



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Sección Tercera

ROLLO DE APELACIÓN DE SENTENCIA nº 205/2015

Recurso contencioso-administrativo nº 110/2014

Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Girona

Parte apelante: E:

Parte apelada: Ayuntamiento de Girona

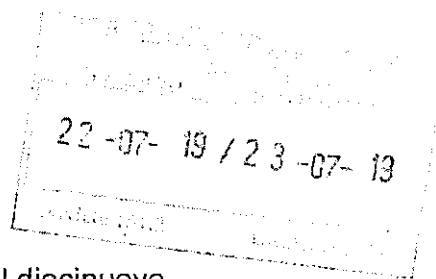
SENTENCIA núm. 614

Ilmos/a Sres/a Magistrados/a:

D. Manuel Táboas Bentanachs

Dña. Isabel Hernández Pascual

D. Héctor García Morago



Barcelona, veintiocho de junio de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el rollo apelación arriba expresado, seguido a instancia de D.





En su cualidad de parte apelante, representada por el procurador D. Albert Rambla Fàbregas; siendo parte apelada el Ayuntamiento de Girona, representado por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem.

En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma Sra. Magistrada Doña Isabel Hernández Pascual.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Girona y en los autos 110/2014, se dictó Sentencia de fecha de 5 de marzo de 2015, con el nº 55, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal:

"Desestimo el recurso contencioso-administrativo formulado por D. [redacted] frente al Decreto de Alcaldía de Girona de 14 de enero de 2014 que desestima el recurso de reposición formulado frente al Decreto de 14 de noviembre de 2013, con expresa condena en costas al recurrente".

2º.- En la vía del recurso de apelación, recibidas las actuaciones correspondientes y habiendo comparecido la parte apelante finalmente se señaló día y hora para votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de apelación tiene por objeto la pretensión de la parte apelante de que se revoque la Sentencia apelada, y estimando el recurso contencioso-administrativo de esa parte, se anule y deje sin efecto la resolución recurrida, reconociendo el carácter legalizable del muro reconstruido por la actora, con expresa imposición de costas a la demandada.





SEGUNDO.- El recurso contencioso administrativo se interpuso a nombre de D. [redacted] contra el Decreto de alcaldía del Ayuntamiento de Girona, de 14 de enero de 2014, en el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto por esa parte contra el decreto de 4 de noviembre de 2013, por el que se resuelve el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística incoado respecto del muro de contención de tierras y vallado construido en la finca del diseminado de [redacted], en los siguientes términos:

Primero.- Estimar en parte las alegaciones presentadas en nombre de D. [redacted] s, contra el Decreto de 7 de junio de 2013, por el que se incoa expediente de protección de la legalidad urbanística sobre la finca del diseminado de [redacted] en el sentido de archivar las actuaciones relativas a la legalización de los movimientos de tierras y explanación realizadas, y seguir la tramitación del procedimiento de restauración incoado respecto de los muros de contención y cierre por incumplir las determinaciones previstas en el artículo 269 de las Normas Urbanísticas municipales.

Segundo.- Resolver el procedimiento de protección de la legalidad urbanística incoado en relación con la actuación urbanística llevada a cabo en la finca situada en calle C [redacted] y conceder a C [redacted], un plazo de un mes, contado a partir de la notificación de esa resolución, para que proceda a la restauración de la realidad física alterada y el orden jurídico vulnerado en aquello que haga referencia a los muros de contención de tierras y cierre de la finca construida tocando el camino.

(...)

TERCERO.- Son dos cuestiones las que se plantean desde el procedimiento de protección de la legalidad urbanística, y se reiteran en los escritos de demanda y contestación, y ahora en la apelación, la primera sobre si el muro de construcción y cierre perimetral de la finca del

22-07-19 / 23-07-19





demandante es de obra nueva, o si es una reparación de un muro preexistente, y, como segunda cuestión, si ese muro puede emplazarse tocando la arista exterior de la explanación del camino con el que linda, o si, por el contrario, debe retirarse tres metros dentro de la finca de su promotor, parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269.1 de las normas urbanísticas del PGOU de Girona para las vallas de cierre.

