

**TEMA: DISCIPLINA URBANÍSTICA**

REQUERIMIENTO DE ADAPTACIÓN. BADÉN. IMPROCEDENCIA.

Ausencia de informe municipal justificativo.

No necesidad preaviso obra por inexistencia de la misma.

**Ilmo. Sr.**

**MAGISTRADO-JUEZ**

D. Javier Albar García

En ZARAGOZA, a ocho de Noviembre de 2011.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. JAVIER ALBAR GARCIA, Magistrado Juez de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de ZARAGOZA, los presentes Autos de Procedimiento Ordinario Nº 87/2011/BM, instados por Comunidad de Propietarios de la Calle Granados, 1-3 de Zaragoza representado por el Letrado D.M.T.C. siendo demandado Ayuntamiento de Zaragoza, representado por la Procuradora Dña. S.S.S. y defendido por la Letrada Doña R.S.G. sobre: “*Acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza de fecha 21 de diciembre de 2010 por el que se requiere al recurrente entre otros, para la “adaptación del badén a las normas municipales”*”.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra el Acuerdo dictado por el Consejo de Gerencia Municipal de Urbanismo de 21 de Diciembre de 2010 y más arriba referenciado.

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

**SEGUNDO.-** Que tras recibirse el expediente administrativo, se dio traslado del mismo a la recurrente para que en el plazo de veinte días formalizase la oportuna demanda, habiéndolo hecho mediante 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 puede verse en Autos.

**TERCERO.-** Que mediante Decreto de fecha 04.07.11 se acordó fijar la cuantía del recurso en Indeterminada, sin perjuicio de lo que S.Sª acuerde fijar en la Sentencia.

Por Resolución de fecha 31.10.11 se declaró el pleito concluso para Sentencia.

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

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se recurre la resolución de 21-12-2010 del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que requirió a la Comunidad de Propietarios Granados de la calle Granados 1-3 para que, en el plazo de un mes, adaptase al badén a las Normas Municipales, en el sentido de que toda la zona del badén, excepto un metro de anchura, debería estar a la altura de la rasante de la acera, en lugar de ocupar todo el ancho de la acera, así como que el rebaje debe ser de 13 metros y no de 12.

Se alega que la acera era propiedad municipal, así como que no se ha

infringido ninguna norma.

**SEGUNDO.-** Se opuso inadmisibilidad por el Ayuntamiento, por haberse tomado el acuerdo de la CP el 18-3-2011, cuando se había notificado el 20-12-2010, es decir, pasados los dos meses para recurrir. Debe rechazarse, debiendo invocarse al respecto la sentencia del TSJA de 29-9-2006, rec. 255/2003 que revocó, el Auto de este Juzgado de 27-6-2003 que había inadmitido el recurso interpuesto por una Comunidad de Bienes, al no haber subsanado, tras ser requerida, la falta de acreditación del acuerdo para litigar, respecto de la cual consideró el TSJ que era válido el acuerdo de ratificación obtenido incluso con posterioridad al propio Auto de inadmisión. Y presentado con la apelación, no debiendo olvidarse además que en la Jurisdicción Contenciosa, de carácter reactivo y con breves plazos para recurrir, dos meses, art. 46 LJCA, debe ser más flexible a la hora de la exigencia de los requisitos para recurrir, precisamente porque dicha brevedad puede sumir, de lo contrario, en la indefensión real a los ciudadanos y, sobre todo, a las personas jurídicas o, antes de otro tipo. En este caso, precisamente, se puede entender que el Presidente ha actuado, como comunero, en beneficio de los demás, que se habrían visto afectados irremisiblemente por un requerimiento claramente perjudicial en caso de no haber recurrido, y que al final han ratificado su actuación.

**TERCERO.-** Un asunto idéntico, en relación con la CP de Beethoven 34-36 ya se ha resuelto en este Juzgado, con número 19/2011 y Sentencia de 4-10-2011, siendo su objeto el badén de un edificio promovido por la misma constructora, en la que se decía: *“SEGUNDO.- La calle se encuentra en la Ciudad Jardín Rosales del Canal. Las obras fueron recibidas de C.P.C.U.S.A. el 13-12-2007, sin que se hiciese excepción alguna tal recepción por la configuración de las aceras, documento 4 de la demanda. Tal recepción había demorado la concesión de la licencia de badén la primera vez que se había solicitado, documento 3 de la demanda, habiendo un informe del Servicio de Movilidad Urbana en el que se decía que “los accesos a los garajes no tienen ningún impedimento técnico para su legalización”, si bien se indicaba que no podía procederse a la legalización mientras no se hiciese la recepción.*

