

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN 1ª**

Iltmos. Sres.:

Presidente:

D. José Borrego López

Magistrados:

D. Mariano Montero Martínez

Dª. María Prendes Valle

**S E N T E N C I A      N º 355**

En Albacete, a 11 de julio de 2016

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, el recurso de apelación número 240/2015, interpuesto por el Sr. Procurador D. Francisco Ponce Riaza, en nombre y representación de la parte apelante "CERQUIA URBANA, S.L.", contra la Sentencia nº 89, de fecha 30 de enero de 2015 del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 1 de Guadalajara, recaída en el procedimiento ordinario número 148/2011. Ha sido parte apelada AYUNTAMIENTO DE GUADALAJARA, representado por los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Guadalajara, y como coapelada HERCESA INMOVILIARIA S.A, representado por el procurador D. Luis Legorburo Martínez-Moratalla. Habiendo sido ponente la Ilma.

Sra. Magistrada doña María Prendes Valle, quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 30 de enero de 2016, recayó Sentencia dictada en el procedimiento ordinario número 148/2011 por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Guadalajara, cuya parte dispositiva es la siguiente: *"debo de inadmitir e inadmito la personación de la entidad mercantil GESTESA DESARROLLOS URBANOS S.L representado por el procurador de los Tribunales Don Andrés Taberné Junquito quedando expulsados del procedimiento ordinario 148/2011, con desestimación del presente recurso contencioso administrativo tramitado en el procedimiento ordinario nº 149/2011, interpuesto por la entidad mercantil CERQUIA URBANIA S.L representado por la procuradora de los Tribunales Doña María López Manrique, contra el Excmo. Ayuntamiento de Guadalajara, representado por el letrado Don Miguel Ángel de la Torre Mora y contra Doña Josefina Palomares Rodilla representado por la procuradora de los Tribunales Doña Marta Martínez Gutiérrez y contra la entidad mercantil Hecesa Inmobiliaria SA QUABIT INMOLIARIA S.A UTE, presentado por la procurada de los Tribunales Doña María del Carmen López Muñoz y contra la resolución de 7 de febrero de 2013 en la que estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto por la entidad mercantil CERQUIA URBANIA S.L contra el acuerdo de la Junta de Gobierno local de 30 de abril de 2010 por el que se aprueba parcialmente la retasación de los gastos de urbanización del sector SNP 07 "ampliación del Ruiseñor", debo acordar y acuerdo que los actos administrativos recurridos son conformes a derecho en su totalidad, en relación con los extremos objeto de impugnación por lo que los confirmar*

*y confirmo en los términos de la impugnación. Sin realizar especial pronunciamiento en cuanto a las costas.”*

**SEGUNDO.-** Contra la citada resolución judicial se interpuso recurso de apelación por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa López Manrique, en nombre y representación de la mercantil “CERQUIA URBANIA S.L” mediante escrito razonado, en el que solicitó que *“ se dicte Sentencia, por la que se acuerde estimar el recurso de apelación planteado y se revoque la sentencia apelada, estimando el recurso contencioso administrativo formulado en su día, resolviendo de conformidad con lo interesado en el cuerpo del mismo”*.

El recurso de apelación se estructura en los motivos que se expondrán a continuación:

El primer motivo se centra en la errónea interpretación de la norma aplicable e infracción del artículo 115.4 TRLOTAU. Explica que en la partida “cerramiento de la vía de ferrocarril” no concurre ninguna circunstancia técnica objetiva sobrevenida que fuera imprevisible cuando el urbanizador elaboró el proyecto de urbanización, y que dicho cerramiento a su paso por el sector SNP 07 no sólo era previsible cuando el Agente urbanizador elaboró la alternativa técnica y los documentos integrantes del PAU, sino que constituía además una exigencia legal impuesta por la normativa sectorial, como también lo era cuando se elaboró y aprobó en mayo de 2007 el Proyecto de Urbanización, en virtud del ya vigente Reglamento del Sector Ferroviario aprobado por Real Decreto 2387/2004, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.

En segundo lugar, denuncia la falta de motivación y ausencia de valoración de la prueba practicada. Entiende que la prueba practicada tenía por finalidad en relación con la partida de “cerramiento de la vía de ferrocarril, acreditar que no concurrieron las “circunstancias técnicas

objetivas” y en cuanto a la incorporación del carril-bici, aseverar que no fue finalmente ejecutado. La sentencia de instancia no contempla la inejecución de la citada senda peatonal, no motiva debidamente su resolución, ni efectúa valoración alguna sobre los siguiente medios de prueba: informe pericial emitido por la arquitecta \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\* interrogatorio de la demandada y documental procedente de organismos de la Administración pública.

Por último, arguye incongruencia omisiva, por falta de exhaustividad y omisión de pronunciamiento sobre la petición subsidiaria.

