

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33010280
NIG: 28.079.00.3-2016/0007681

RECURSO DE APELACIÓN 152/2018

SENTENCIA NÚMERO 147
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Ilustrísimos señores:

Presidente.

D. José Daniel Sanz Heredero

Magistrados:

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a María Soledad Gamo Serrano

D^a. Natalia de la Iglesia Vicente

En la Villa de Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos de recurso de apelación número 152/2018, interpuesto por la mercantil [REDACTED] representada por el Procurador D. [REDACTED] contra la Sentencia dictada el 29 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. de 31 los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 146/2016. Ha sido parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MAJADAHONDA, representado por Letrado la Corporación Local.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la Sentencia que ha quedado descrita en el encabezamiento de la presente resolución, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del recurrente, en el plazo de los quince días siguientes, que fue admitido en ambos efectos por diligencia de ordenación en la que también se acordó dar traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, pudieran formalizar su oposición.

SEGUNDO.- Formuladas alegaciones por la parte apelada, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a la Sala de lo Contencioso-administrativo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones se acordó dar a los autos el trámite previsto en los artículos 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; señalándose para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 21 de febrero de 2019, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

VISTOS.- Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Daniel Sanz Heredero.

FUNDAMENTO DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la Sentencia dictada el 29 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. de 31 los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 146/2016, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la aquí apelante contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Majadahonda 173/2016, de 10 de febrero de 2016, Expediente 44/2014DU, que resolvió desestimar el recurso de reposición contra la Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo, Mantenimiento de la Ciudad y Vivienda, de 19 de noviembre de 2015, por la que se vino a denegar la legalización de las obras

consistentes en acondicionamiento de local para gimnasio situado en el [REDACTED]

en la [REDACTED]

La denegación se realiza, según expresamente se refleja en la última de las resoluciones citadas, de acuerdo con los informes técnicos de 19 de octubre y de 5 de noviembre de 2015, según los cuales *“no precede otorgar la legalización de las obras del local, ya que éstas no coinciden con la legalización de la obra mayor, todavía en tramitación, modificativa de las zonas comunes e instalaciones. Además, las obras de acondicionamiento del local se han ejecutado para la implantación de un gimnasio, actividad que da lugar a un uso deportivo, dotacional. De acuerdo con el informe técnico de 5 de noviembre de 2015, el Plan Parcial de aplicación establece que los usos permitidos son terciario-comercial exclusivamente”*.

La entidad apelante se muestra disconforme con los criterios expuestos en la sentencia apelada por lo que solicita su revocación. A tal efecto argumenta, en síntesis, que; (i) Que la Sentencia apelada no cumple con las exigencias de motivación del artículo 24.1 y 120.3 de la Constitución. En ella no se da razonamiento jurídico alguno, ni existe alusión a los hechos que nos ocupan, causando indefensión a la recurrente. El Juzgador no entra en la verdadera exposición de los hechos que consta en el Informe del Perito D. [REDACTED] haciendo caso omiso a sus conclusiones, recordando que ni siquiera dicho Perito fue impugnado por la representación procesal del Ayuntamiento de Majadahonda. En este sentido, invoca la violación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva en su sentido de vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, volviendo a recordar que el informe elaborado por el indicado Perito no fue impugnado por la contraparte, ni ésta presentó un segundo informe que lo rebatiera; (ii) Se muestra contrario a la afirmación contenida en la Sentencia apelada de que la recurrente no hizo ningún tipo de consulta previa vinculante para asegurarse de la legalidad del fin perseguido. Sostiene que existió una consulta previa vinculante al Ayuntamiento de Majadahonda, a través del Concejal de urbanismo y que fue positivamente informada del uso como gimnasio; (iii) Señala que ha sido la Sentencia apelada, y no el Informe Pericial aportado, la que ha incurrido en errores ostensibles y notorios en aplicación de la ciencia urbanística al caso planteado. En concreto sostiene que: a) El Plan Parcial *“Los Negrillos”*, donde se ubica el Centro Comercial ‘[REDACTED]’, es anterior al Plan General de 1998. No obstante, la ficha 16 del Plan General se incorporó al Plan Parcial, por lo que dicha ficha rige el desarrollo y los usos del mismo. Por tanto, lo que hubiera antes de la Ficha núm. 16 ya no rige para el Plan Parcial, no cabiendo