*Producida ésta, se volvió a solicitar, y se concedió el 22-5-2008 la licencia de badén. En la cláusula séptima se decía, folio 37 vuelto (o 38) del expediente 767.388/2005 aportado por el Ayuntamiento con su contestación, “Tres días antes del comienzo de las obras de los badenes, deberá dar aviso al Servicio de Conservación de Infraestructuras (Centro Operativo-Vía Hispanidad 45-47), quien ejercerá el control de calidad de la misma, debiendo tenerse en cuenta que el incumplimiento de esta condición causará la automática caducidad del badén, ejecutándose las obras de reposición de la acera municipalmente, con cargo al adjudicatario de esta licencia”.* Posteriormente, cuando la CP pidió la devolución de dos fianzas, se denegó, folio 2 del expediente, con fecha 26-7-2010, incoándose el 7-9-2010 el procedimiento de legalización.

*Examinados los hechos, cuyo resumen de los principales se ha expuesto, y la normativa aplicable, la conclusión es que debe ser anulado el requerimiento, ya que ni la CP es propietaria de la acera, sino el Ayuntamiento, ni fue la autora del badén, ni tampoco hay normativa municipal que obligue a realizar el badén como pretende el Ayuntamiento, además de que hay que señalar que en absoluto ha caducado la licencia.*

**TERCERO.-** *Con relación a lo último, debe reseñarse la diferencia entre la licencia que le fue concedida a la recurrente en 2008 y licencias, como la que consta en folio 12 a 14 del expediente, fechada en 2010, en concreto en la cláusula séptima. En la primera, como se ha reseñado, decía “Tres días antes del comienzo de las obras de los badenes, o una vez concedida su legalización, deberá dar aviso al Servicio de Conservación de Infraestructuras (Centro Operativo-Vía Hispanidad 45-47), quien ejercerá el control de calidad de la misma, debiendo tenerse en cuenta que el incumplimiento de esta condición causará la automática caducidad del badén, ejecutándose las obras de reposición de la acera municipalmente, con cargo al adjudicatario de esta licencia”, mientras que actualmente se dice “Tres días antes del comienzo de las obras de los badenes, deberá dar aviso al Servicio de*

*Conservación de Infraestructuras (Centro Operativo-Vía Hispanidad 45-47), quien ejercerá el control de calidad de la misma, debiendo tenerse en cuenta que el incumplimiento de esta condición causará la automática caducidad del badén, ejecutándose las obras de reposición de la acera municipalmente, con cargo al adjudicatario de esta licencia". La diferencia, resaltada en negrita es clara, ahora se impone un deber de aviso en todos los casos, incluido el de la legalización de obras ya realizadas, pero antes no, sino que sólo se imponía respecto de los badenes que tenían que hacerse aún. Por ello, no puede decirse que haya caducado la licencia, pues la CP no incumplió ninguna prescripción, que entonces sólo iba dirigida a los supuestos en que debía hacerse materialmente el badén.*

*CUARTO.- En cuanto a que la acera no es de la Comunidad de Propietarios, los arts. 265 y 266 de la Ley de Urbanismo de Aragón 3/2009 dicen: Artículo 265. Obras y usos en curso de ejecución.*

*1. Cuando se estuviera realizando algún acto de edificación o uso del suelo o del subsuelo sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde dispondrá su paralización inmediata y, previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos siguientes:*

*a) Si las obras o los usos fueran total o parcialmente incompatibles con la ordenación vigente, decretará su demolición, reconstrucción o cesación definitiva en la parte pertinente **a costa del interesado**, aplicando en su caso lo dispuesto en el apartado siguiente para la parte de la obra o del uso compatibles con la ordenación.*

*b) Si las obras o los usos pudieran ser compatibles con la ordenación vigente, requerirá **al interesado** para que; en el plazo de dos meses, solicite la preceptiva licencia o su modificación. En caso de no proceder la legalización, decretará la demolición, reconstrucción o cesación definitiva de la obra o del uso en la parte pertinente a costa del interesado.*

*2. En los supuestos en que se acuerde la paralización de las obras o actos de uso del suelo o del subsuelo, el Alcalde deberá adoptar las medidas necesarias para verificar y garantizar la total interrupción de la actividad, tales como la suspensión de los suministros provisionales de obra o el precinto o la retirada de los materiales y la maquinaria preparados para ser utilizados en la obra o actividad suspendida*

