

TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA

REQUERIMIENTO RETIRADA. ESCALERA.

Impugnación indirecta Plan General improcedencia.

Calificación viario público procedencia.

Requerimiento retirada improcedencia, terreno privado no ocupado por el Ayuntamiento.

Posibilidad de uso provisional de la escalera.

Ilmo. Sr.

MAGISTRADO-JUEZ

D. José Javier Oliván del Cacho

En Zaragoza, a veinticuatro de julio de 2012.

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Javier Oliván del Cacho, Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de los de Zaragoza, en el que ha sido actora FUNDACIÓN C.S.C., representada por la Procuradora Doña M.P.M., con asistencia Letrada de D. P.S.M. y como demandado el Ayuntamiento de Zaragoza, representado por Doña S.S.S. Procuradora, con asistencia de la Letrada Consistorial siendo objeto del recurso el Acuerdo del Consejo de Gerencia de fecha 22 de septiembre de 2011.

HECHOS

PRIMERO.- El día 28 de octubre de 2011, se presentó recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo precitado.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de enero de 2012, se presentó escrito de demanda, en cuyo suplico se interesaba que se dictara Sentencia “por la que se declare nulo o, en su caso; se anule el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gerencia de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza de 22 de septiembre de 2011, por el que se acordó requerir a S.C. para que en el plazo de un mes proceda a la retirada de la escalera mecánica que comunica zona. actualmente de aparcamiento con puerta situada en la valla de cerramiento de S.C. en Camino de Luna y todo ello con imposición de costas a la Administración demandada. Igualmente se solicita que, dado que se impugna el Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, se acuerde la anulación del extremo relativo a la determinación del denominado Camino de Luna como viario público, ordenando que se grafíe como suelo urbano consolidado, zona A3/2 o, en su defecto, como espacio libre privado”.

TERCERO.- Del expediente administrativo cabe derivar los siguientes elementos fácticos:

1.- Al folio 1 del expediente, por Doña T.A.V., en escrito de 1 de diciembre de 2010, solicitó información al Ayuntamiento sobre el llamado “Camino de Luna”

2.- A los folios 7 y 8 obra escrito del Servicio de Información Geográfica, de 14 de diciembre de 2010, con el que se aporta plano del Camino de Luna, con ancho acotado en el PGOU de 2007 de 8 metros.

3.- Al folio 9 obra informó de la Sección de Información Urbanística de 27 de diciembre de 2010, en el que, entre otras cosas, puede leerse:

“(…) los terrenos señalados en el plano de emplazamiento aportado se encuentran situados en el área de referencia 59. Según el Plan General de Ordenación Urbana aprobado por el Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón, de fecha 13 de junio de 2011, y su Texto Refundido de diciembre de 2007, aprobado definitivamente el 6 de junio de 2008, son terrenos que pertenecen a la trama del viario público de la ciudad (...).”

Respecto a los anchos de calle de los diferentes tramos se adjunta plano del Servicio de Información Geográfica donde aparecen reflejados los mismos así como

las nuevas alineaciones señaladas por el Plan General en este ámbito.

Para realizar cualquier tipo de actuación urbanística habrá de solicitarse la preceptiva licencia. Si se realizan obras sin la concesión de la misma o contrarias a las condiciones que en la concesión de la licencia puedan establecerse se estará incurriendo en una infracción urbanística y se actuará conforme a lo establecido en el Capítulo II, Protección de legalidad y Capítulo III, Régimen sancionador de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón”.

4.- Previa petición municipal, al folio 11 figura comparecencia el día 19 de enero de 2011 de la Sra. A.V., en la que se manifiesta:

“Sobre el escrito presentado en su día insistir que lo que realmente se solicita es la información de cómo queda reflejada en Urbanismo la calle y los metros de anchura.

Respecto de lo que se me solicita decir que sobre el derribo de las parcelas, unas hace unos 10 meses y otra en agosto de 2010, el responsable es S.C. sobre la colocación de una escalera que invade el paso público, se colocó sobre la primavera pasada. No puedo concretar fechas porque no fui por allí en unos meses ya que viajé fuera de España.

Insisto en que se me comunique lo primero que se solicita”.