decir que el uso de la parcela es exclusivamente comercial terciario, sino equipamiento, como se grafía en la citada Ficha; b) El uso deportivo entiende que está incluido en el uso dotacional. La Ficha 16 establece el uso dotacional como equipamiento de 25.000 m² de edificabilidad, repartidos entre 12.000 m² para “*Equipamiento vario*” y 13.000 m² para “*Escolar*”; c) Por no existir en la Sección 22^a la regulación de los usos incompatibles, quiere decirse que al no prohibirse ninguno en la citada Ficha 16 –a excepción del hostelero-, estableciendo los usos posibles, se permite a los demás su implantación, si bien dentro de cada parcela de uso pormenorizado con carácter compatible, coexistiendo con él. Es decir, en cada parcela del Plan Parcial existe un uso pormenorizado, no exclusivo y excluyente, que obviamente debe respetarse, y ello sin perjuicio de implantar otros usos o actividades compatibles con el mismo. Esto impide que pueda implantarse en toda la parcela un uso que no es el pormenorizado para ella, lo que no sería permitido; d) Con independencia de la calificación de uso dotacional que se establece en el escrito de demanda, puede entenderse que la actividad de gimnasio se encuentra englobada en el uso terciario comercial con finalidad de prestar un servicio público, que encuentra su encaje en el artículo 157 de las Normas Urbanísticas del Plan Parcial; y e) El expediente 23/15 no incluye las obras de zonas comunes e instalaciones del centro comercial, que son objeto de un expediente de legalización distinto, tal como se dice en el Decreto resolviendo el recurso de reposición.

Por el contrario, el Ayuntamiento de Majadahonda se muestra enteramente conforme con la Sentencia apelada, por lo que solicita su confirmación.

SEGUNDO.- Examinados los razonamientos jurídicos contenidos en la Sentencia apelada, así como las alegaciones y pretensiones formuladas por ambas partes ante esta segunda instancia, procederá comenzar nuestro examen por alegada falta de motivación de la Sentencia apelada y su relación con la valoración que según la apelante debía aquella contener en relación con el Informe Pericial por dicha parte aportado.

Es bien sabido, que una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es la necesidad de motivación de las sentencias y autos judiciales (arts. 120.3 CE, 248 LOPJ, 208.2 y 218 de la LEC), la cual debe entenderse, no de una manera formularia, sino como efectiva fundamentación razonada de todas las cuestiones que la resolución decide, sean de hecho o de derecho (SS TC 11 julio 1983, 5 febrero 1987, 1 octubre 1990, 3 junio 1991, 25 marzo 1996, 29 mayo 2000 y 4 junio 2001), debiendo exteriorizarse el proceso lógico-jurídico que sirve de soporte a la decisión judicial. Este

imperativo de motivación de determinadas resoluciones judiciales aparece así vinculado a la efectividad de derechos fundamentales contemplados en el artículo 24 de la Constitución Española, como son: 1º) el ya mencionado de tutela judicial, que conlleva la necesidad de dar una respuesta motivada a cuantas cuestiones se suscitan en el procedimiento exenta de arbitrariedad; y 2º) el derecho a un proceso con todas las garantías, que supone la posibilidad de defenderse frente a la resolución en vía de recurso, conociendo con plenitud su fundamento y la *“ratio decidendi”* que ha llevado al Juez a dictar su fallo. Consecuencia de ello, es que la obligación de motivar las sentencias y autos constituye un requisito esencial que afecta a la validez intrínseca de la resolución judicial.

En el caso que aquí nos ocupa, la razón que lleva al Juzgador de la instancia a desestimar el recurso contencioso-administrativo origen de las presentes actuaciones se contiene en el FJ 3º en el que, tras recordar que según la LEC *“los dictámenes técnicos de parte tienen el carácter de prueba pericial y que como tales deben ser valorados sin posicionamientos apriorísticos negativos, sin duda contrarios a la regla general que rige la valoración de la prueba pericial, a saber, de la sana crítica”* y de poner de relieve *“el cambio de postura experimentado por la recurrente”*, acomete el análisis de la postura defendida por la actora, sustentada en el Informe Pericial por ella aportado, señalando que la misma incurre en una serie de errores, que se especifican en el propio fundamento jurídico.

Pues bien, si se lee atentamente lo razonado por la Ilma. Magistrada de Instancia podrá claramente advertirse cuales son los concretos razonamientos que llevan a la misma a concluir en la desestimación del recurso contencioso-administrativo con lo que, a juicio de la Sala, queda colmado el deber de motivación. Cuestión distinta es si los razonamientos y conclusión alcanzados resultan o no ser conformes a Derecho, cuestión que examinaremos en el fundamento jurídico siguiente.

