

TEMA: GESTIÓN URBANÍSTICA

PROYECTO DE URBANIZACIÓN. SUZ MZ-2 Bº MONZALBARBA.

Inadmisión del recurso. Acto cubrimiento acequia, firme y consentido. No recurso, existencia de acuerdos previos de planeamiento no recurridos.

Nueva pretensión no planteada en recurso administrativo. Improcedencia.

Mantenimiento acequia por Ayuntamiento.

Fallo: Desestimación de causas de inadmisibilidad. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. Javier Albar Garcia

En ZARAGOZA, a quince de mayo de dos mil siete.

El Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, MAGISTRADO-JUEZ de lo Contencioso/Administrativo nº 2 de ZARAGOZA y su Partido, habiendo visto los presentes autos de 192/2006-AM seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como recurrente la COMUNIDAD DE REGANTES DEL TERMINO DE LA ALMOZARA, representada por el Procurador Sr. G.N. y asistida del Letrado Sr. D. V.C. y de otra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora Sra. C.A. y asistido por el Letrado Sr. G.P. sobre APROBACION PROYECTO URB. U.E.U. SUZ MZ-2; se encuentra asimismo comparecida, como parte codemandada, la JUNTA DE COMPENSACION DEL SECTOR SUZ-MZ/2 DEL P.G.O.U. DE ZARAGOZA, representada por la Procuradora Sra. B.A. y asistida por el Letrado Sr. R.P., y

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante escrito de fecha 11.04.06 se interpuso por la COMUNIDAD DE REGANTES DEL TERMINO DE LA ALMOZARA recurso contencioso-administrativo contra la siguiente actuación:

"Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 03.11.05 por el que se aprobó definitivamente el proyecto de urbanización de la Unidad de Ejecución única del Sector SUZ MZ-2, Barrio de Monzalbarba (Expte 56.187/05; así como contra la resolución que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la primera".

Acordándose incoar procedimiento ordinario, el cual debería sustanciarse conforme a lo dispuesto en el art. 45 y ss. de la LJCA, y reclamándose el oportuno expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido dicho expediente, y tras mandar completarse el mismo, se confirió traslado a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante el escrito que consta unido, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos.

Una vez formalizada la demanda, se dio traslado a la Administración demandada, con entrega del expediente administrativo, para que contestara a la misma en el plazo de veinte días, habiéndolo hecho conforme consta en autos.

Posteriormente, a los mismos efectos, se confirió traslado a la codemandada, quien presentó asimismo el correspondiente escrito de contestación.

TERCERO.- Que mediante auto de fecha 24.10.06 se acordó fijar la cuantía del recurso en indeterminada.

Recibido el procedimiento a prueba, por las partes se propusieron los siguientes medios:

Por la recurrente, documental y pericial, por la codemandada, testifical-pericial y determinada documental.

Practicándose las pruebas declaradas pertinentes, tal como consta en autos.

Finalizados, tanto el periodo ordinario de prueba como el ampliatorio que

hubo de acordarse, se acordó el trámite de conclusiones, constando unidos los respectivos presentados por las partes, quedando finalmente las actuaciones para dictar sentencia.

CUARTO.- Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimó el recuso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 3-11-2005 que aprobó definitivamente el Proyecto de Urbanización de la UE única del Sector SUZ MZ-2, barrio de Monzalbarba, en lo relativo al cubrimiento de la acequia de Quinto en el tramo que discurre por la UE, unos 250 metros.

Se alega que se había acordado que se dejase descubierta, que ello es más acorde con los valores paisajísticos y medioambientales que la acequia proporciona, que hace más fácil, sencillo y barato el mantenimiento, así como que respetaría el compromiso de la recurrente de asumir el coste de mantenimiento de la acequia, que se tomó en consideración a que la misma no se cubriría.

Por el Ayuntamiento se invoca la inadmisibilidad conforme al art. 69.c en relación con el art. 28 LJCA.

SEGUNDO.- La inadmisibilidad planteada se basa en que el acuerdo del cubrimiento no se tomó en el Proyecto de Urbanización, sino en el Convenio Urbanístico aprobado el 27-7-2000, en el Plan Parcial así como en el Proyecto de Reparcelación.

