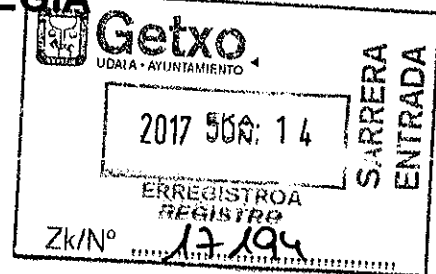


**JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Nº 1 DE BILBAO
BILBOKO ADMINISTRAZIOAREKIKO AUZIEN 1
ZK.KO EPAITEGIA**

BARROETA ALDAMAR 10-5ª PLANTA - CP/PK: 48001

Tel.: 94-4016702
Fax: 94-4016990

NIG PVI / IZO EAE: 48.04.3-16/000374
NIG CGPJ / IZO BJKN : 48020.45.3-2016/0000374
Ordinario / Arrunta 81/2016 - R



Demandante / Demandatzailea:
Representante / Ordezkaría: AITOR PASTOR PAGALDAY

Administración demandada / Administrazio demandatua: AYUNTAMIENTO DE GETXO
Representante / Ordezkaría:

ACTUACION RECURRIDA / ERREKURRITUTAKO JARDUNA:
ORDINARIO. URBANISMO. RCA C/ EL DECRETO DEL ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO
DE 30 DE DICIEMBRE DE 2015 Nº 64764. PODA DE SETO.

CEDULA DE NOTIFICACION

En el recurso contencioso - administrativo de referencia, se ha dictado la resolución que a continuación se reproduce:

SENTENCIA Nº 153/2017

En BILBAO (BIZKAIA), a cinco de junio de dos mil diecisiete.

Vistos por la Ilma. Sra. Dª ALEJANDRA FRIAS LOPEZ, MAGISTRADO del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de BILBAO (BIZKAIA) los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 81/2016 instados por representada y defendida por el Letrado DON AITOR PASTOR PAGALDAY sobre URBANISMO, habiéndose fijado en 2.000 euros la cuantía de este procedimiento.

Ha comparecido como parte demandada el AYUNTAMIENTO DE GETXO, representado y defendido por la Letrada DOÑA LARRAITZ ABERASTURI IBARRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Guecho nº 4989/2015 de 29 de diciembre de 2015.

Admitido el recurso a trámite, se procedió a reclamar el expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que expuso los hechos y alegó los fundamentos de derecho que estimó oportunos.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Administración demandada se opuso a la demanda formulada de contrario solicitando que se dictase una sentencia por la que se desestime el recurso en todos sus pedimentos.

TERCERO.- Acordado el recibimiento a prueba, se practicó la que consta en autos, dándose a continuación traslado a las partes al objeto de que formularan sus escritos de conclusiones, lo que hicieron con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- En la sustanciación de las presentes actuaciones se han observado los preceptos y prescripciones legales en vigor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso administrativo contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Guecho nº 4989/2015, de 29 de diciembre de 2015, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el actor contra el Decreto 2211/15, de 2 de septiembre y "se requiere al propietario para que, en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente de la notificación de la presente resolución, proceda a realizar las podas necesarias para que el seto colocado a modo de cierre no supere los 2 metros de altura, en los términos de la Ordenanza municipal".

SEGUNDO.- Sostiene el demandante en su escrito de demanda, básicamente, la ausencia de cobertura legal de la obligación impuesta por el Ayuntamiento demandado, por cuanto deriva de lo dispuesto en el art. 20 de la Ordenanza de Construcción de Guecho del año 1948 que, en su opinión, estaría derogada, sin que exista en la actualidad una Ordenanza específica en vigor que establezca las normas de cierre entre fincas, ante "la ausencia en toda publicación de ordenanzas municipales en vigor".

Por su parte, el Ayuntamiento demandado, defiende la conformidad a Derecho del Decreto recurrido, entendiéndolo vigente y plenamente aplicable, el contenido del art. 20 de la Ordenanza Municipal de Construcción de 4 de marzo de 1948, "al no haber sido expresamente derogada ni tampoco regulada con posterioridad por normativa municipal alguna".

TERCERO.- Dispone el art. 388 del CC, (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil), que:

"Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas."

El contenido del art. 388 del CC ampara a todo propietario para poder cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas.

Resulta evidente que el ámbito de la intervención municipal es posible establecer limitaciones y condiciones en relación con el tipo de cierre y características del mismo.

Es decir, la previsión del CC, -derecho de cerrar o cercar-, no excluye que en el ámbito de la intervención municipal, singularmente vinculado a la normativa urbanística, (por ejemplo en las Normas Subsidiarias), puedan establecerse y concretarse qué tipo de cierres pueden utilizarse y cuales han de ser las características de los mismos.