No obstante, ante las referencias que el apelante hace al contenido del Informe Pericial por ella presentado, conviene aquí recordar la doctrina jurisprudencial que a continuación se refleja: (i) STS 4-7-2016, rec. 416/2015: *“...no existe un derecho subjetivo de la parte a que el Tribunal sentenciador acoja las conclusiones de los dictámenes periciales que le favorezcan, y al tiempo descarte los que sean contradictorios con aquéllos, ni tampoco cabe poner en tela de juicio la decisión judicial de mostrar preferencia hacia un dictamen, por estimarlo más convincente en sus conclusiones y en las motivaciones y argumentos que llevan hasta ellas, en detrimento de otros ---o de otras pruebas--- que conduzcan a conclusiones distintas, siempre que la decisión de optar por uno y otro no sea*

fruto del puro arbitrio, sino el resultado de una valoración conforme con las reglas de la sana crítica , que aquí no cabe discutir”. (ii) STS 22-6-2016, rec. 2879/2015: “es necesario distinguir lo que es realmente objeto de la pericia -conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos (artículo 335.1 LEC) - de lo que son opiniones de los peritos sobre cuestiones jurídicas, materia excluida de dicha prueba, que es de la competencia exclusiva de los tribunales”; (iii) STS 31-3-2016, rec. 1985/2014: “No está de más recordar, en relación con la vulneración que se aduce, que el hecho de que el tribunal se aparte del contenido de una prueba pericial no implica interpretación arbitraria o ilógica de la misma. El órgano judicial debe valorar los medios de prueba conforme a las reglas fijadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero ello no implica que debe asumir in toto el contenido del dictamen correspondiente, pues ello determinaría un carácter vinculante del mismo contrario a lo que dispone el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se afirma que el tribunal valorará esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica , por lo que es posible apartarse de ella y no asumir su contenido cuando considere que la razón de ciencia proporcionada, el método o la fuerza de convicción de sus razonamientos no le resulten convincentes”; y (iv) STS 16-3-2016, rec. 3415/2014: “En efecto, como hemos señalado repetidamente (por todas, STS de 8 de marzo de 2013, recurso de casación nº 7139 / 2010), el que una sentencia, al valorar la prueba, comparta o no las conclusiones de los dictámenes periciales o se decante por la opinión de unos sobre otros contradictorios, aparte de no ser infrecuente, constituye la manifestación más genuina de la libre apreciación por la Sala de instancia según las reglas de la sana crítica , que rige explícitamente para valorar la prueba pericial (artículo 348 de la LEC). Como hemos declarado en reiteradas ocasiones -véanse, por todas, las sentencias de esta Sala y Sección de 24 de octubre (casación 2312/96, FJ 3 º), y 21 de noviembre de 2000 (casación 2930/96, FJ 10º)- para que pueda acogerse un motivo encaminado a poner en entredicho la valoración de la prueba, no basta con sostener que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser más acertado o ajustado al contenido real de los hechos, sino que resulta necesario demostrar que la valoración realizada es arbitraria, irrazonable o conduce a resultados inverosímiles. Y desde luego, la simple tacha de arbitrariedad o irrazonabilidad en la apreciación de la prueba no abre la puerta a su reexamen en casación. Si esto es así ante dictámenes periciales contradictorios o negados en su valor probatorio por el Tribunal sentenciador, con mayor razón aún será inviable la atribución de

arbitrariedad cuando aquél ha seguido con naturalidad las conclusiones técnicas emitidas con tanta claridad”.

Esto es, en definitiva: (i) la parte recurrente tiene un derecho subjetivo a que el Tribunal sentenciador acoja las conclusiones de los dictámenes periciales que le favorezcan; y (ii) las cuestiones jurídicas quedan excluidas de la prueba pericial dado que su interpretación es competencia exclusiva de los Tribunales.

Por tanto, de cuanto antecede, se desprende la desestimación del motivo de impugnación examinado.

TERCERO.- Dicho lo anterior, procede que pasemos a examinar la segunda de las alegaciones impugnatorias formuladas por la apelante al mostrarse contraria a la afirmación contenida en la Sentencia apelada de que la recurrente no hizo ningún tipo de consulta previa vinculante para asegurarse de la legalidad del fin perseguido; sosteniendo, por el contrario, que existió una consulta previa vinculante al Ayuntamiento de Majadahonda, a través del Concejal de urbanismo y que fue positivamente informada del uso como gimnasio.