El examen del Convenio pone de manifiesto que hay un compromiso de “cubrimiento” de la acequia de Quinto, sin que quepa hacer disquisiciones semánticas sobre el significado de tal palabra, puesto que cuando se quiere indicar que se ha de establecer una capa de hormigón o cemento en el fondo de una acequia se habla de revestir o recubrir, mientras que el cubrimiento en primer lugar significa tapar algo, según la RAE. Por otro lado, no tendría sentido en el Convenio establecer una finalidad tan concreta, específica y marginal como sería la de revestir el fondo de la acequia. Está claro que cuando se incluye tal palabra se hace para hacer referencia a la solución que se toma para integrar la acequia dentro del campo de la UE. En todo caso, podría considerarse que tal previsión no era compatible con otras soluciones alternativas como pudiera ser la de dejar la acequia abierta, revestirla de cemento e integrarla en una zona verde, pero debe quedar claro que desde luego el cubrimiento o tapado de la acequia estaba contemplado en el Convenio.

En cuanto al Plan Parcial, no se ha aportado la totalidad del mismo, y lo publicado en el BOP 114 de 21 de mayo de 2002 no contiene tal concreción, habiendo habido, es cierto, propuestas por medio de informes municipales, en concreto el de 17-7-2003 del Servicio de Conservación de Infraestructuras, folios 10 y siguientes del expediente, o el de 26-9-2003 del Servicio de Parques y Jardines que contemplaron la posibilidad de dejar la acequia al descubierto, lo cual es otra opción. Tales informes nada significan en tanto en cuanto no se asumen por una resolución, y en el caso presente ocurrió un accidente en una acequia en el que se vio involucrado un niño, según manifestaron los peritos de la codemandada, D. M.L.F.R. y D. F.A.R.M., se decidió finalmente cubrir la acequia que nos ocupa por medio del previo revestimiento del fondo y paredes y posterior colocación de losas de hormigón con registros cada 25 metros. Tal opción, como han venido a reconocer varios peritos, incluido el judicial, en sus diversos escritos e informes, es más segura para terceros, aunque más costosa para su mantenimiento. El caso es que fue la asumida por el Proyecto de Reparcelación, acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4-3-2005, BOP 15-4-2005, nº 84, que aprobó definitivamente dicho Proyecto de Reparcelación, en el cual se tuvieron en cuenta las alegaciones de la Comunidad de Regantes que hoy recurre con relación a tal cuestión, haciéndose referencia en la motivación al Convenio, ya mencionado, y al propio Plan Parcial, entendiéndose que en la página 34 del TR se recoge la valoración de la cubrición de la acequia,

considerando que ello supone que se adoptó la decisión de cubrirla en el sentido de taparla. Tal acuerdo de 4-3-2005 daba el correspondiente pie de recurso potestativo de reposición y contencioso-administrativo, sin que la recurrente, que por fuerza tuvo conocimiento del mismo, lo impugnase, con lo cual devino firme y consentido. Es más en el citado acuerdo se decía de forma expresa que se incorporaría el cubrimiento “al proyecto de urbanización”, lo que obligaba a la parte a recurrir dicho acuerdo de 4-3-2005, si no quería dejar que ganase, como ganó, firmeza.

Lo anterior obliga a estimar la causa de inadmisión planteada del art. 69.c en relación con el 28, ambos de la LJCA, al haber quedado firme y consentida la decisión de cubrimiento de la acequia, lo que acarrea también la inadmisión de todas las pretensiones complementarias o alternativas, como lo son la pretensión de indemnización por responsabilidad patrimonial y la pretensión de imponer un sistema alternativo de cubrimiento, que además estarían viciadas de desviación procesal, pues no se pretendieron en los recursos administrativos.

TERCERO.- Cabría plantearse, no obstante, si se habría podido alterar la situación que se constituyó por la compraventa del terreno con constitución de servidumbre, de modo tal que se pudiera solicitar una indemnización o bien que se asumiese por el Ayuntamiento el coste de la limpieza y mantenimiento, que es lo que, en el fondo, se está discutiendo.