Todo ello teniendo en cuenta, como se viene reproduciendo por la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, que el cerramiento vallado de una parcela es una facultad emanada del dominio, con arreglo al art. 388 CC y, por ello, corresponde ejercitarla de modo natural y propio a cualquier propietario de suelo.

En el caso de autos, no se niega el derecho del demandante a mantener el cercado de la finca de su propiedad, sino que la discusión gira en torno a si la limitación impuesta en el Decreto de Alcaldía recurrido es conforme a Derecho o no.

A estos efectos, y a diferencia de lo que ocurriría si nos encontrásemos en el ámbito de las relaciones de vecindad, cuyo enjuiciamiento corresponde a la Jurisdicción Civil, resulta indiferente la antigüedad de los setos vivos cuya altura se cuestiona, puesta de manifiesto por el actor, ya que el objeto del litigio se centra en determinar la aplicabilidad de la Ordenanza de 1948.

CUARTO.- En el caso enjuiciado el art. 20 de la Ordenanza

municipal de la que deriva la obligación impuesta al actor es de fecha anterior a la Constitución, en concreto de 4 de marzo de 1948.

Según consta en el documento obrante al folio 50 de las actuaciones, en la publicación de la Web municipal se afirma que "el Artículo 20 es el único actualmente vigente de las Ordenanzas de Construcción, aprobadas por el Ayuntamiento Pleno el 4 de marzo de 1948 y afecta exclusivamente a los cierres de parcela".

Como ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo, por ejemplo en la STS de 16 de febrero de 1990: "Es obligado examinar con especial cautela las normas, cuyo sentido pueda ser contrario a los límites constitucionales, buscando entre las posibles, si cabe, la interpretación respetuosa con los mismos, aun a costa de recortar sus supuestos aplicativos, y utilizando, si no es posible la interpretación de la norma en sentido constitucional, las técnicas bien de la derogación por la disposición transitoria 3 CE, si son preconstitucionales, bien de la inaplicación, si se trata de norma de rango reglamentario (art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), bien en caso extremo del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si se trata de normas con rango de Ley (art. 163 CE. y 5.3 de la L.O.P.J.)". En igual sentido SSTC de 2 de febrero y 8 de abril de 1981.

Conforme al art. 9.3 de la Constitución:

"3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos."

Por su parte, señalaba el art. 52 de la hoy derogada Ley 30/1992, LRJAP y PAC, que:

"ARTÍCULO 52. PUBLICIDAD E INDEROGABILIDAD SINGULAR.

1. Para que produzcan efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el Diario oficial que corresponda."

En términos similares se pronuncia el artículo 131.1 de la vigente Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no aplicable por razones temporales, al Decreto de Alcaldía objeto del presente recurso:

"Las normas con rango de Ley, los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y

produzcan efectos jurídicos."

En el ámbito de la Administración Local, señala el art. 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local:

"2. Los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el "Boletín Oficial" de la Provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Las Administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial."

Y, conforme al artículo 196.2 del hoy también vigente Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre:

"2. Las Ordenanzas y Reglamentos, incluidas las normas de los planes urbanísticos, se publican en el «Boletín Oficial» de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril. Idéntica regla es de aplicación a los Presupuestos, en los términos del artículo 112.3 de la misma Ley."

QUINTO.- En el caso de Autos el Decreto de Alcaldía impugnado aplica el contenido del art. 20 de las Ordenanzas Municipales de Construcción de 4 de marzo de 1948, relativas a las condiciones de cierres entre parcelas colindantes, norma preconstitucional que el Ayuntamiento demandado entiende vigente "al no haber sido expresamente derogada no tampoco regulada con posterioridad por normativa municipal alguna".

Consta en el expediente administrativo, folios 20 a 23 Informe de los Servicios Técnicos de Urbanismo del Ayuntamiento de Getxo, emitido en fecha 2 de octubre de 2008, sobre la vigencia de las determinaciones de las Ordenanzas Municipales de 1948.

En dicho Informe se trae a colación, como primera norma postconstitucional, las NNSS de 1985, cuyo art. 3 ordenaba que

"...estarán vigentes estas normas urbanísticas hasta que se apruebe su modificación o derogación..."

Se afirma en el escrito de demanda que el precepto de la Ordenanza citada, preconstitucional, entra en contradicción con el P.G.O.U. de Getxo, por lo que debe entenderse derogada. Sin embargo, no se especifica en modo alguno donde se encuentra la contradicción alegada que, por otro lado, se niega en el citado Informe de los Servicios Técnicos de Urbanismo del Ayuntamiento de Getxo, emitido en 2008, cuyo contenido no ha sido rebatido en el seno de este procedimiento, más allá de la genérica alegación de contradicción.