En relación con la alegación de la actora de que hubo una consulta urbanística la Sentencia apelada, en su FJ 2º, refiere que “ *... con independencia del informe favorable condicionado emitido en el expediente y las conversaciones mantenidas por la recurrente con dicho técnico y con el Concejal responsable del Área de Urbanismo, no se ha acreditado que se haya cursado formalmente ninguna consulta previa sobre los usos que la interesada deseaba implantar, lo que está en consonancia con el emprendimiento de obras careciendo de la preceptiva autorización”.*

Pues bien, además de la circunstancia de que las obras cuestionadas fueron llevadas a cabo en su totalidad por la recurrente sin la preceptiva habilitación urbanística, como tan acertadamente pone de relieve la Juzgadora de la instancia, es lo cierto que ni la recurrente formalizó documentalmente consulta urbanística alguna en relación con los posibles usos urbanísticos (ni antes ni después de la ejecución de las obras), ni puede tildarse de contestación a una eventual consulta urbanística ni los eventuales informes técnicos que pudieran haber sido emitidos por los técnicos municipales en un expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística, ni cabe tampoco atribuir tal cualidad a eventuales opiniones que al respecto hubiera podido emitir un Concejal en conversaciones (formales o informales) que hubiera mantenido con la interesada.

En definitiva, ni hubo consulta urbanística debidamente formalizada, ni por supuesto tampoco hubo contestación y, menos aún, con valor jurídico eventualmente invocable ante los órganos judiciales.

En consecuencia, el motivo de impugnación examinado debe desestimarse.

CUARTO.- Procede que a continuación abordemos la cuestión de fondo controvertida, que esencialmente versa sobre si resulta factible la implantación por la recurrente-apelante de un gimnasio en el [REDACTED] de Majadahonda.

La resolución administrativa impugnada, que denegó la legalización pretendida por la recurrente, sostiene una postura negativa a tal posibilidad al argumentar que dicha actividad da lugar a un uso deportivo dotacional, siendo así que el Plan Parcial “[REDACTED]” establece que los usos permitidos sobre la parcela donde se ubica el Centro Comercial son exclusivamente el uso terciario-comercial.

La parte actora, que en su escrito de demanda parte de la premisa, al igual que el Ayuntamiento, de que la actividad de gimnasio debe ser encuadrada dentro del uso dotacional deportivo, sostiene que sobre la parcela en cuestión son admisibles los usos pormenorizados residencial, terciario y dotacional, que son permitidos como compatibles entre sí; negando así que el Plan Parcial “[REDACTED]” establezca como único y exclusivo uso el terciario-comercial.

Para amparar la tesis defendida presentó un informe pericial emitido por D. [REDACTED], acompañado con el escrito de demanda, en el que se parte de la premisa de que el Plan Parcial “[REDACTED]”, aprobado definitivamente el 26 de noviembre de 1997, es un área remitida a planeamiento posterior del PGOU de Majadahonda de 1998, por lo que *“las condiciones de su desarrollo son las establecidas en dicho Plan Parcial, y, concretamente, en la ficha 16 “Condiciones de Desarrollo del Área””* (Conclusión primera del Informe).

A continuación, el Perito refiere que los *“usos pormenorizados”* del citado Plan Parcial son *“el residencial, terciario y dotacional, excluyendo el industrial, y prohíbe expresamente como incompatible el de hostelería, remitiendo la incompatibilidad para resto de usos a la “Ordenanza Municipal” correspondiente”* (Conclusión segunda del Informe).

Conclusión la anterior que deriva el Perito del contenido de la ficha 16 de *“Condiciones de Desarrollo del Área. Clase de suelo Urbanizable 1º Cuatrienio”*, contenida en el PGOU de 1998, en la contempla expresamente el uso residencial (117763 m2),

terciario (7.989 m²) y dotaciones /25.000 m²). Poniendo de relieve que en el apartado “OBSERVACIONES” se establece como “USOS INCOMPATIBLES” el “HOSTELERO” y “RESTO DE USOS: DE ACUERDO CON ORDENANZA MUNICIPAL”.

Y como quiera, según el Sr. Perito, que en las Normas Urbanísticas del PGOU de 1998 no existe norma zonal para el suelo urbanizable sino solamente la regulación del “*Uso de Servicios Terciarios*” en su Sección 22^a, que no contempla los usos compatibles, concluye que la remisión efectuada por la ficha 16 “*para la incompatibilidad del resto de usos carece de sentido*” (Conclusión tercera del Informe).