Al respecto, debe también rechazarse, por varios motivos.

En primer lugar, porque estaríamos ante un supuesto de desviación procesal, lo que obligaría a inadmitir tal pretensión. Así, se ha producido una alteración entre las pretensiones sostenidas en el recurso administrativo, que integra la pretensión que se sostiene en el escrito de recurso y las sostenidas en la demanda, pudiendo citarse al respecto al STS de 17-11-2005, en la que se considera tal causa de inadmisión con base en el art. 33.1 de la LJCA, cuando dice: *“entre la pretensión de uno y otro escrito se produce una desviación procesal que la Ley no permite, porque las pretensiones en uno y otro caso son diametralmente distintas, y, por lo tanto, no es que se aleguen nuevos argumentos o nuevos razonamientos jurídicos sino nuevas y distintas peticiones lo que constituye ese vicio de desviación procesal no permitido por la Ley de la Jurisdicción”*.

En segundo lugar, porque estaríamos también ante el efecto de la resolución firme y consentida, puesto que en el citado acuerdo de 4-3-2005 se dice: *“debe quedar claro que el mantenimiento de la misma no correrá a cargo del Ayuntamiento de Zaragoza”*, extremo que tampoco fue recurrido.

En tercer lugar, porque en la escritura de 12-2-2003, firmada por la Comunidad de Regantes de la Almozara e I.G.C.S.L. -en la que se transmitió la finca y se constituyó sobre ella una servidumbre perpetua de acueducto y paso- la servidumbre no se hizo con expresa fijación de que no se podría cubrir, ni que en caso de hacerse se alteraría la obligación de mantenimiento a cargo de la titular de la servidumbre, con lo cual es plenamente eficaz el art. 560 CC, que faculta al titular del predio sirviente a cerrarlo, cercarlo y a *“edificar sobre el mismo acueducto”*, con el único límite de que el mismo no experimente perjuicio ni se *“imposibiliten”* las *“reparaciones y limpiezas necesarias”*. Por tanto, se puede edificar y con más razón cubrir, siempre que no se perjudique el acueducto, y tal cubrimiento no lo perjudica, pues puede limpiarse, e incluso hay menos crecimiento de musgos o hierbas (el llamado pan de rana). Es cierto que encarece algo el coste, pero eso no es un límite a tal facultad, sino que el límite está en que imposibilite la limpieza y reparación, cosa que no ocurre, según las periciales aportadas.

Por tanto, y en resumidas cuentas, procede inadmitir el recurso interpuesto, sin haber lugar a entrar en las consideraciones sobre la oportunidad de cubrir o no la acequia.

CUARTO.- No procede hacer expresa condena de las costas del recurso, conforme al art. 139 LJCA.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

FALLO

Que debo inadmitir e inadmito el recurso interpuesto por la Comunidad de Regantes del Término de la Almozara contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimó el recuso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 3-11-2005 que aprobó definitivamente el Proyecto de Urbanización de la UE única del Sector SUZ MZ-2, barrio de Monzalbarba, en lo relativo al cubrimiento de la acequia de Quinto en el tramo que discurre por la UE, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA
Recurso de apelación nº 242/2007. Sentencia de 09/12/2010

TEMA: GESTIÓN URBANÍSTICA

PROYECTO DE URBANIZACIÓN. SUZ MZ-2. Bº MONZALBARBA.

Inadmisión recurso procedencia. Existencia actos previos firmes y consentidos.

Fallo: Desestimación. Favorable al Ayuntamiento.

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE

D. Ricardo Cubero Romeo (Ponente)

MAGISTRADOS

D. Jesús Arias Juana

D^a Isabel Zarzuela Ballester

D^a Nerea Juste Díez de Pinos

Zaragoza, 9 de diciembre de 2010.