**TERCERO.-** Concedido traslado del escrito de apelación al Ayuntamiento de Guadalajara, su representación procesal presentó escrito oponiéndose a la apelación, en el que solicitó se dicte sentencia desestimatoria del recurso con imposición de costas a la parte recurrente.

En esencia, sustenta su escrito en tres pilares. El primero, explica que las características materiales y técnicas de las obras de aislamiento de las vías férreas las determina ADIF, caso por caso, en el momento en que se ejecuta el proyecto de urbanización, por lo que resulta difícil prever su coste al presentar la alternativa técnica y proposición jurídico económica del sector en el que únicamente se incluye un anteproyecto de urbanización. En segundo lugar, la sentencia realiza una valoración explícita de la prueba y concreta los informes que motivan la desestimación de la demanda.

**CUARTO.-** Recibidos los autos en esta Sección, se formó el presente Rollo, y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, ni siendo necesaria a juicio de la Sala la celebración de vista o la presentación de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 7 de julio de 2016, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone el presente recurso de apelación contra la Sentencia dictada por la Magistrada de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Guadalajara dictada en el procedimiento ordinario número 148/2011, por la que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil CERQUIA URBANIA S.L, considerando que es conforme a derecho la resolución de 7 de febrero de 2013 en la que estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto por la entidad mercantil CERQUIA URBANIA S.L contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de abril de 2010 por el que se aprueba parcialmente la retasación de los gastos de urbanización del Sector SNP 07 "ampliación del Ruiseñor".

La sentencia sustenta el fallo desestimatorio en el fundamento quinto atendiendo a lo resuelto en la sentencia anterior nº 338/2013 dictada por el mismo juzgado en el procedimiento 149/2011 de fecha 21 de noviembre de 2011, concluyendo que *"entrando en el fondo del asunto y en cuanto a la validez y eficacia de las resoluciones recurridas, partiendo de la base de que "la retasación de cargas que en el artículo 115.4 TRLOTAU se funda en la aparición de circunstancias técnicas objetivas, cuya previsión por el urbanizador no hubiera sido posible con ocasión de la elaboración del proyecto de urbanización", sólo podemos concluir con la desestimación del recurso interpuesto por la entidad mercantil CERQUIA URBANIA S.L, ya que no se ha desvirtuado la tasación efectuada por la administración, ni la improcedencia de los conceptos"*.

**SEGUNDO.-** Naturaleza del recurso de apelación. Antes de proceder a examinar los motivos aducidos por la parte recurrente, se debe efectuar

unas breves consideraciones sobre la naturaleza del recurso de apelación, atendiendo a la oposición esgrimida.

El recurso de apelación se clasifica como un recurso ordinario y ello implica que es un recurso que permite plantear ante el órgano que los resuelve un conocimiento pleno de la cuestión objeto de controversia. La apelación por su función revisora de la sentencia dictada en primera instancia, en principio, constituye una reiteración del debate objeto del proceso. Ahora bien, esta discusión en la apelación debe articularse no frente a la pretensión de la parte que dio lugar al inicial proceso dialéctico, sino frente a la sentencia que pone fin a la primera instancia y no sobre un nuevo material documental, sino ante los "autos" o conjunto de documentos en que se formalizó el primer juicio.

En definitiva, la apelación tiene por objeto la "depuración de los resultados de la primera instancia", lo que requiere la individualización de los motivos que le sirven de fundamento a fin de que el Tribunal de apelación pueda examinarlos y pronunciarse sobre ellos dentro de los límites y en congruencia con los términos en que venga ejercitada, sin que las partes puedan limitarse a reproducir los argumentos expuestos en primera instancia. La apelación es un proceso impugnatorio contra una sentencia cuyos razonamientos deben ser rebatidos y por tanto pueden discutirse en el escrito de interposición del recurso tanto la fijación de los hechos como la valoración de la prueba que se ha realizado en la sentencia.

Sin embargo, es cierto que la jurisprudencia ha venido constatando la prevalencia de la apreciación de la prueba realizada en la instancia, salvo en aquellos casos en los que se revele de forma clara y palmaria que el órgano a quo ha incurrido en error al efectuar tal operación o cuando existan razones suficientes para considerar que la valoración de la prueba contradice las reglas de la sana crítica. Ésta prevalencia tiene su base en el principio de inmediación y el consiguiente contacto directo con el material probatorio del juez a quo que le sitúa en mejor posición para la

labor de análisis de la prueba que la que tendrá la propia Sala que conoce de la apelación (STSJ Castilla-León de 18 de marzo de 2013, rec 16/2014; STSJ Madrid de 27 de febrero de 2013, rec 200/2013 y STSJ Extremadura de 22 de enero de 2013, rec.272/2012).