Atribuyendo el Sr. Perito a la referida ficha 16 “*la regulación completa de los usos posibles, entre los que permite el residencial, terciario y dotacional, excluyendo el industria*” (Conclusión cuarta del Informe), y dado que en la Sección 22^a no contiene la regulación de los incompatibles, deduce que al no prohibir ninguno la citada ficha 16, a excepción del hotelero, “*se permite a los demás su implantación, si bien dentro de cada parcela de uso pormenorizado con carácter compatible, coexistiendo con él*” (Conclusión quinta del Informe).

A todo ello añade que ni en el Plan Parcial “[REDACTED]” ni en la ficha 16 se establece que el uso terciario sea exclusivo en la parcela donde se ubica el Centro Comercial, “*ya que ni siquiera hace referencia a un uso característico de todo el sector de ordenación, sino a los usos pormenorizados: residencial, terciario y dotacional, que se permiten como compatibles entre ellos*” (Conclusión sexta del Informe).

QUINTO.- Pues bien, en atención a la concreta argumentación aducida por la parte recurrente en la instancia, reproducida en esta alzada, resulta conveniente poner de relieve que entre las “*Áreas Remetidas a Planeamiento Posterior*” contempladas en el PGOU de Majadahonda de 1998 se encuentra la denominada “[REDACTED]”, cuya ficha 16 “*Condiciones de Desarrollo del Área*” contempla como clase de suelo el “*Urbanizable 1º Cuatrienio*” y como figura de planeamiento la de Plan Parcial, estableciendo como sistema de ejecución el de cooperación, contemplando como usos globales el residencial, terciario y dotacional, declarando como uso incompatible el hostelero y el resto de usos de acuerdo con ordenación municipal.

Pues bien, lo primero que cabe aclarar, saliendo al paso de la argumentación aducida por la parte recurrente, es que en relación con el suelo urbanizable el Plan General contiene una regulación genérica de los diferentes usos globales (artículo 11.2 del TRLS de 1976).

Por el contrario, la asignación de los usos pormenorizados se lleva a cabo en el Plan Parcial (13.2.b) TRLS de 1976).

En este sentido, la ficha 16 del PGOU de 1998 contempla como usos globales el residencial, terciario y dotacional, excluyendo el industrial, y prohibiendo expresamente como incompatible el de hostelería.

Por tanto, para determinar el uso pormenorizado habrá de acudirse al Plan Parcial [REDACTED], en el que para la parcela donde se ubica el Centro Comercial contempla como uso el comercial terciario.

La parte recurrente-apelante sostiene, por el contrario, que la conjunción del Plan Parcial con las determinaciones contenidas en la ficha 16 del PGOU de 1998 se concluye que los “*usos pormenorizados*” del citado Plan Parcial son el residencial, terciario (con prohibición del hostelero) y dotacional, excluyendo el industrial, y que como quiera que la Sección 22ª de las NN.UU. del PGOU de 1998 no contiene la regulación de los usos incompatibles, deduce que al no prohibir ninguno la citada ficha 16, a excepción del hotelero, se está permitiendo la implantación de los demás usos, si bien dentro de cada parcela de uso pormenorizado con carácter compatible, coexistiendo con él.

Dicha tesis, que consiste en transformar los “*usos globales*”, determinados y contemplados en la ficha 16 del PGOU de 1998, en “*usos pormenorizados*” de modo tal que resultan ser “*compatibles*” entre sí en cada una de las parcelas contempladas en el Plan Parcial [REDACTED], carece de toda cobertura jurídica, tanto a nivel normativo como a nivel de planeamiento.

En efecto, no existe ni el más mínimo indicio de que el Plan General y el de desarrollo contemplasen como compatibles, en cada una de las parcelas, los usos residencial, terciario y dotacional.

Ya hemos indicado que los “*usos pormenorizados*” para cada una de las parcelas del Plan Parcial vienen establecidos en el propio Plan Parcial y solo en éste. Y en el Plan Parcial que nos ocupa, pese al esfuerzo dialéctico llevado a cabo por la parte recurrente, tan solo contempla como uso de la parcela que nos ocupa el “*terciario recreativo*”; sin que al respecto se establezca compatibilidad alguna con cualquiera de los usos “*globales*” permitidos para el área correspondiente por el Plan General. Para la eventual compatibilidad de cualesquiera usos en cada parcela o, al menos, en la parcela cuestionada, debería de haber sido así expresamente previsto.

En consecuencia, debemos llegar a la conclusión de que la implantación de la actividad de gimnasio, como uso dotacional, en el Centro Comercial no resulta admisible.