5.- Con fecha 26 de enero de 2011, la Jefe de Sección de Información Urbanística emitió informe del siguiente tenor (folio 13):

“Los terrenos señalados en el plano de emplazamiento aportado se encuentran situados en el área de referencia 59. Según el Plan General de Ordenación aprobado por el Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón, de fecha 13 de junio de 2011, y su Texto Refundido de diciembre de 2007, aprobado definitivamente el 6 de junio de 2008, son terrenos que pertenecen a la trama del viario público de la ciudad.

Respecto a los anchos de calle de los diferentes tramos se adjunta plano del Servicio de Información Geográfica donde aparecen reflejados los mismos, así como las nuevas alineaciones señaladas en el Plan General en este ámbito.

Para realizar cualquier tipo de actuación urbanística habrá de solicitarse la preceptiva licencia obras sin la concesión de la misma o contra las condiciones que en la concesión de la licencia puedan establecerse se estará incurriendo en una infracción urbanística (...).”

Con fecha 3 de febrero de 2011, el Coordinador comunicó la precitada información con el correspondiente plano a la Sra. A.V.

6.- Al folio 28 obra Informe del Arquitecto Técnico del Servicio de Inspección Urbanística de 15 de marzo de 2011, en el que puede leerse:

“1.- Se observa la existencia de una escalera metálica que comunica una zona (sobre tierra con balasto) que actualmente se destina a aparcamiento, con una puerta situada en la valla de cerramiento del S.C.

2.- De acuerdo a la cartografía de los planos de Calificación y Regulación del Suelo, del Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza -Texto Refundido de 2007, parte de la zona anteriormente descrita como aparcamiento y en concreto la zona donde se ha ejecutado la escalera se sitúa en terreno destinado a viario público ()“.

7.- Por el Servicio de Inspección, en fecha 24 de marzo de 2011, folio 30, se informó:

“1.- Que las obras realizadas las cuales ya se describieron en nuestro anterior informe, en aplicación de lo establecido la Ley 3/2009 de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, incumplen el artículo 266, apartado 3.

2.- Que a criterio de esta Sección Técnica dichas obras no son susceptibles de legalización (...).”

8.- Con fecha 14 de abril de 2011, folio 32, se emitió informe por el Servicio de Inspección Urbanística, folio 32, en el que se dijo:

“(...) la obra realizada y ya descrita en nuestro anterior informe fechado el 15 de marzo de 2011 (...) le es de aplicación lo establecido en el artículo 8.2.1 Red Viaria de la Norma Urbanística del vigente Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza”.

9.- Por resolución del Consejero del Área de Urbanismo, Infraestructuras, Equipamientos y Viviendas, de 26 de febrero de 2011, se inició procedimiento de

restablecimiento del orden urbanístico (folios 35 a 37).

10.- A los folios 39 a 42 obra escrito de alegaciones de la actora.

11.- Por el Servicio de Administración del Suelo en fecha 15 de julio de 2011, se expuso (folio 53):

“...Que en la cartografía y antecedentes del archivo de este Servicio, no figuran datos que acrediten el mencionado Camino Luna como propiedad municipal. Al margen de que el Plan General de Zaragoza lo incluya como viario público.

Igualmente, en lo que respecta a los terrenos afectados por la nueva alineación establecida en el Plano de Señalamiento de Alineaciones de fecha 14-12-2010, indicar que tampoco consta su obtención (...).”

12.- Previo informe del Servicio de Disciplina Urbanística, el Consejo de Gerencia, en 22 de septiembre de 2011, resolvió requerir a S.C. para la retirada de escalera mecánica que comunica zona actualmente de aparcamiento con puerta situada en valla de cerramiento de S.C. en Camino de Luna.

CUARTO.- En la demanda, tras describir minuciosamente la situación fáctica y jurídica del terreno de Autos, se afirma que “es una realidad física y jurídica que el camino objeto del presente litigio es no sólo de titularidad privada (hecho este reconocido por el propio Ayuntamiento en el informe unido al expediente como documento nº 6) si no de uso privado de los copropietarios del mismo”. De ahí que la escalera instalada por la actora se haya situado en un terreno de titularidad privada y uso privado, lo que invalida el requerimiento del Consejo de Gerencia de 22 de septiembre de 2011.

