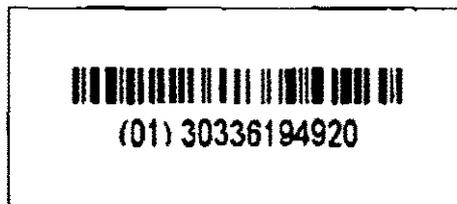


Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Segunda C/ General Castaños, 1 , Planta 1
- 28004
33010310
NIG: 28.079.45.3-2012/0001479



RECURSO DE APELACIÓN nº 171 /2014

SENTENCIA nº 438 /2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Ilmos Señores:

Presidente.

D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrados:

D. José Daniel Sanz Heredero

D^a. Elvira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

En la Villa de Madrid, a 27 de mayo de 2015.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, constituida en Sección por los Señores anotados al margen, el Recurso de Apelación nº 171/2014 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MÓSTOLES, representado por la Procuradora Dña. **contra la Sentencia** de fecha 5 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid, en

el Procedimiento Ordinario nº 7/12, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución dictada por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Móstoles de fecha 27 de diciembre de 2011.

Siendo parte apelada la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS RESIDENCIAL 16, sita en la calle Bécquer núms. 1 al 9, representada por el Procurador Don

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Notificada la sentencia referida, cuyo fallo estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, la representación del Ayuntamiento citado interpuso recurso de apelación en el plazo de los quince días siguientes, solicitando su revocación y que se decrete la conformidad a derecho de la resolución administrativa referida, basándose en los hechos que constan.

SEGUNDO.- Por diligencia de ordenación se admitió a trámite el recurso y se acordó dar traslado del mismo a la parte contraria, a fin de que en el plazo de quince días pudiera formalizar escrito de oposición al recurso de apelación. Presentado este escrito, se solicitó la desestimación del recurso de apelación.

TERCERO.- El Juzgado de lo Contencioso-administrativo elevó las actuaciones a este Tribunal correspondiendo su conocimiento a esta Sección Segunda; acordándose 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 y siendo designado ponente el Ilmo. Sr. Don Miguel Ángel García Alonso.

Se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso de apelación el día 21 de mayo de 2015, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, y en particular las previsiones de los artículos 80.3º y 81 y siguientes de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha de fecha 5 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario nº 7/12 que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución dictada por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Móstoles de 27 de diciembre de 2011, que acordó la adopción de las medidas necesarias para mantener las puertas abiertas de día en la urbanización de la Comunidad de Propietarios Residencial 16, sita en la calle Bécquer números 1 al 9, y la demolición del vallado en todos los puntos en los que supere la altura máxima permitida de dos metros.

El juez estimó el recurso al entender que los técnicos informaron dos veces el proyecto en sentido favorable sin que el hecho señalado nunca fuera denunciado, que no se ha probado que exista una discrepancia con el proyecto y que la licencia haya sido así vulnerada en la remisión al proyecto que *“según el informe pericial ha sido respetado, tanto en lo que se refiere a las alturas, medidas desde rasante y alineación oficial, como desde las propias medidas contenidas en el proyecto”*. *“Que no resulta probado que exista un desajuste en lo que se refiere a la altura del vallado que consta en el proyecto que fue aprobado”*.

SEGUNDO.- En primer lugar la representación de la comunidad de propietarios apelada opone la inadmisión del recurso de apelación en cuanto que el asunto no alcanza la cuantía de 30.000 € alegando que la cuantía fue fijada por el juez de instancia en indeterminada por lo que en consecuencia no supera los 18.000 € según lo prevenido en los artículos 349.3 y 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se aplica supletoriamente,; que dichos preceptos nos hablan de “que la cuantía del proceso” en caso de pretensiones inestimables o de cuantía indeterminada se valorará en 18.000 €.

Con relación a esta cuestión los citados artículos no tienen el contenido alegado, en realidad ello está recogido en el art. 394 que se refiere al cálculo de la condena en costas en la primera instancia en caso de imposición al litigante vencido, es decir ello no tiene nada que ver con la cuantía de este pleito que se ha considerado en indeterminada de acuerdo con la petición del Ayuntamiento, debiéndose recordar además que la comunidad de propietarios fijó la cuantía del pleito en 183.000 € como importe del coste de la obra.

Entrando a conocer del fondo del asunto, el Ayuntamiento concedió licencia el 28 de septiembre de 2009; en la resolución de licencia se determinó que *“la realización de las obras*

se ajustará al proyecto aprobado, no pudiéndose introducir modificación alguna sin la correspondiente autorización”.

En el proyecto se hace constar que “*las puertas estarán abiertas de día y cerradas de noche*”, y el desmonte del actual cierre de malla galvanizada que existe con el seto vegetal que delimita la acera pública exterior de la calle Bécquer sustituyéndola por un peto de ladrillo con una altura de dos metros.