La sentencia apelada, como se ha anticipado, desestima el recurso contencioso-administrativo, y lo hace con estas razones:

"La parte recurrente insiste en que se ha reconstruido un muro de contención, que es una estructura distinta a un mero cerramiento, y que por ello no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 269.1 del PGOU. Es cierto que los muros de contención sirven para dar estabilidad al terreno y evitar desprendimientos de tierra. En el presente caso, en la demanda (folio 6 de la misma) se dice textualmente que el muro sirve "de contención de unas obras (el movimiento de tierras que ya ha sido legalizado)". No puede dejar de resaltarse que la actora no tenía obligación de realizar tales movimientos de tierra, que ha llevado a cabo por su libre voluntad, y que, además, ha hecho coincidir el desnivel o talud que tales movimientos de tierra han generado con la ubicación de un cerramiento perimetral de la finca que actúa como muro de contención y como cierre delimitador. Como se dice en el informe de inspección y se evidencia de las fotografías obrantes en las actuaciones, el muro de contención ha servido para poder acumular importantes cantidades de tierra con la finalidad de nivelar la parcela (transformándola en parcela horizontal), lo que permite un mayor aprovechamiento de la misma.

Por lo tanto, si para garantizar la estabilidad de la parcela tras el movimiento de tierras se requería la construcción de un muro de contención de cerramiento de todo el perímetro de la finca, el recurrente podía haber optado por no realizar tales movimientos de tierras o incluso





por haberlos llevado a efecto de modo distinto para evitar hacer coincidir el muro de contención con el perímetro de cierre de la finca. Sí, como ha sucedido en este caso, se quiere hacer coincidir el muro de contención con el cerramiento perimetral de la finca, el recurrente debe respetar las previsiones legales respecto de los muros de cierre, es decir, debe respetar la separación del muro a la arista exterior de la carretera o calzada, lo que aquí no sucede” - f.j. 3º de la sentencia.

Por lo que hace a la controversia sobre si el muro de contención y cierre es de obra nueva, o reconstrucción de otro preexistente, la sentencia argumenta:

“Basta con examinar las fotografías para concluir que se ha construido un nuevo muro y que el recurrente no se ha limitado a reconstruir el anteriormente existente. No sólo se ha producido un cambio total del aspecto estético del muro, sino también de su morfología constructiva con diferente alineación y altura. Resulta evidente que estamos ante una obra de nueva construcción que altera la realidad física preexistente y que no conserva ni mantiene la construcción preexistente (que consistía en unas piedras apiladas), que es sustituida por otra completamente nueva”.

Como es de ver, la sentencia considera que no hubo un muro preexistente, sino en todo caso algunas piedras apiladas, y las fotografías demuestran, a criterio de la juzgadora de instancia, que el muro ha sido construido de nuevo.

Por lo que hace a la distancia de separación del muro respecto de la arista exterior de la explanada del camino con el que colinda, la sentencia entiende que el actor pudo haberse abstenido de realizar movimientos de tierra hasta el perímetro de la finca para acabar formando el talud que ahora asegura con el muro de contención y cierre, o bien haber respetado la distancia de separación requerida por las normas urbanísticas del





PGOU de Girona para las vallas de cierre de la finca desde la arista exterior de la explanación del camino, de tres metros, como mínimo.

CUARTO.- En el recurso de apelación se alega que en el caso que nos ocupa, en el que se ha realizado una plataforma de nivelación acabada en un muro de contención y de cierre, inciden dos artículos de las normas urbanísticas del PGOU de Girona --- Revisión y Adaptación del Plan General de Ordenación Urbana de Girona, Texto Refundido, enero de 2006 --- el 268, relativo a la adaptación topográfica del terreno, y el artículo 269 en relación con las vallas de cierre, dando lugar a una antinomia o contradicción entre normas, que, a criterio del apelante, debe resolverse a favor del artículo relativo a la adaptación topográfica del terreno por aplicación del criterio de mayor especialidad.

El artículo 268.1 a) de las normas urbanísticas del PGOU de Girona dispone que, *"en general, el máximo desnivel entre el terreno transformado y el que pueda entenderse como natural será de 1'5 m por encima o por debajo de aquél respecto de este. De acuerdo con esto la diferencia máxima entre plataformas de nivelación no será superior a 3 m. Estos límites máximos de variación topográfica se aplicarán tanto en el interior de la finca como en sus límites"*.

Por su parte, el artículo 269.1 dispone que *"las vallas se situarán (...) en la red viaria rural a tres metros, como mínimo, de la arista exterior de la explanación del camino"*.

La contradicción entre estos artículos es sólo aparente, pues el 269.1 trata de las vallas en la red viaria rural, lo que supone un criterio de especialidad, por cuya aplicación aboga la apelante, aunque no a favor de la plataforma de nivelación hasta el límite de la finca, como esa parte pretende, sino a favor de dejar una separación mínima de tres metros desde la arista exterior de la explanación del camino cuando la plataforma, y, consiguientemente, el muro de contención y cierre confronte con un





camino de la red viaria rural.

