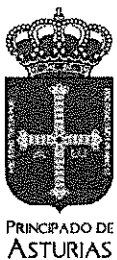
3.4 Es más, la STS de 24 de octubre de 2016 (rec.3580/2015) fija los límites de tal aportación en razones de orden público procesal: "Las normas procesales gozan del carácter de *ius cogens*, no está a voluntad o conveniencia de las partes el procurarse trámites que puedan aportarle ventaja sobre la contraparte, puesto que con ello se rompería la igualdad de armas, que representa un principio básico en los procesos contradictorios. Por tanto, en el supuesto que contemplamos sólo cabe la aportación extemporánea, esto es fuera del tiempo procesal dispuesto legalmente al efecto, de sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver; supuesto excepcional que carece de fuerza jurídica suficiente para en su sola invocación pueda vulnerarse los principios básicos que rigen el proceso, entre ellos, ya se ha dicho, el de contradicción e igualdad de las partes, so pena de colocar a la contraparte en situación de desventaja e indefensión, por lo que la expresión "resultar condicionantes o decisivas" ha de entenderse, como así ha dicho el Tribunal Constitucional, entre otras sentencia de 21 de diciembre de 2006 , en el sentido de que la exigencia de relevancia para la decisión final es igual a vigor potencial para cambiar el sentido del fallo, referido claro está a las cuestiones que han sido planteadas en los escritos dispuestos al efecto que delimitan las pretensiones actuadas sobre las que ha versado el debate y sobre las que las partes, también la demandada, ha tenido la oportunidad de defenderse, no cabe pues aprovechar este supuesto excepcional para introducir cuestiones nuevas ajenas a las que constituyeron el debate en plenitud entre las partes."



Bajo esta perspectiva, podría sostenerse que el art.271 LEC autoriza a traer a colación las resoluciones y sentencias “condicionantes o decisivas para resolver”, o sea, que acreditan hechos relevantes, pero no las resultarían decisivas para resolver otra hipotética demanda incidental, o sea, las que comportan una reconversión de la pretensión incidental, que en presente caso, insistimos, es pretensión de declaración de imposibilidad de ejecución por el dato jurídico de la aprobación provisional, lo que excluye que se traiga una resolución o sentencia que avale la posible imposibilidad jurídica que derive de una resolución de aprobación definitiva o de sentencia que invalide otro presupuesto jurídico. En suma, no cabe dissociar en la pretensión incidental la petición de su amparo esencial referido a la norma que supuestamente pugna con la ejecución.

Así pues, se ciñe el art. 217.7 a supuestos en que se pueden traer resoluciones o sentencias recaídas, y a cualquier instancia, pero como documentos de prueba de hechos o pretensiones vertidas en la instancia, pero no los que alteran la pretensión y demanda incidental, como es el caso, en que el incidente de imposibilidad plantea como pretensión incidental la imposibilidad de ejecutar la sentencia con el único basamento de la tramitación de la aprobación inicial del Plan Especial y Estudio de Implantación; de ahí que el debate en la instancia se ha movido en ese campo y no puede ser alterado en la apelación. Una cosa es traer a colación en fase de apelación sentencias o resoluciones que demuestran la pérdida de objeto de la instancia y otra muy distinta traer resoluciones o sentencias posteriores o sobrevenidas que encierran un cambio de pretensión pues no puede dissociarse la imposibilidad de ejecución del fundamento normativo que la genera, siendo lo cierto que en todo caso, la imposibilidad de ejecución fue planteada por el Ayuntamiento de Siero de forma prematura.

3.5 En consecuencia, como señala STS de 26 de Octubre de 1.998, remota pero útil en cuanto resulta doctrina sobre apelación cuando el Supremo conocía de tales recursos, el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. Insiste el supremo en que el recurso de apelación no tiene por objeto reabrir el debate sobre la



adecuación jurídica del acto administrativo, sino revisar la Sentencia que se pronunció sobre ello, es decir, la depuración de un resultado procesal obtenido con anterioridad, por lo que el escrito de alegaciones del apelante ha de ser, precisamente, una crítica de la Sentencia impugnada con la que se fundamente la pretensión revocatoria que integra el proceso de apelación.