Ya en fase de conclusiones, se han recogido las siguientes afirmaciones:

1.- Que el actual Camino de Luna recibió tal denominación a partir del procedimiento administrativo de empadronamiento de la vivienda del Sr. O., siendo antiguamente conocido como Camino de Herederos.

2.- Que el citado Camino se divide en tres tramos en forma de “U”, habiendo cedido en 1950 el S.C. una porción de terreno paralela al camino para hacerlo más ancho.

3.- Que dicho paso ha sido siempre de titularidad privada.

4.- Que la utilización del paso por cualquier persona ajena a los copropietarios resultaría absolutamente imposible, al ser un camino sin salida.

5.- Que el paso o camino no objeto de ninguna actuación municipal.

6.- Que el Ayuntamiento basa su tesis de considerar el camino como “viario de uso público” en función exclusivamente de aparecer en “blanco” en el plano de calificación y regulación del Plan de Ordenación Urbana.

7.- Que también aparecen “en blanco” todas las calles privadas de urbanizaciones contiguas, como “El Realengo” o “Las Abdulas”.

8.- Que la ubicación de la escalera se encuentra en la confluencia del segundo y tercer tramo del paso o camino, al que no le afectan las alineaciones fijadas por el Ayuntamiento que sólo se refieren al primer tramo.

9.- Que cuando se refleja el uso público de algún viario de titularidad pública se ha reflejado expresamente, como sucede con la calle Isla de Malta.

A partir de lo anterior, se ha planteado tanto una impugnación indirecta del Plan (al establecer el uso público del viario) como una impugnación, por motivos autónomos, del requerimiento municipal, estableciéndose también una especie de petición subsidiaria, en función de la aplicabilidad del artículo 27.4 de la Ley Urbanística de Aragón.

Por su parte, la Sra. Letrada consistorial ha defendido la improcedencia de plantear la impugnación indirecta en los términos expuestos por la actora y se ha referido a los informes favorables a las tesis municipales y a la ausencia de prueba pericial a instancias de la actora que los contradiga.

QUINTO.- La primera cuestión que debe resolverse pasa por valorar si la impugnación indirecta debe prosperar, toda vez que, al decir de la parte actora, la previsión del Plan de considerar viario al terreno de Autos sería contrario a los principios de racionalidad y de coherencia, que, constituyen límites de la potestad discrecional de planeamiento.

Ocurre que, con independencia de la dificultad (puesta de manifiesto por la

Letrada Consistorial) de impugnar prescripciones de un Plan heredadas de otro anterior ya derogado, ha faltado una prueba suficiente que evidenciara el carácter arbitrario o irracional de tal decisión. Ello es así, porque sin una prueba muy concluyente (especialmente, aunque no siempre, de tipo pericial) resulta imposible considerar como irracional que se considere al camino en cuestión como viario a pesar de que tal viario (o en expresión coloquial, calle), no tenga salida, puesto que pueden existir (y de hecho, existen) viales sin salida.

Tampoco, se ha acreditado que pueda reputarse como un error el hecho de considerar que el camino sea viario, a pesar de haberse alegado que calles de titularidad y uso privado de las cercanías son también pintadas en blanco y no por ello se califican como de uso público. Igualmente, la actora ha hecho referencia a que, cuando en algún caso se considera a una calle privada como de uso público (se cita la Calle Isla de Malta), se hace expresa mención a esta circunstancia en el planeamiento, cosa que no sucede en el caso de Autos. Sin embargo, y a pesar de su valor, estas objeciones de la demandante no pueden prosperar, debido, no sólo a la existencia de unas alineaciones en parte del viario, sino también al hecho de que existen acuerdos formalizados de la propia Corporación (en función de documentos aportados con el escrito de contestación a la Demanda) que acreditan que el camino para el Ayuntamiento es un viario.

Deben, por tanto, rechazarse estas alegaciones vinculadas directamente con el Plan que ha venido a aplicar la Corporación, a la hora de dictar el acto impugnado.

SEXTO.- En cuanto al examen de la legalidad del requerimiento de retirada de la escalera en sentido estricto, este Juzgado entiende que, en efecto, resulta muy apropiada la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002, en la que se pone de manifiesto la imposibilidad de considerar que el simple dibujo de un viario en un terreno de propiedad privada supone un cambio de titularidad y la transmisión de su propiedad, máxime ante unas características de un camino que son semejantes a las del caso de Autos. El Alto Tribunal dice al respecto:

“No es razonable que la Administración municipal pretenda que baste con dibujar un plano para que, sin más, se produzca la afectación de unos terrenos a un uso o servicio público.