Que dicta la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (SECCION PRIMERA) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, compuesta por los Ilmos. señores Magistrados, don Ricardo Cubero Romeo, Presidente, don Jesús Arias Juana, doña Isabel Zarzuela Ballester y doña Nerea Juste Díez de Pinos, en el recurso de apelación referido más arriba, interpuesto por la COMUNIDAD DE REGANTES DEL TERMINO DE LA ALMOZARA, representada por el Procurador don I.J.N. bajo la dirección del Letrado don F.J.Z.M., contra la sentencia 159/2007 dictada el 15 de mayo por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Zaragoza en el Procedimiento Ordinario 192/2006, que inadmitió el recurso interpuesto por la actora, ahora apelante, contra el acuerdo adoptado el 3 de noviembre de 2005 por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zaragoza, por el que se aprobó definitivamente el proyecto de urbanización de la unidad de ejecución única del Sector SUZ MZ-2, barrio de Monzalbarba; y contra la desestimación del recurso de reposición interpuesto con aquel acuerdo adoptada el 27 de enero siguiente.

Son partes apeladas, el AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA, representado por la Procuradora doña N.C.A. y defendido por el Letrado consistorial don C.G.P., y la JUNTA DE COMPENSACION DEL SECTOR SUZ MZ-2 del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, representada por la Procuradora doña C.B.A. bajo la Dirección del Letrado don J.F.R.P.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El citado Juzgado dictó la mencionada sentencia cuyo fallo es el siguiente: "Que debo inadmitir e inadmito el recurso interpuesto por la Comunidad de Regantes del Término de la Almozara contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zaragoza que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de 3-11-2005 que aprobó definitivamente el Proyecto de Urbanización de la UE única del Sector SUZ MZ-2, barrio de Monzalbarba, en lo relativo al cubrimiento de la acequia de Quinto en el tramo que discurre por la UE, no habiendo lugar hacer expresa condena de las costas del recurso."

Notificada a las partes la anterior sentencia, fue recurrida en apelación por la actora solicitando fuese revocada, dictándose otra por la que fuese estimada la demanda. Alegaba para ello tres motivos principales bajo diversas consideraciones: la inexistencia de la causa de inadmisibilidad apreciada por el Juzgado porque el cubrimiento de la acequia no fue obligación contraída por en convenio urbanístico, ni en el Plan Parcial, sino que fue introducida unilateralmente por el propio Ayuntamiento al tiempo de aprobar el Proyecto de Urbanización, interpretando, por lo demás, de forma errónea el término semántico empleado, "recubrimiento", oponiéndose, no obstante lo anterior, a la desviación procesal que dice la sentencia apelada advertir en la demanda, pues la pretensión ejercitada en aquella de forma alternativa y consistente en que se declarase la obligación del Ayuntamiento de correr con los gastos de mantenimiento y limpieza del tramo de la acequia a cubrir, lo es y era para el supuesto caso, de que la se ratificase judicialmente la legalidad de las obras del soterramiento de la acequia, y, finalmente, indicaba que la resolución

impugnada en instancia incurre en arbitrariedad, en cuanto existían otras soluciones técnicas alternativas a la recurrida en instancia.

2.- Admitido a trámite el citado recurso de apelación, se dio traslado del mismo al Ayuntamiento demandado, el cual, oponiéndose al mismo, solicitó la confirmación de la sentencia por sus propios razonamientos. Haciéndolo en el mismo sentido la citada parte codemandada.

3.- Remitidas las actuaciones con emplazamiento de las partes, fue señalado para deliberación, votación y fallo el día 2 de diciembre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconforme la actora con la Sentencia del Juzgado que inadmitió el recurso por ella interpuesto porque, a criterio del Juzgado, la resolución recurrida, el proyecto de urbanización, en cuanto recoge el cubrimiento de la acequia de Quinto a su paso por el lugar de autos, de la que se sirve aquella comunidad de Regantes, es ejecución de un acto firme y consentido, cual fue el convenio urbanístico, primero, y luego el Plan Parcial de desarrollo de Suelo Urbanizable No Delimitado del Sector SUZ MZ-2, del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, aprobado por el Ayuntamiento de Zaragoza (barrio de Monzalbarba), y el Proyecto de Reparcelación que ya recogían aquella determinación urbanística, sin que la recurrente hubiese opuesto reparo alguno mediante la impugnación, aquella parte viene a formalizar el presente recurso de apelación por los motivos antes referidos.