CUARTO.- *Sobre la potencialidad de los actos de tramitación de cambios de planeamiento*

4.1 En este punto, es llamativo que el Ayuntamiento de Siero podía y debía conocer que la tramitación de un plan no es causa de imposibilidad de ejecución pues precisamente al STC de 26 de enero de 2009 (rec.8673/2005); en ese caso el Ayuntamiento de Siero “solicitó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia que suspendiese la demolición de las obras declaradas ilegales y la ejecución de las sentencias «hasta que se apruebe la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Siero, actualmente en tramitación, que puede dar lugar a la legalización de lo ilegalmente construido, debido a los graves e irreparables perjuicios que se podrían irrogar en caso de su ejecución inmediata”, y afirmando el Tribunal Constitucional, con razonamientos plenamente válidos para el caso que nos ocupa que *« en efecto, tomando en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que, sólo de forma excepcional cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificada, cabe inexecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta. del mismo modo, tomando en consideración que había transcurrido un dilatado período de tiempo desde que alcanzó firmeza la orden judicial de demolición de la obra, tampoco cabe sostener, como se hace en la resolución impugnada, que frente a la exigencia constitucional de ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, cabe ponderarse, a los efectos de su inexecución, las consecuencias que para el condenado conllevaría el cumplimiento inmediato de una orden cuyo objeto es la restauración de la legalidad».* y finalmente añade: *“pues bien,*

tal como señala el ministerio fiscal, debe concluirse que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art.24.1 de la constitución española, en su vertiente de derecho a la ejecución de la resoluciones judiciales firmes en sus propios términos».

Por tanto, el auto apelado es impecable cuando razona que no cabe apreciar imposibilidad jurídica para ejecutar la sentencia derivada de la tramitación de una modificación de planeamiento. Así asumimos plenamente lo dicho en el Fundamento de Derecho Quinto del Auto recurrido: *“Ahora bien, la mera apertura del período de información pública, una vez aprobado inicialmente el Plan Especial y el Estudio de implantación, no es suficiente para entrar a valorar si concurre la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia. Ya que actualmente ni se ha aprobado definitivamente el Plan Especial ni el Estudio de Implantación, ni por tanto se ha instado la legalización de la construcción/usos”.*

4.2 En esas condiciones en que la labor del incidente de ejecución es cotejar la normativa vigente al tiempo del mismo con las consecuencias del acto invalidado por sentencia, no cabía apreciar imposibilidad de ejecución alguna. Y por ello, ni el Juzgado ni la Sala pueden abordar la cuestión de fondo de la incidencia de la modificación definitiva ni de la licencia de legalización pues no olvidemos que la economía procesal es un principio que no autoriza a esquivar el derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente del derecho a la ejecución de sentencias.

4.3 Nada impide que el Ayuntamiento de Siero si cree que hay mérito para ello plantee nuevamente la imposibilidad de ejecución con anclaje en una norma vigente al tiempo de promoverlo, cuyo desenlace no debemos prejuzgar pues se trataría de un nuevo incidente con su dinámica y garantías que le son propios ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, tal y como certeramente apunta el auto impugnado, in fine: *“ Será en su caso, la resolución administrativa sobre legalización susceptible de control jurisdiccional al amparo de lo previsto en el artículo 105.2 y en ese momento será cuando proceda examinar la imposibilidad legal/nulidad del acto ”.*



Se imponen las costas al Ayuntamiento ya que estaba en condiciones de conocer la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la incidencia de las modificaciones de planeamiento en trámite, y no abrigaba dudas serias de derecho, si bien las limitamos a 1.000 euros.

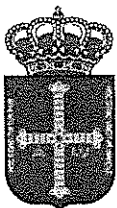
Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso de apelación formulado por el Ayuntamiento de Siero contra el Auto de 31 de julio de 2018, que rechaza declarar la imposibilidad de ejecutar la sentencia firme dictada en el P.O.127/2016.

Con imposición de costas a la parte apelante, con el límite establecido en el Fundamento de Derecho quinto de esta sentencia.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si se denuncia infracción de legislación estatal o por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia si lo es por legislación autonómica. Dicho recurso deberá prepararse ante esta Sección en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de su notificación, debiendo tenerse en cuenta respecto del escrito de preparación de los que se planteen ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo los criterios orientadores previstos en el Apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máximo y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE número 162 de julio de 2016).



PRINCIPADO DE
ASTURIAS

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.