



Roj: **STSJ AND 2341/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:2341**

Id Cendoj: **18087330042023100149**

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

Sede: **Granada**

Sección: **4**

Fecha: **23/03/2023**

Nº de Recurso: **61/2023**

Nº de Resolución: **608/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RICARDO ESTEVEZ GOYTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

ROLLO DE APELACIÓN NÚM. 61/2023

SENTENCIA NÚM. 608 DE 2.023

Ilma. Sra. Presidenta:

D^a Beatriz Galindo Sacristán

Ilmo/a. Sr/ra. Magistrado/a:

D. Silvestre Martínez García

D. Ricardo Estevez Goytre

En Granada, a veintitrés de marzo de dos mil veintitrés.

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, se ha tramitado el recurso de Apelación número **61/2023** dimanante de la Pieza de Ejecución de Título Judicial 1009.4/2015, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Granada; siendo parte apelante D^a **Brigida**, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Enriqueta Sánchez Vallecillos y asistida de Letrado, y apelada el **AYUNTAMIENTO DE GRANADA**, representado y asistido por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, y D. **Geronimo**, representado por la Procuradora D^a Liliana Bustamante Sánchez y asistida de Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela el Auto de fecha 25 de octubre de 2022, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los de Granada, recaído en la Pieza de Ejecución de Título Judicial 1009.4/2015, por el que se acordó:

" *SE ESTIMA la excepción de falta de legitimación activa de la codemandada D^a Brigida para promover el incidente de imposibilidad de ejecución de sentencia.* "

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- El Ayuntamiento de Granada manifestó, mediante escrito de fecha 29 de noviembre de 2022, no mostrar oposición al recurso de apelación.



QUINTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo para el día 16 de marzo de 2023; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia. Actuó como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Ricardo Estévez Goytre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Del Auto apelado.*

El Auto apelado, tras transcribir el art. 105 LJCA, considera que "Es claro que el legitimado activamente para promover el incidente es el órgano encargado de la ejecución de la sentencia y en ningún caso el codemandado, por tanto que procede estimar la excepción de falta de legitimación activa de la representación de Doña Brigida para promover el incidente".

Interesa señalar que la sentencia a que se refiere el incidente (sentencia nº 23/2017, de 6 de febrero) estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Granada de concesión de licencia de obras nº NUM000 para ampliación de vivienda ubicada en c/ DIRECCION000 nº NUM001 de Granada, anulándolo por no ser conforme a Derecho.

SEGUNDO.- *Alegaciones de las partes.*

a) De la parte apelante.

Alega la parte apelante que ante la inacción de la Administración demandada y los graves perjuicios que la misma le suponían, promovió en su lugar incidente por concurrir una causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, al amparo del art. 109.1, en relación con el 105.1, de la Ley Jurisdiccional, lo que obedecía al advenimiento de un cambio normativo que permitía legalizar el torreón por ella construido al amparo de la licencia que había sido anulada por la referida sentencia, y no tener que proceder a su demolición; consistiendo dicho cambio normativo en la "Innovación del PEPRI Albaicín en la c/ DIRECCION000 , NUM001 (Expte. nº NUM002 ", aprobada definitivamente por acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Granada en sesión celebrada el 24 de septiembre de 2021 (B.O.P. nº 24, de 4 de febrero de 2022).

Considera la apelante que el Auto apelado incurre en incongruencia omisiva por cuanto, sin pronunciarse sobre las alegaciones formuladas en oposición a la excepción de falta de legitimación, cuya existencia ignora por completo, admite ésta prácticamente de plano. Alegaciones que tenían carácter sustancial, en la medida que justificaban su legitimación para promover el incidente por razón de las particulares circunstancias concurrentes según lo declarado por una doctrina jurisprudencial consolidada, frente a la dicción literal del art. 105 LJCA, lo que hacía imprescindible una respuesta explícita y pormenorizada a dichas alegaciones, no bastando aquella respuesta global o genérica admisible en el común de los supuestos, que en este caso ni siquiera ha existido.

Incongruencia omisiva que condice al error in iudicando, al ceñirse la Juzgadora a quo a la mera literalidad del precepto e ignorar las especiales circunstancias concurrentes; concretamente que fue precisamente la desidia mostrada por la Administración demandada en promover el incidente, que persiste al día de hoy, la que le obligó a hacerlo en su lugar, tal y como se argumentó detalladamente en el escrito por el que se instó el mismo.