Llegado a este punto resulta obligado diferenciar entre dos conceptos que, en opinión de quien aquí suscribe, se entremezclan en los escritos de ambas partes.

De un lado, la validez de la citada Ordenanza, preconstitucional, que no se entiende afectada, en atención al contenido de las normas a que alude el Informe de los Servicios Técnicos de Urbanismo del Ayuntamiento de Getxo de 2008, por cuanto no ha existido derogación expresa posterior ni se aprecia contradicción con las mismas.

De otro lado la eficacia del mencionado precepto preconstitucional, como concepto independiente del anterior, que determina que las normas, en este caso reglamentaria, no puedan desplegar efectos, es decir, no puedan ser eficaces sin ir precedidas de la necesaria publicidad, como garantía indispensable del principio establecido en el art. 9.3 de nuestra Constitución.

Según consta en el expediente y se desprende de la documentación obrante en autos

- Las Ordenanzas Municipales de Construcción, relativas a las condiciones de cierres entre parcelas colindantes, fueron aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 4 de marzo de 1948. Así consta en la certificación visada, el 30 de noviembre de 1953, por el Alcalde de Guecho (folio 19 de las actuaciones).
- Fueron publicadas en Bilbao, por "Gráficas J. de Maguregui" en 1954, folio 18 de las actuaciones.
- También han sido publicadas en la Web del Ayuntamiento demandado, como consta en el folio 50 de las actuaciones y se afirma en el Decreto 4989/2015, de 29 de diciembre, folio 34 del expediente, que "... contrariamente a lo que manifiesta el recurrente, el artículo de las Ordenanzas de la Construcción relativo a los cierres de fincas sigue vigente, en este sentido se adjunta un informe jurídico emitido al respecto de su vigencia en el año 2008, que ha sido revisado recientemente por la Secretaría General, con ocasión de la publicación de dicho artículo en la pag

web municipal".

- Se pone de manifiesto en la publicación de la Web municipal que "el Artículo 20 es el único actualmente vigente de las Ordenanzas de Construcción, aprobadas por el Ayuntamiento Pleno el 4 de marzo de 1948 y afecta exclusivamente a los cierres de parcela", folio 50 de las actuaciones.

En aplicación de los preceptos constitucionales y legales, anteriormente citados, el artículo 20 de las Ordenanzas de Construcción, 4 de marzo de 1948, sería válido, en cuanto no ha sido derogado ni expresa ni tácitamente.

Sin embargo, aun cuando dicho precepto haya de reputarse como válido, carece de eficacia para producir efectos jurídicos, ante la falta de la debida publicación del único precepto de la Ordenanza que se dice "vigente" por la Administración demandada, (aplicado en el Decreto recurrido).

La ausencia de publicación, como presupuesto inexcusable de eficacia de la norma reglamentaria, conlleva que la misma no pueda desplegar efectos jurídicos, hasta que no se publique completamente su texto en el diario oficial correspondiente, (cf. entre otras muchas, la sentencia de esta Sala, Sección Séptima, de 11 diciembre 2014, recurso de casación 3699/2013), sin que a estos efectos pueda reputarse como *suficiente* la mera publicación en la Web del Ayuntamiento demandado.

Esta es la interpretación que se deriva del principio de publicidad de las normas impuesto por el artículo 9.3 de la Constitución, que no tolera la existencia y obligatoriedad de normas que configuren, limiten o definan el contenido del derecho de propiedad, de que forma parte el derecho de cierre de fincas o parcelas, sin la necesaria publicación.

Procede por ello la estimación del presente recurso Contencioso-administrativo.

SEXTO.- La Sentencia dictada por este Juzgado en fecha 18 de julio de 2016, en el PA 294/2015.-

Finalmente, debe destacarse que, a juicio de esta Juzgadora, ninguna incidencia tiene en el pronunciamiento efectuado en este procedimiento, la Sentencia dictada por este Juzgado en el Procedimiento Abreviado 294/2015, citada y aportada por la Administración demandada junto a su escrito de contestación a la demanda.

Así deriva tanto del hecho de que la citada Sentencia no fuese dictada por la Magistrada que aquí suscribe, como del objeto del citado procedimiento, en el que no se cuestionó la vigencia ni la aplicabilidad del art. 20 de la Ordenanza de 1948.