Comenzando con el de carácter procesal, necesariamente se ha de confirmar el fallo de la sentencia. Y en efecto, y tal como alegan las partes apeladas y se lee de la copia del Boletín Oficial de la Provincial de Zaragoza nº 76, de 3 de abril de 2001, aportada en el escrito de contestación de la demanda de la Corporación Municipal, el Convenio urbanístico, de fecha 6 de marzo de 2001, cuyo proyecto fue aprobado por el Ayuntamiento Pleno en sesión plenaria de 27 de julio de 2000, recogía en el expositivo 3ª preliminar a su clausulado pactado entre el Ayuntamiento y los promotores de la urbanización de aquel sector de 53.017 metros de superficie, aproximadamente, en el que inicialmente se proyectó construir 212 viviendas unifamiliares aisladas, pareadas o en hileras, de las que la mitad serían de Promoción oficial, que aquéllos particulares se comprometían al "cubrimiento de la acequia de Pinto" (ha de entenderse Quinto). Dicho particular no fue impugnado por la apelante. Como tampoco recurrió, al respecto, el Plan Parcial, aprobado por el Ayuntamiento Pleno el 28 de marzo de 2002. Y, es más, el propio informe pericial, apodado por la actora en la pieza separada de suspensión y adjuntado por la codemandada en su escrito oponiéndose al recurso de apelación, baraja la solución técnica de cubrir la acequia y la forma de hacerlo, que con un presupuesto inicial de 31.353 euros, fue expresamente ratificada por el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 4 de marzo de 2005 (no recurrido), aprobatorio con carácter definitivo del Proyecto de Reparcelación luego tras desestimar las alegaciones, al efecto hechas por la Comunidad de Regantes del Término de la Almozara (documento nº 2 de la contestación de la demanda por la citada Junta de Compensación).

De manera que concurre en el caso la causa de inadmisibilidad prevista en el apartado c) del artículo 69 en relación con el 28, ambos de la Ley procesal de este orden jurisdiccional, tal como apreció la sentencia del Juzgado, puesto que la actora no impugnó los instrumentos de planeamiento anteriormente aprobados, Convenio, Plan Parcial y Proyecto de Reparcelación, haciéndolo, sí, respecto al acuerdo municipal que aprobó con carácter definitivo el Proyecto de Urbanización de la indicada unidad de ejecución adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión de 3 de noviembre de 2005.

Y ello, por lo tanto, constituye un obstáculo procesal para considerar el motivo aducido por la apelante respecto al fondo del asunto, es decir, la arbitrariedad, a su juicio, de no contemplar el proceso urbanizador, instado por terceros, la configuración original de la acequia, es decir, que permaneciera "a cielo abierto", con la adecuada protección de seguridad para las personas, conjugando así los intereses en juego, como lo impide respecto a la alegada desviación procesal de la pretensión subsidiaria de la demanda, que en definitiva, denota el componente principal de este

pleito, que no es otro que el sobre coste económico que para la comunidad de Regantes supone el cubrimiento de la acequia, derivado del incremento, sin duda, de los gastos de mantenimiento y limpieza del cauce, cuyos terrenos (1.176 metros cuadrados) fueron vendidos por la apelante por el precio de 90.000 euros, a los efectos urbanizadores de que se trata, previa constitución de una servidumbre de acueducto, según refiere la codemandada en su escrito oponiéndose al recurso de apelación.

SEGUNDO.- Siendo, por todo ello, desestimable el presente Recurso de apelación y, consiguientemente, de confirmar la sentencia del Juzgado, e imponiendo a la apelante las costas procesales originadas en esta segunda instancia (artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción), la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el presente recurso de apelación 242/2007, interpuesto por la COMUNIDAD DE REGANTES DEL TERMINO DE LA ALMOZARA contra la mencionada sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº Dos de Zaragoza, la cual se confirma. Imponiendo a la apelante las costas procesales de esta segunda instancia.