Fundamenta su pretensión estimatoria del recurso de apelación en las SSTS de 12 de diciembre de 2013 (recurso de casación 544/2013) y 28 de marzo de 2014.

b) De la parte apelada.

La representación procesal del Ayuntamiento de Granada no se opone al recurso de apelación, solicitando se dicte sentencia que proceda en Derecho.

La representación de D. Geronimo se opone al recurso de apelación alegando que, ante la reiterada solicitud de la Sra. Brigida al Ayuntamiento de Granada para que promueva incidente de imposibilidad legal de ejecución de la sentencia firme, la Administración le ha respondido que debe demoler lo ilegalmente construido, mandato que no ha realizado ni parece que esta sea su intención, y reconoce también que el Ayuntamiento de Granada ha dictado una resolución de fecha 14 de abril de 2022 acordando la continuación del procedimiento de ejecución subsidiaria de demolición del torreón, pues ella no ha demolido el ilegal torreón como era su obligación en virtud de la sentencia dictada en el procedimiento del que dimana este incidente; y en tal sentido le fue ordenado por el Ayuntamiento en el Decreto de 9 de mayo de 2019, por lo que ante su pasividad se dictó un nuevo Decreto de fecha 1 de abril de 2022 del Concejal de **Urbanismo** y Obra Pública. Fundamentando su oposición en el art.



105 de la Ley Jurisdiccional y en la jurisprudencia (STS de 9 de abril de 2008, STSJ de Madrid de 22 de mayo de 2019 y STS de 28 de marzo de 2014).

A dicho motivo de oposición añade la extemporaneidad en la interposición del incidente de ejecución de sentencia, que se ha planteado excediendo en varios años el plazo máximo de os meses establecido en el art. 105.2 LJCA. Y la inexistencia de cambio normativo alguno que ampare la no ejecución de la sentencia pues la Innovación del PEPRI Albaicín en Calle DIRECCION000 NUM001 fue recurrida por la apelada ante este Tribunal, encontrándose en la actualidad dicho recurso en trámite con el número 483/2022, y el aludido cambio normativo no puede legalizar el ilegal torreón que debía haber sido demolido hace ya varios años y que solo trata de evitar y burlar la ejecución de su demolición objeto de la sentencia firma, y por ello es una disposición nula de pleno derecho que constituye una reserva de dispensación en toda regla.

TERCERO.- Posición de la Sala: estimación del recurso de apelación.

No es cuestión discutida que la legitimación para promover el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia corresponde a la Administración. Así lo dispone el art. 105.2 LJCA, que establece que *" Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno."*

Ahora bien, dicho precepto ha de ser interpretado en el sentido en que lo hace la jurisprudencia. Así, la STS de 28 de marzo de 2014 (recurso de casación 849/2013), citada tanto por la parte apelante como por la apelada, señala que *" El planteamiento de la parte recurrida es conforme con la jurisprudencia en la que se declara, en efecto, que la petición de declaración de imposibilidad debe formularla la Administración a la que incumbe la ejecución de la sentencia -en este caso, la Xunta de Galicia-, sin que puedan hacerlo las demás partes en el proceso, si bien estas pueden instar a aquella administración a que lo solicite y solo ante su negativa o silencio podrán aquéllas dirigirse luego a la Sala sentenciadora. En este sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de esta Sala de 2 de junio de 2008 (casación 2415/06), 17 de noviembre de 2008 (casación 4285/05), 8 de octubre de 2008 (casación 5665/06) así como la que en esta última se citan de 26 de septiembre de 2006 (casación 8712/03), 9 de noviembre de 2006 (casación 7354/04), 24 de enero de 2007 (casación 140/04) y 9 de abril de 2008 (casación 6742/05)".*