A ello debe añadirse que, aun cuando, hipotéticamente, en un pronunciamiento anterior, este Juzgado hubiese sostenido un

criterio diferente, sería lícito operar un cambio en el mismo, siempre y cuando se hiciese de forma debidamente motivada. A tal efecto, basta recordar la TS 28 de noviembre de 2011, RCU 2509/2011:

"Hay que señalar, en primer lugar, que según jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional, los órganos judiciales pueden legítimamente apartarse del criterio seguido anteriormente por ellos mismos en supuestos similares siempre que lo hagan motivadamente y, como es obvio, siempre que dicha motivación no sea irrazonable.

Y respecto a estas sentencias que contienen un cambio razonado de criterio, hemos dicho -por todas, Sentencia de 16 de julio de 2010, dictada en el recurso n° 420/09- que el recurso de casación para la unificación de doctrina "...no tiene por objeto aquellas sentencias en las que el distinto pronunciamiento responde a un cambio de criterio razonado por el Tribunal, pues con ello se justifica el diferente juicio valorativo de la situación controvertida, que no responde a una inadvertida contradicción en la aplicación de la ley sino a una reconsideración de la interpretación de la norma, debidamente fundada, que sustituye el criterio anterior, por lo que carece de objeto la unificación de doctrina que constituye la razón de ser de esta modalidad de recurso de casación". Como hemos señalado en sentencia de 15 de enero de 2010 "Es preciso recordar que la razón de ser del recurso de casación para la unificación de doctrina no es uniformar la interpretación normativa en general ni controlar la observancia de la jurisprudencia establecida, sino más modestamente evitar que supuestos sustancialmente idénticos sean resueltos de modo distinto. Y esto último no puede hacerse en el presente caso, porque, como se ha visto, el tribunal a quo ha cambiado legítimamente de criterio. Así las cosas, dado que el recurso de casación para la unificación de doctrina no cumple una función nomofiláctica no cabe controlar en esta sede que si la interpretación de la ley llevada a cabo en la instancia es correcta".

Y es que hablar de contradicción supone poner en relación distintas proposiciones que se sostienen o mantienen enfrentadas, situación que no se produce cuando, como consecuencia del cambio de criterio, se abandona un determinado planteamiento que se sustituye, en las condiciones indicadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por el nuevo pronunciamiento.

De lo expuesto hasta ahora, y aunque no siempre ha sido entendido así por esta Sala -por todas, Sentencias de 6 de septiembre de 2009 y 14 de julio de 2010, dictadas en los recursos números 192/08 y 282/09-, sólo cuando la sentencia recurrida se aparte del criterio seguido anteriormente por el mismo órgano judicial en anteriores sentencias sin motivar el cambio de criterio, cabrá interponer contra la

misma recurso de casación para la unificación de doctrina fundado en la contradicción existente entre dichas sentencias, no así cuando el cambio de criterio ha sido motivado y dicha motivación no es irrazonable, pues en este caso no hay doctrina alguna que unificar."

SÉPTIMO.- Siendo aplicable al supuesto de autos el criterio del vencimiento objetivo en cuanto a la imposición de costas, a tenor de la redacción dada al artículo 139 de la LRJCA por la Ley 37/2011, entiende esta Juzgadora que la peculiaridad de las circunstancias concurrentes en el mismo justifica su no imposición a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que debo estimar y estimo el recurso Contencioso-administrativo interpuesto por DE UCAR representado por el Letrado DON AITOR PASTOR PAGALDAY contra el Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Getxo nº 4989/2015, de 29 de diciembre de 2015.

Declaro la disconformidad a Derecho de la resolución impugnada y en consecuencia la anulo.

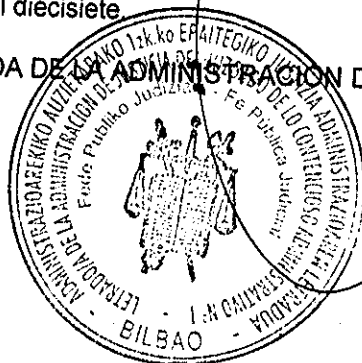
Sin hacer expresa condena en costas.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone artículo 104 de la LJCA, en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo y testimonio de esta sentencia, a fin de que la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Hágase saber a la Administración que en el plazo de DIEZ DÍAS deberá acusar recibo de dicha documentación e indicar el órgano responsable del cumplimiento del fallo.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Y para que sirva de notificación a quien figura al pie de esta cédula, extendiendo la presente en BILBAO (BIZKAIA), a seis de junio de dos mil diecisiete

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



AYUNTAMIENTO DE GETXO
Calle FUEROS nº 1, -
48992 - GETXO