**TERCERO.-** Esta Sala, ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con las gastos impugnados en la sentencia nº 383/2015, de fecha 9 de diciembre de 2015, recurso de apelación nº 190/2014, ponente: Antonio Rodríguez González, si bien el pronunciamiento se refería al sector SP 40.

Entonces, se decidió en relación con el cerramiento de la vía de ferrocarril lo que se reproduce a continuación y que llevará a la desestimación del motivo aducido, dada la identidad objetiva de ambos procedimientos, aunque se refieran a sectores distintos.

*"Cuarto.- La siguiente cuestión a tratar afecta al gasto del cerramiento especial acordado por ADIF. Aquí ciertamente nos encontramos con una cuestión de naturaleza jurídica. La parte apelante destaca en su recurso que incurre en error la juzgadora de instancia al entender que el Real Decreto 2387/2004 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento del Sector Ferroviario introdujo una prevención en su artículo 39 que no pudo ser tenida en cuenta con ocasión de la presentación de la alternativa técnica y su aprobación en fecha 5 de agosto de 2004 y ello por cuanto la previsión de establecer un cerramiento ya venía recogido en el Real Decreto 1311/1990 de 28 de septiembre por el que se aprueba el reglamento de la Ley de ordenación de los Transportes Terrestres, de manera que no puede considerarse ese gasto como imprevisible, circunstancia requerida expresamente por el artículo 115.4 del TRLOTAU.*

*El artículo 39.2 del RD. 2387/2004 establece: "Las líneas ferroviarias convencionales deberán tener instalado un cerramiento, a ambos lados de la vía, en los tramos en los que esté permitido circular a una velocidad superior a 160 kilómetros por hora y, en todo caso, en los calificados*

*como suelo urbano. La calificación de un suelo no urbanizable como urbano o urbanizable obligará a su propietario a disponer en las líneas ferroviarias que lo atraviesen, a su costa y con los condicionamientos técnicos que determine el administrador de infraestructuras ferroviarias, de un cerramiento cuando se realicen las actuaciones urbanísticas correspondientes a la nueva calificación. Con carácter excepcional, por las especiales características de la línea ferroviaria de que se trate, la Dirección General de Ferrocarriles podrá ordenar la realización del citado cerramiento antes de que se inicie la actuación urbanística correspondiente”.*

*Por su parte el artículo 290.2 del Real Decreto 1211/1990 recogía:” La calificación de un suelo rústico por el que discurra el ferrocarril como urbano o urbanizable programado llevará implícita la obligación por parte de los propietarios de dicho suelo de realizar el correspondiente cerramiento cuando se realicen las actuaciones urbanísticas consecuentes a dicha calificación, o antes si, por razones de seguridad, así lo dispone el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones a propuesta o previo informe del correspondiente Ayuntamiento”.*

*Sin perjuicio de las dudas que surgen respecto a la viabilidad del alegato de la actora, dado la semejanza que presentan ambos preceptos, consideramos que en este caso debe ratificarse el criterio de la juzgadora de instancia en la medida en que la necesidad de recoger los costes se deriva del conocimiento de una previsión de gastos que puede cuantificarse en sus concretos extremos, siendo así que la entrada en vigor del R.D. 2387/2004 si bien no innova plenamente la legislación existente, si que concretiza la exigencia del establecimiento del cerramiento sobre la base las exigencias técnicas de ADIF, determinando con ello la introducción de un factor de incertidumbre que permite entender que concurre los presupuestos de la existencia de una circunstancia de carácter técnica y objetiva, que determinaba cuya previsión no pudo ser contemplada con ocasión de la elaboración del proyecto de urbanización.”*



Por el contrario, en cuanto al carril bici se llegó a otra consideración distinta a la expuesta en la sentencia.

*"Así en primer lugar nos referiremos al alegato segundo del recurso de apelación cuando imputa a la sentencia una defectuosa motivación y valoración probatoria con relación a su pretensión en orden a que se descontara la suma de 5,368'87 euros de la retasación correspondiente con el partida 09,03,03 Pav. Terr. Miga/Rio del Subcapítulo 09.03 Pavimentos y Bordillos. Esta petición se sustenta en el informe pericial aportado a instancia de la parte actora y suscrito por la arquitecta \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, donde se destaca que la ejecución de las obras del carril bici a requerimiento del propio Ayuntamiento de Guadalajara determinó la necesidad de adecuar el proyecto inicial con un incremento de los costes, pero lo cierto es que subsiste esta partida controvertida cuyo destino solamente podría imputarse a la senda peatonal inicialmente prevista.*