Dicha doctrina, que ha sido reiterada en otras sentencias posteriores, como las de 24 de octubre de 2014 (recurso de casación 5239/2011) y de 29 de diciembre de 2015 (recurso de casación 4179/2014), ha sido también aplicada por esta misma Sala en sentencia de 21 de diciembre de 2016 (recurso de apelación 931/2016, Sección Primera), en la que se decía que *" El auto recurrido niega legitimación a la promotora del incidente porque, dice, "... la posibilidad de alegar imposibilidad de ejecutar se concede por dicho artículo Administración obligada...". Pues bien, el primero de los motivos aducidos por la parte apelante claudica y, con él, el presente recurso de apelación, ya que acierta la Juez a quo cuando le niega legitimación para promover el incidente de inejecución de sentencia, posibilidad que, a tenor de la esclarecida jurisprudencia de que hemos hecho mérito, solamente podía ser agible si, previamente, la parte se hubiera dirigido a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía en solicitud de que el órgano encargado de la ejecución de la sentencia formulara la pretensión de inejecución al órgano jurisdiccional, lo que, en el caso enjuiciado, no ha sucedido, dado que Doña Juana se dirigió, directamente, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de los de Almería pidiendo que se declarase la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia 216/2015, de 14 de abril de 2015 , recaída en el recurso contencioso-administrativo número 455/2010."*

Y más recientemente se han pronunciado, en ese mismo sentido, las SSTSJ de Asturias de 14 de marzo de 2017 (recurso de apelación 23/2017) y de Canarias de 4 de febrero de 2021 (recurso de apelación 172/2020).

Extrapolando la anterior doctrina al caso aquí examinado, la parte apelante alega que el 25 de abril de 2022 presentó sendos escritos ante el Ayuntamiento demandado solicitándole la promoción inmediata de un incidente judicial para instar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia por razón de la referida Innovación, y así consta en la documental aportada al incidente por dicha parte, donde se solicitó al Concejal Delegado de **Urbanismo** y Obras Públicas que *" disponga: a) la promoción inmediata alte el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número Dos de Granada, de incidente para que el mismo declare la imposibilidad de ejecutar la Sentencia nº 23/2017, de 6 de febrero de 2017 , por concurrir causa legal fundada en la referida "Innovación de PEPRI Albaicín en c/ DIRECCION000 , NUM001 (Expte. nº NUM002)"; y b) (...) "*

Nos encontramos, por tanto, ante la excepción que la jurisprudencia contempla a la regla general que consiste en que únicamente está legitimada para promover el incidente de imposibilidad de ejecución de la sentencia



la Administración demandada; siendo así que, como dice la parte apelante, el Auto apelado no considera ni se pronuncia sobre dicha alegación, por lo que, sin necesidad de efectuar pronunciamiento de analizar los restantes motivos que fundamentan la oposición a la apelación (extemporaneidad del incidente de ejecución e inexistencia de cambio normativo alguno que ampare la no ejecución de la sentencia), pues el recurso de apelación tiene por objeto el Auto que declara la falta de legitimación activa para promover el incidente de imposibilidad de ejecución de sentencia; excediendo claramente dichos motivos del objeto de este recurso, entendemos que el recurso de apelación ha de ser estimado.

CUARTO.- Procede, en consecuencia, estimar el recurso de apelación. En cuanto a las costas de esta instancia, en aplicación del art. 139 de la Ley Jurisdiccional no procede su imposición.

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

FALLAMOS:

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Brigida contra el Auto de 25 de octubre de 2022, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de los de Granada, que revocamos y queda sin efecto. En consecuencia, se desestima la excepción de falta de legitimación activa planteada por la representación procesal de la parte codemandada.

Sin costas.

Intégrese la presente sentencia en el libro de su clase, y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la misma, al Juzgado de procedencia, para su notificación y ejecución, interesándole acuse recibo.

Notifíquese la presente resolución a las partes, con las prevenciones del artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, limitado exclusivamente a las cuestiones de derecho, siempre y cuando el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, y hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Para la admisión del recurso será necesario que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, de conformidad con los criterios expuestos en el art. 88.2 y 3 de la LJCA. El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido, y seguirá el cauce procesal descrito por los arts. 89 y siguientes de la LJCA. En iguales términos y plazos podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

El recurso de casación deberá acompañar la copia del resguardo del ingreso en la Cuenta de Consignaciones núm.: 1749000024006123, del depósito para recurrir por cuantía de 50 euros, de conformidad a lo dispuesto en la D.A. 15^a de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5º de la Disposición Adicional Decimoquinta de dicha norma o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita.

En caso de pago por transferencia se emitirá la misma a la cuenta bancaria de 20 dígitos: IBAN ES5500493569920005001274.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."