*Artículo 266. Obras terminadas.*

*1. Si se **hubiese concluido una obra** sin licencia u orden de ejecución o contra las condiciones señaladas en las mismas, el Alcalde, dentro del plazo de diez años, a contar desde la total terminación de las obras, y previa la tramitación del oportuno expediente, adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el artículo anterior; apartado primero, letras a) o b), según proceda.*

*2. Salvo prueba en contrario, se entenderá como fecha de finalización de las obras no amparadas por licencia u orden de ejecución la de comprobación de esa circunstancia por la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de acreditar la terminación de las obras en fecha determinada a través de los medios establecidos en la legislación estatal sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; Asimismo, mediante certificación de técnico competente podrá acreditarse que las obras se encontraban terminadas en el momento de la expedición del citado certificado, que deberá limitarse a constatar hechos, no teniendo valor de tal si se basa en meras estimaciones.*

*3. Si la edificación se realizara sobre terrenos calificados en el planeamiento como sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, el Alcalde adoptará alguno de los acuerdos establecidos en el artículo anterior; apartado primero, sin limitación alguna de plazo, sin perjuicio de dar traslado al Ministerio Fiscal por si pudieran ser constitutivos de delito.*

*4. El mero transcurso del plazo a que se refiere el apartado primero no conllevará la legalización de las obras realizadas y, en consecuencia, no podrán llevarse a cabo, en tanto persista la transgresión del ordenamiento urbanístico, otras obras que las pequeñas reparaciones exigidas por razones de seguridad e higiene, y en ningún caso las de modernización, reforma o cambio de uso, ampliación, consolidación o, en general, las que pudieran dar lugar a un incremento del valor de expropiación, salvo aquellas necesarias para la adecuación a la legalidad urbanística vigente.*

*5. En los supuestos en que el planeamiento vigente al tiempo de la incoación*

*del expediente de legalización difiera del planeamiento vigente en el momento de la ejecución de las obras, se aplicará el más favorable a las obras realizadas”.*

En este caso, el interesado es o el propietario de la acera, que es el Ayuntamiento, o el que realizó la configuración del badén en su actual estado. Por otro lado, si atendemos al art. 277, que regula la autoría de las infracciones, dice “*Artículo 277. Responsables.*

*1. En las infracciones en materia de urbanización, uso del suelo y edificación serán responsables la Junta de Compensación, el urbanizador, el promotor, el constructor y los técnicos directores.*

*2. En las infracciones en materia de parcelaciones serán responsables los propietarios iniciales de los terrenos posteriormente divididos y también el promotor de la actividad, considerando por tal al agente o intermediario que intervenga en la operación.*

*3. En las infracciones consistentes en el incumplimiento de las obligaciones de exigir licencia y de suspender los suministros serán responsables las empresas suministradoras de los servicios.*

*4. En las infracciones al deber de conservación serán responsables los propietarios de las edificaciones o instalaciones.*

*5. Las personas jurídicas serán sancionadas por las infracciones cometidas por sus órganos o agentes y asumirán el coste de las medidas de reparación del orden urbanístico vulnerado y del beneficio derivado de la comisión de la infracción”.*

Es decir, se mire por donde se mire, y suponiendo que haya algún incumplimiento, la CP recurrente ni es autora del mismo ni está obligada a su restablecimiento, pues ni lo hizo ni se trata de propiedad suya. Es más, el Ayuntamiento recibió las obras, y ello, sin perjuicio del derecho a reclamar su modificación a la promotora o en su caso a la EUC, sobre el cual no nos pronunciamos, lo cierto es que frente a la CP puede hablarse de actos propios, puesto que condicionó la legalización del badén a la recepción, y ésta se hizo sin reparo alguno, de conformidad con un informe del mismo servicio que, sin haber habido cambio normativo o fáctico alguno, informó después negativamente, por lo que no puede ahora pretender que se modifique la acera en la parte de delante del badén. En este sentido, STS 24-5- 2011.