*Como anticipamos en el primer fundamento la sentencia ciertamente motiva su criterio sobre la base del contenido de los folios 13, 14 y 15 del expediente administrativo y un informe de fecha 29 de noviembre de 2012 emitido por la arquitecto municipal \*\*\*\*\* y ciertamente este Tribunal ha destacado en múltiples resoluciones la preferencia de los informes técnicos de la Administración, dada su objetividad, pero lo cierto es que en el presente caso los citados por la sentencia en ningún momento proceden a aportar razón de ciencia alguna a la hora de excluir el razonamiento de la perito de la entidad ahora apelante, siendo lo cierto es que sin perjuicio del principio general de carga probatoria, ciertamente la entidad codemandada, que a la postre procedió a solicitar un aumento de los costes de urbanizados, gozaba de una evidente facilidad probatoria a la hora de poder justificar en sede judicial la aplicabilidad de la partida discutida al proyecto finalmente ejecutado, lo que no concurre en el presente caso, por cuanto que ninguno de los documentos administrativos que constan en el expediente ni en particular el informe de la arquitecto municipal proceden a dar una explicación concreta sobre la cuestión*

*discutida que permitan refutar el razonamiento de la Sra. Gutiérrez Garrido, siendo por ello que debemos estimar en este punto la alegación de la parte actora.”*

Por razones de coherencia y seguridad jurídica, se debe llegar a la misma conclusión, si bien la cuantía a descontar se eleva a la cifra de de 33.428,16 euros.

**CUARTO.-** Por último se plantea como motivo de impugnación, la incongruencia omisiva, si bien también este aspecto fue abordado por la sentencia mencionada en los términos siguientes que sólo cabe confirmar, pues aun cuando las cantidades son distintas, la problemática es exactamente idéntica.

*“La parte apelante destaca la existencia de una incongruencia omisiva al no tratar la sentencia la pretensión subsidiaria en orden a que se procediera a delimitar el importe de los gastos del cerramiento sobre la base de las consideraciones que se contienen en su informe pericial aportado en su instancia, que procede a concretar que el importe no debería ser superior a 40,081'17 euros frente al aprobado de 53.347'24 y ello por entender que los precios unitarios en el encofrado en muros 2 caras debía reducirse desde 44'28 a 27 euros y que las medidas del acero corrugado B 400 S deben reducirse desde 3,261 kg hasta 1.726'29.*

*El Tribunal comparte con la apelante el criterio de que la sentencia ha cometido una evidente incongruencia al dejar de examinar una de las pretensiones articuladas. De la lectura de la sentencia no se objetiva razonamiento alguna que permita entender que la juzgadora habría analizado la citada pretensión para posteriormente desestimarla, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante un claro error, que nos lleva a la necesidad de examinar “ex novo” el material probatorio obrante en las actuaciones.*

*Así frente al informe pericial aportado por la entidad apelante, ratificado en juicio tenemos en esta ocasión por una parte la propia*

*exigencia técnica contenida en la resolución emitida por ADIF que objetiva las características de la actuación y no se ha practicado prueba alguna destinada a corroborar que el agente urbanizador no haya desarrollado la obra con arreglo a tales exigencias y en particular que el sobrecoste real sufrido sea el que ha manifestado, sin perjuicio de que hipotéticamente pueda sostenerse que hubiera sido posible realizar la misma obra con un menor coste, circunstancia que no puede enervar la posibilidad de que el agente urbanizador se vea resarcido en sus costes, sin que se haya acreditado que este haya obtenido un beneficio injusto.”*

**QUINTO.- Costas.** Con arreglo al art. 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la estimación parcial del recurso lleva a la no imposición de las costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

## **F A L L A M O S**

Que **ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Procurador D. Francisco Ponce Riaza, en nombre y representación de la parte apelante “CERQUIA URBANA, S.L.” contra la sentencia nº 89/2015, de fecha 30 de enero de 2015, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº Uno de GUADALAJARA, en el procedimiento ordinario nº 148/2011, la cual revocamos, acordando en su lugar estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado frente a la resolución de 7 de febrero de 2013 en la que se estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto por la entidad mercantil CERQUIA URBANIA S.L., contra el acuerdo de la Junta de gobierno Local de retasación de los gasto de urbanización del Sector SNP-07 “Ampliación del

Ruiseñor", declarando la nulidad parcial de la misma, en la medida en que debe excluirse del importe de la retasación la suma de 33.428´16 euros de la retasación correspondiente con la partida 09,03,03 Pav. Terr. Miga/Rio del Subcapítulo 09.03 Pavimentos y Bordillos, del capítulo 09 Zonas Verdes, rechazando el resto de pedimentos contenidos en la demanda y todo ello sin especial imposición de las costas causadas.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

Así, contra esta Sentencia, contra la que no cabe interponer recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D<sup>a</sup>. María Prendes Valle, estando celebrando audiencia en el día de su fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, doy fe.