En todo caso, a efectos meramente dialécticos, si se partiera de la premisa de la compatibilidad en la parcela cuestionada del uso terciario comercial con el resto de los usos admitidos, con carácter “global”, por el PGOU tampoco se llegaría a la conclusión pretendida por la recurrente. En efecto, adviértase como la ficha 16 al contemplar el uso dotacional no le asigna aprovechamiento alguno por lo que, necesariamente, habrá de concluirse, como aduce la Administración demandada, que el equipamiento dotacional contemplado por el PGOU para el ámbito de [REDACTED] es en su totalidad de titularidad pública. Si ello es así, siendo evidente que el uso dotacional pretendido por la recurrente es de titularidad privada, habría necesariamente llegarse a la conclusión de que dicho uso dotacional privado no es de los admitidos en el ámbito o área de [REDACTED].

SEXTO.- Entre las alegaciones formuladas ante esta segunda instancia por la apelante se encuentra la referida a que, con independencia de la calificación de uso dotacional que se establece en el escrito de demanda, puede entenderse que la actividad de gimnasio se encuentra englobada en el uso terciario comercial con finalidad de prestar un servicio público (artículo 157 de las Normas Urbanísticas del Plan Parcial).

A efectos de dar la oportuna respuesta a la citada alegación conviene tener presente que, como es bien sabido, el recurso de apelación tiene por objeto depurar el resultado procesal obtenido con anterioridad y el recurrente tiene la carga de fundamentar el recurso de apelación. El recurso de apelación no supone un *novum iudicium*, sino una *revisio prioris instantiae*, por lo que al formularse no se puede variar, por tanto, ni la pretensión originariamente ejercitada ni la causa petendi de la pretensión. Es por ello que no se admiten en la segunda instancia nuevas pretensiones, como tampoco son admisibles la alegación de motivos de impugnación formulados *ex novo*.

En definitiva, en el recurso de apelación las propias pretensiones de las partes se encuentran limitadas, ya que el recurso no se plantea como una repetición o renovación de la primera instancia, como un nuevo juicio, sino como una revisión de lo resuelto, basada en un sistema de apelación limitada, no plena, en la que se trata de examinar si el resultado alcanzado es o no ajustado a derecho, y en la que queda excluido el examen de cuestiones nuevas. Es por ello que el artículo 456.1 de la LEC señala que: “*En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las*

pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación”.

Pues bien, en el caso presente, la tesis sustentada por la recurrente en la instancia partía de una premisa básica: la actividad de gimnasio debe ser encuadrable dentro del uso dotacional deportivo, y a partir de dicha consideración construyó toda su argumentación jurídica.

Por tanto, cuando con ocasión el recurso de apelación que nos ocupa, la parte recurrente-apelante aduce que la actividad de gimnasio se encuentra englobada en el uso terciario comercial con finalidad de prestar un servicio público, es evidente, a juicio de la Sala, que se está modificando la base jurídica en la que la actora sustentaba su relato, argumentación y pretensión, con vulneración evidente de la doctrina acabada de exponer, de que al formularse el recurso de apelación no se puede variar los hechos y fundamentos jurídicos sustentadores de la pretensión formulada en la primera instancia.

En consecuencia, no podemos ahora, en esta alzada, entrar a valorar y examinar la alegación que “*ex novo*” aduce la parte.

SÉPTIMO.- En consecuencia, de cuanto antecede se desprende la procedencia de desestimar el recurso de apelación y, de conformidad con el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede imponer al apelante las costas causadas en esta alzada, con el límite (artículo 139.4 LJCA) de 1.500 € en cuanto a la minuta de honorarios del Letrado de la Administración apelada, atendida la complejidad del caso enjuiciado, el contenido de los escritos de oposición al recurso de apelación y la actividad desplegada en el presente recurso.

VISTOS.- Los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Que con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la mercantil [REDACTED] representada por el Procurador D. [REDACTED] contra la Sentencia dictada el 29 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo núm. de 31 los de Madrid, recaída en los autos de Procedimiento Ordinario núm. 146/2016, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS la citada Sentencia; y todo ello, con expresa imposición al apelante de las costas causadas, con la limitación establecida en el último fundamento jurídico.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, justificando el interés casacional objetivo que se pretenda.

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

D. José Daniel Sanz Heredero

D. José Ramón Chulvi Montaner

D^a María Soledad Gamo Serrano

D^a. Natalia de la Iglesia Vicente

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.