En este caso, se legalizó el movimiento de tierras y la realización de una plataforma de nivelación, pero no el talud de cierre y el muro de contención y cierre perimetral, que, por aplicación del citado artículo 269.1 de las normas urbanísticas del PGOU de Girona, no puede emplazarse rozando la arista exterior de la explanación del camino, sino a tres metros de la misma, hacia el interior de la finca.

QUINTO.- Como segundo motivo de recurso, reiterando alegaciones de la demanda, la apelante sostiene que la reconstrucción del muro es una obra con titulación habilitante, habida cuenta que presentó una comunicación previa el 5 de octubre de 2012, para reconstruir un muro de contención en diseminado en Girona, acompañado de un presupuesto de reparación de muro de mampostería con piedra y hormigón, con la condición impresa en el formulario del Ayuntamiento de que *"transcurrido el plazo de 10 días hábiles desde la presentación de la documentación pertinente, sin que se haya notificado a la persona interesada ninguna deficiencia de la misma, se entenderá que se pueden iniciar las obras y/o trabajos señalados"*, y que transcurrido ese plazo de diez días no se les señaló ni se les requirió la subsanación de ninguna deficiencia por lo que esa parte podía entenderse habilitada para la realización de la obra.

El apelante presentó una comunicación de obras para la reparación de un muro de contención de piedra, junto con un presupuesto de obras y un croquis de planta de la misma --- presentó un presupuesto de reparación y en la comunicación señaló con una "x" la opción "reparación de instalaciones" --- por lo que disponía de título habilitante para la reparación de un muro; pero, como se explica en la sentencia apelada, no se reparó un muro preexistente, sino que se construyó un muro de obra nueva, que por excederse de la obra de la comunicación previa, hasta el punto de resultar otra completamente distinta, esa obra se realizó sin sujeción o sin





el amparo de la titulación habilitante, referida a la reparación de un muro, y no a su construcción de nueva planta.

En la sentencia apelada se tiene por probado que no hubo un muro preexistente de las características y emplazamiento del realizado a tenor de las fotografías de los informes de inspección que figuran en el expediente, cuyas imágenes no han sido contradichas o desvirtuadas por prueba de sentido contrario, la cual, de existir, el apelante tenía en sus manos poder presentarla, aportando fotografías anteriores a las obras de un muro de las características y emplazamiento del cuestionado. Por el contrario, figura en el expediente, al folio 20, la fotografía de la finca en la que puede verse a un camión transportando tierras a su interior sin que la visión del mismo sea impedida o limitada por ninguna valla ni muro de contención perimetral, que no se aprecia en la fotografía, en la que aparece un terreno a nivel, o prácticamente a nivel del camino, respecto de la cual nada se dice ni en la demanda ni en la apelación para cuestionar o contradecir el significado de esas imágenes.

Por todo lo expuesto, no puede atenderse a la pretensión apelante-actora de que se anule y deje sin efecto el decreto de alcaldía recurrido, declarando que el muro de contención y cierre perimetral de la finca del Diseminado (), de Girona, es legalizable, procediendo desestimar el recurso de apelación.

SEXTO.- A los efectos de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, en cuanto dispone que las costas se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, y atendida la desestimación acaecida, sin que se aprecien méritos en contrario, procede condenar en costas a la parte recurrente, si bien en atención a las circunstancias del asunto ya expuestas, la dificultad que comporta y la utilidad del escrito de oposición con el límite por todos los





conceptos de 1.000 euros, a cuya cantidad se sumará el IVA que corresponda.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) ha decidido:

1º) **DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto a nombre de D. [redacted] contra la Sentencia arriba indicada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Girona, dictada en autos 110/2014.

2º) Condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta apelación, con el límite máximo por todos los conceptos de 1.000 euros, más el IVA que corresponda.

Con certificación de esta sentencia y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procédase a la devolución al Juzgado de procedencia de las actuaciones recibidas.

Hágase saber a las partes que la presente Sentencia no es firme.

Contra la misma podrá interponerse recurso de casación, que deberá prepararse ante ésta nuestra Sala y Sección en un plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde el siguiente hábil al de la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), modificada en por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

Quando pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho





estatal o de la Unión Europea, el recurso de casación irá dirigido a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, y su preparación deberá atenerse a lo dispuesto en el art. 89.2 LJCA.

Asimismo, cuando pretenda fundarse en normas emanadas de la Comunidad Autónoma, deberá estarse a lo establecidos en los Autos de 10 de mayo de 2017, de la Sección de Casación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictados en recurso de casación 3/2017 y 8/2017, entre otros.

A los anteriores efectos, deberá tenerse presente el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de fijación de reglas sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación (BOE nº 162, de 6 de julio de 2016).

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por la Iltra. Sra. Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.