Las fotografías que figuran en las actuaciones, claramente muestran que se trata de unos caminos sin asfaltar, sin aceras, ni signo de ninguna clase que permitan acreditar bar la presencia municipal activa, ostensiva de esta posesión en concepto de dueño, que en modo alguno pueden ser tenidos por un viario de uso público, ni siquiera por un parque. Lo que esas fotografías ponen de manifiesto es que allí hay una ausencia total de presencia municipal que sea indicativa de preocupación por una mínima actividad posesoria que patentice ese destino a ese uso o servicio público”.

Declaraciones semejantes también recogidas en la Demanda, son las contenidas en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de fecha 6 de septiembre de 2007, rec. 400/2007.

De ahí que, si bien la calificación otorgada por el Plan al terreno de Autos impediría la colocación de una escalera (ex art. 8.2.1, al formar parte de la red viaria y estar destinado el terreno al movimiento de peatones y vehículos), las circunstancias del caso existente llevan a que, efectivamente, pueda otorgarse una licencia provisional en función de los siguientes factores.

De entrada, nos encontramos con un terreno, cuya titularidad pública no se ha acreditado, en virtud de la escritura obrante como documento nº 6 de la Demanda, del Informe del Servicio de Administración de Suelo y de la falta de toda intervención municipal en el camino, a pesar de que se ha afirmado que tal camino tiene esta consideración de viario desde el planeamiento de los años ochenta, pero sin que se haya ejecutado ni realizado actuación pública en el mismo durante tan amplio período de tiempo.

De hecho, el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 17 de marzo de 2011, rec. 214/2007, al anular una actuación de disciplina urbanística en relación con un monolito colocado en un vial público (al existir una previa licencia), lo hizo sin perjuicio de que la Corporación pudiera ejercitar sus potestades de recuperación de los bienes, “pero previa la tramitación del expediente de recuperación

correspondiente". Y tal expediente de recuperación, ciertamente, tampoco se ha tramitado en nuestros Autos.

En segundo lugar, nos encontramos ante una simple escalera metálica que es fácil de retirar en caso de ejecución del plan, por lo que, desde esta perspectiva, no parece que pueda oponerse un serio impedimento a su mantenimiento provisional, en tanto en cuanto se lleve a efecto la gestión del Plan, que no se ha probado que sea inminente o próxima en el tiempo por otro lado, el mantenimiento de la escalera conlleva una utilidad innegable a los usuarios del centro deportivo contiguo, lo que también debe valorarse desde la perspectiva del principio de proporcionalidad (art. 84 de la Ley de Bases de Régimen Local).

De ahí que este Juzgado considere apropiada la apelación que se ha efectuado al artículo 27.4 de la Ley Urbanística de Aragón de 2009, que dice así:

"4.- Excepcionalmente, podrá otorgarse licencia municipal para usos y obras de carácter provisional que no dificulten la ejecución del planeamiento, y que habrán de cesar en todo caso y ser demolidas sin indemnización cuando lo acordare el órgano municipal competente. La licencia, bajo las indicadas condiciones aceptadas por el propietario, se hará constar en el Registro de la Propiedad".

En este punto, este Juzgado ha tenido a la vista la Sentencia del Juzgado nº 3 de esta clase y sede, de fecha 20 de noviembre de 2009, P.O. 72/2009, en la que precisamente se llega a una solución semejante en un caso con importantes similitudes, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1999.

Las consideraciones anteriores determinan la anulación del requerimiento impugnado, en cuanto que se debió dar la oportunidad de obtener una licencia provisional en función de las circunstancias expuestas.

SEPTIMO.- No se hace especial pronunciamiento en materia de costas, ex art. 139 de la Ley Jurisdiccional.

FALLO

Se estima parcialmente el Recurso Contencioso-Administrativo 458/2011 interpuesto por F.C.S.C contra el Acuerdo de 22 de Septiembre de 2011, que se anula, en cuanto no ofreció la oportunidad de obtener una licencia provisional en función de las circunstancias expuestas en el Fundamento Jurídico Quinto; sin costas.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.