*QUINTO.- Finalmente, el Ayuntamiento no ha podido invocar ninguna norma de la que se desprenda que en las aceras de anchura superior a 2,5 metros los badenes han de ser de sólo un metro de anchura y el resto de la zona correspondiente al badén debe estar en la rasante de la acera. Ni el PGOU, ni las Ordenanzas de edificación ni las Fiscales lo prevén. Es posible que haya sido una decisión que en algún momento se ha tomado como un criterio técnico, y que podría fundamentar futuras decisiones sobre licencias, pero lo que en modo alguno puede justificar es que, en relación con una acera ya recibida en un proceso de urbanización por una Junta de Compensación, se obligue a una CP, que ni siquiera ha intervenido en su realización, a adaptar el badén a un criterio cuyo fundamento normativo ni parecía existir en 12-7-2005, fecha del informe que consta como doc. 3 del Servicio de Conservación de Infraestructuras, ni existe ahora, careciendo el Ayuntamiento de posibilidad de obligar a su adaptación a lo que, debe insistirse, parece ser un criterio técnico reciente, estando además previsto que los badenes puedan ocupar toda la anchura de la acera, art. 14 Ordenanza Fiscal 25, sin que eso se vea limitado en función de la anchura de la misma.*

*Por todo ello, debe estimarse en su totalidad el recurso y anularse la resolución recurrida, dejando sin efecto el requerimiento.”*

**CUARTO.-** En este caso nos encontramos con un badén de la CP, pero situado en la calle Beethoven nº 20-22, con una recepción en la misma fecha que el caso anterior, 13-12-2007, en la cual sólo se puso un reparo a la Zona Verde ZV (PU) 89.34 V-6 y la V-7. Así mismo, el 26-3-2009 se concedió la legalización del badén “con 13 metros de rebaje en el bordillo y reserva de espacio número G-6372, con horario permanente incluso festivos de acceso a local destinado a garaje de Comunidad, sito en calle Beethoven Ludwig Van, 20-22”, habiendo surgido los problemas con ocasión de la reclamación de la devolución de los avales.

En todo lo demás es la misma situación. Se oponían dos inconvenientes, uno es que el rebaje autorizado era de 13 metros en lugar de los 12 existentes y otro que no se dio preaviso para la realización de las obras con 3 días, con lo cual se habría incumplido la licencia.

Con relación a lo primero, no ha aportado el Ayuntamiento expediente de licencia ni informe alguno que explique por qué en una legalización de un badén doble preexistente se conceden 13 metros cuando sólo hay 12 de rebaje, siendo lógico que se de algún tipo de explicación sobre la diferencia en el propio expediente. De ello, sólo cabe concluir bien que hubo un error en la medición bien que se concedió a todo lo largo de la fachada desde el inicio de una de las entradas al final de la otra, que será salida, según se aprecia en las fotografías del doc. 5 de la demanda, cabiendo aventurar que la diferencia tal vez se deba a haber considerado el badén como un todo, cuando en realidad, materialmente, hay dos badenes, habiendo una parte en el centro, que se corresponde con la columna de separación, de ambas entradas, que aproximadamente se corresponde con una distancia de un metro, que explicaría esa diferencia, que es irrelevante por obedecer a la forma de medición del badén debiendo tenerse en cuenta que se habla de un solo badén, no de dos, además de que si la licencia permite 13 no puede considerarse incumplida si se ocupa menos.

En cuanto a lo del preaviso, porque no se realizaron obras, ni se imponían, ya que no se decía que hubiese de reducirse la anchura del rebaje a un metro, por lo que mal puede incumplirse el preaviso de obras si éstas no existieron.

**QUINTO.-** De conformidad con el art. 40.3 LJCA, procede fijar la cuantía, dada la discrepancia, en indeterminada inferior a 30.000 euros, ya que si bien la cuantía es indeterminada, resulta inferior a 30.000 euros, no pudiendo equipararse a la de los avales, sino al coste de modificar la acera, que en ningún caso parece que pueda superar tal cantidad.

**SEXTO.-** 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 estimando en su totalidad el recurso interpuesto por la Comunidad de Propietarios de la calle Granados 1-3 contra la Resolución de 21-12-2010 del Consejo de Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que requirió a la Comunidad de Propietarios Granados de la calle Granados 1-3 para que, en el plazo de un mes, adaptase el badén a las Normas Municipales, en el sentido de que toda la zona del badén, excepto un metro de anchura, debería estar a la altura de la rasante de la acera, en lugar de ocupar todo el ancho de la acera, así como que el rebaje debe ser de 13 metros y no de 12, debo anular y anulo la misma, dejándola sin efecto, no habiendo lugar a hacer expresa condena de las costas del recurso.

Así por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.