En el informe técnico de obras de 6 de octubre de 2010 se hace constar que las puertas de acceso están cerradas con llave en horario diurno y una altura superior a los dos metros.

Con relación a la altura, examinados los datos obrantes, el proyecto no expresa que el cerramiento pueda superar los dos metros: concretamente en el proyecto solo se fija la altura máxima con respecto a la calle Bécquer: un cierre con altura de dos metros; sin embargo cuando se expresan las condiciones que debe tener el cerramiento en la avenida de Portugal, que se encuentra en pendiente, solo regula cuestiones como la sustitución de barandillas y a la colocación de dos puertas.

En la calle Bécquer donde se encuentra la entrada al portal de la finca no se supera esa altura, sin embargo en el cerramiento correspondiente a la Avenida de Portugal, que se encuentra en pendiente, efectivamente se excede la altura de dos metros, medido el cerramiento desde el nivel de la acera de esa misma calle, según el informe técnico y el informe pericial aportado por la parte demandante, constatándose igualmente del examen de las fotografías aportadas.

La cuestión por tanto es determinar si el exceso de altura de dos metros desde el nivel de la calle en el cerramiento construido en la Avenida de Portugal, puede tener permitido por la normativa urbanística:

Debe partirse de que el cerramiento se sitúa en un espacio libre de parcela, de edificación de uso residencial en tipología de vivienda colectiva. Dentro del Plan General de Ordenación Urbana se contiene la Ordenanza General de Cerramientos y Vallados de Torreldones, cuyo objeto es la regulación de los cerramientos y vallados de locales, parcelas, zonas verdes y espacios libres entre bloques de acuerdo con las diferentes clasificaciones y usos al que van destinados; su **artículo 11.2. se regula específicamente el vallado en zonas edificables, disponiendo que las características de los vallados dependen del uso predominante de la parcela,** según se indica a continuación: Uso Residencial Bloque Abierto:

Deberán realizarse con elementos de fábrica opacos hasta una altura de 0,70 m., pudiéndose prolongar con malla metálica o similar hasta una altura total de 2,00 m.

Si bien el artículo I.1, “solares no edificados, cerramientos de solares”², dispone que en calles en pendiente la altura máxima será 2,50 m. debiendo escalonar el cerramiento al alcanzar dicha altura”, ello no es aplicable a este caso en cuanto que este Art. solo regula los solares no edificados.

Por tanto debe partirse de que la Ordenanza de cerramientos establece como límite dos metros de altura, sin exceptuar para las parcelas con uso residencial bloque abierto más altura porque la calle tenga desnivel.

La demanda se basa esencialmente en el informe aportado sobre las condiciones urbanísticas del cerramiento, por lo que procede a examinar su contenido: este informe también examina las disposiciones del Plan General de Ordenación Urbana, relativas a la medición de alturas, contenidas en el art. III. Sin embargo este artículo no es aplicable porque se dirige a regular exclusivamente cuál debe ser la altura de los edificios, tanto en el número de plantas, como la altura máxima de la edificación y la altura mínima de la planta baja y de las plantas de pisos; por tanto fuera de las disposiciones contenidas en la Ordenanza General de Cerramientos y Vallados de Torrelodones, el Plan General no regula la altura de los cerramientos.

Se expresó en el informe que si bien es cierto que la altura del vallado no puede superar los dos metros entiende que el vallado discurre que discurre por la avenida de Portugal está retranqueado dentro del propio terreno comunitario, por lo que colinda con un espacio de la propia comunidad y no del ayuntamiento. Con respecto a ello no se alega ni se comprueba que exista norma alguna que en este supuesto le permita subir el cerramiento a su voluntad por encima de los dos metros.

Que se trata de un cierre de bajos diáfanos de edificación; la Ordenanza lo define del modo siguiente: *Artículo I.3. Cierres de bajos diáfanos de edificación*

Con independencia de los cierres de bajos diáfanos autorizados por las Normas Generales del Plan General con destino a instalaciones y servicios del edificio, los bajos diáfanos de viviendas colectivas podrán vallarse en la prolongación de la línea de edificación y siempre y cuando esté justificado por razones de seguridad e higiene, con materiales y características acordes con los de la fachada del edificio en cuestión.

Por tanto no nos encontramos ante un cierre de bajos de edificación, como son los soportales, ya que el cerramiento que fue autorizado rodea el bloque como una cerca.

Se alegó que en la esquina con la calle Bécquer con la avenida de Móstoles el ayuntamiento ha señalado con una placa la cota +0.00 del inmueble, por lo que la medición de

alturas debe hacerse respecto a la calle Bécquer adonde da la fachada principal del inmueble. Sin embargo no es posible acoger favorablemente esta alegación ya que la cota cero es la que tiene en cuenta el ayuntamiento para determinar la altura de la fachada del edificio, pero en ningún caso se dispone, más allá de la opinión de la urbanista, que permita que la medición de alturas se tenga que hacer con referencia a la rasante de la calle de la fachada del edificio.

Por otro lado es claro que con independencia de que la zona de la acera pueda colindar con zona verde, en ningún caso el cerramiento se ha realizado en la zona verde sino en zona comunitaria.

Alega que no puede decirse que se haya excedido la altura permitida de dos metros puesto que esta altura no tiene el carácter de máximo "toda vez que figuraba claramente en el proyecto con el que fue concedida la licencia". Efectivamente en el proyecto se establece una altura de dos metros, que si tiene carácter de máximo puesto que es la máxima altura permitida por la Ordenanza aplicable de cerramientos. Alega que no puede afirmarse que este defecto no sea subsanable, efectivamente sería subsanable si la comunidad rebajase la altura al máximo permitido, pero no lo ha hecho.

La conclusión es la estimación del recurso de apelación del ayuntamiento a este respecto, por lo que debe entrarse a conocer de la alegación efectuada en la demanda relativa a que no se ha requerido de legalización: constando que la altura pretendida es manifiestamente ilegalizable, no es necesario el requerimiento de legalización en cuanto que el Tribunal Supremo, en otros casos ha declarado que en el caso de que las obras sean manifiestamente contrarias al ordenamiento urbanístico, no tiene sentido el requerimiento previo de legalización. Por tanto la omisión de dicho trámite en estos casos carece de virtualidad anulatoria. Así, la Sentencia de 29 de octubre de 1.994, declaraba que "la regla general que preside el artículo 185 de la citada Ley del Suelo es que la restauración de la legalidad urbanística conculcada por obras determinadas sin licencia o contraviniéndola, precisa del previo expediente de legalización de las mismas, instrumentado mediante el requerimiento de la Alcaldía a tal efecto en que se otorgue el plazo de dos meses para dicha legalización, pero no es menos cierto que la misma jurisprudencia (Sentencias de 26 de febrero y 28 de marzo 1.988, excepcionan dicho previo expediente de legalización cuando aparece clara la ilegalidad e improcedente la obra cuya demolición se ordena, pues carecería de sentido abrir un trámite de legalización de aquello que de modo manifiesto y a través de lo ya actuado no puede legalizarse, por contravenir el Plan o el Ordenamiento urbanístico".

TERCERO.- Con relación al cierre de puertas, la comunidad alegó que la mantiene cerradas alegando que ello corresponde al ámbito de disposición de la propia Comunidad.

Sin embargo es cierto que se dispone que las puertas permanecerán abiertas durante el día y cerradas por la noche y en este sentido se ha concedido la licencia; habiendo comprobado el técnico del Ayuntamiento que están cerradas durante el día. La licencia se concedió de acuerdo con lo dispuesto en el proyecto, por lo que la comunidad está obligada a mantener las puertas abiertas de día. El juez de instancia entendió que no es un defecto insubsanable, pero lo cierto es que es la propia Comunidad la que se ha negado a no subsanar al no permitir la apertura de las puertas.

Por todo ello se estimará el presente recurso de apelación.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, al estimarse el recurso de apelación, no procede la imposición de costas a ninguna de las partes.

VISTAS las disposiciones legales citadas y demás de general y pertinente aplicación al caso, la Sala acuerda,

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación número 171/2014 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MÓSTOLES, representado por la Procuradora Dña.

, **contra la Sentencia** de fecha 5 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 23 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario nº 7/12, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución dictada por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Móstoles de fecha 27 de diciembre de 2011.

REVOCAMOS la referida Sentencia por no ser conforme a Derecho; y en consecuencia, desestimamos el recurso interpuesto en la instancia contra la actuación administrativa descrita, que expresamente declaramos ajustada a Derecho y sin imposición de costas.

Librese y únase certificación literal de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

Contra la anterior Sentencia **no** cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Francisco López de Montanar Sánchez

D. José Daniel Sanz Heredero

D^a. Eivira Adoración Rodríguez Martí

D. Miguel Ángel García Alonso

D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera

Recurso de Apelación 171/2014

LA SECRETARIA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID CERTIFICA:

Que la anterior fotocopia, compuesta de **ocho folios**, es fiel reflejo de la sentencia original firmada por los Magistrados que figuran en la misma, la cual ha sido publicada y entregada a esta Secretaría en el día de hoy y, una vez expedida la presente certificación para su unión al rollo y copias para su notificación, ha quedado archivado el original para su unión al libro de sentencias originales. En la Villa de Madrid, a 12 de junio de 2015.