



Roj: **STSJ CAT 7287/2016 - ECLI: ES:TSJCAT:2016:7287**

Id Cendoj: **08019330032016100375**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **3**

Fecha: **12/05/2016**

Nº de Recurso: **66/2014**

Nº de Resolución: **329/2016**

Procedimiento: **Recurso de apelación contra sentenc**

Ponente: **FRANCISCO LOPEZ VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Sección Tercera

Rollo de apelación número 66/2014 (S)

Dimanante del recurso ordinario nº 628/9-B1 del JCA 16 Barcelona

Partes apelantes y apeladas: Ayuntamiento de Manresa, D. Eutimio , D. Julián y D. Romeo

SENTENCIA Nº 329

Ilmos. Sres. Magistrados

Manuel Táboas Bentanachs

Francisco López Vázquez

Isabel Hernández Pascual

En la ciudad de Barcelona, a doce de mayo de dos mil dieciséis.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida al efecto para la votación y fallo, ha visto, en el nombre de S.M. el Rey, los recursos de apelación seguidos ante la misma con el número de referencia, promovidos, en su calidad de parte apelante, a instancia uno de ellos del Ayuntamiento de Manresa, representado por el procurador de los tribunales Sr. Fontquerni Bas, y el otro a instancia de D. Eutimio , D. Julián y D. Romeo , representados por el procurador Sr. Gassó Espina, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 16 de los de Barcelona, en los autos de su referencia arriba indicada, se dictó sentencia de fecha 13 de octubre de 2.013 , estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Manresa de 6 de julio de 2.009, desestimando el recurso de reposición formulado contra la de 18 de diciembre de 2.008, que aprobó definitivamente el Proyecto de Reparcelación del polígono NUM001 "Rosselló" del Plan Especial de la Cerdanya, y anulando parcialmente el mismo en lo referido a la valoración dada a la finca sita en el número NUM000 del CALLE000 , identificada como número 9 del proyecto, valoración a fijar en ejecución de sentencia, previa la oportuna prueba pericial, refiriéndola a 20 de junio de 2.008, añadiendo a la misma el 5% de premio de afección.

SEGUNDO. Interpuestos contra tal resolución sendos recursos de apelación, admitidos y formuladas las correspondientes oposiciones, fueron remitidas las actuaciones a esta Sala donde, comparecidas las partes,



se señaló la votación y fallo para el día 19 de abril de 2.016. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Limita su apelación el ayuntamiento a la pretendida vulneración del artículo 16 , 216 y 218 de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil , al haber fallecido el actor en la instancia, lo que se comunicó al juzgado el día 26 de septiembre de 2.013, habiéndose dictado la sentencia apelada, ello no obstante, sin que nadie hubiese comparecido en sustitución del fallecido ni se hubiesen seguido los trámites impuestos en aquellos preceptos, a cuyo tenor habría de entenderse desistido el procedimiento o nula la sentencia.

Dispone el indicado artículo 16 que cuando la defunción de un litigante conste al tribunal que conoce del asunto y no se personare el sucesor en el plazo de los cinco días siguientes, el Letrado de la Administración de Justicia, por medio de diligencia de ordenación, permitirá a las demás partes pedir, con identificación de los sucesores y de su domicilio o residencia, que se les notifique la existencia del proceso, emplazándoles para comparecer en el plazo de diez días. Si el litigante fallecido fuese el demandante y sus sucesores no se personasen, se dictará por aquel letrado decreto en el que, teniendo por desistido al demandante, se ordene el archivo de las actuaciones, salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 20 . Si la no personación de los sucesores se debiese a que no quisieran comparecer, se entenderá que la parte demandante renuncia a la acción ejercitada.

Si bien es cierto que no constan seguidos en la instancia en su literalidad los trámites prevenidos por el indicado artículo, no lo es menos que ello no es en forma alguna imputable a los herederos, no constando que en sede judicial se adoptase resolución alguna notificándoles la pendencia del proceso seguido por su fallecido padre y se les emplazase para comparecer en el mismo en el indicado plazo, requisito previo y necesario para tener por desistida la demanda o por renunciada la acción ejercitada.

En cualquiera de los casos, recaída la sentencia de que se trata sin que tal emplazamiento se hubiese aún verificado, formularon oportunamente recurso de apelación frente a ella D. Eutimio , D. Julián y D. Romeo , acreditando junto con el mismo el fallecimiento de su padre (que ya antes había comunicado el ayuntamiento), así como que este había otorgado testamento abierto notarial el día 2 de junio de 1.988, instituyendo a aquellos tres apelantes herederos universales por partes iguales. También han presentado los herederos poder para pleitos otorgado a favor del procurador de los tribunales que en su nombre y representación interpuso la apelación y ha comparecido finalmente como parte en este rollo. Actuación que supone, desde luego, la ratificación de todas y cada una de las actuaciones procesales verificadas desde el fallecimiento de su causante y la subsanación de cualesquiera requisitos procedimentales omitidos por causa ajena a su voluntad.

Siendo por lo demás sabido que la aceptación de una herencia puede hacerse en forma expresa o tácita, suponiéndose la existencia de esta última (y por superada la situación jurídica de la herencia yacente) en el caso de que el instituido heredero efectúe actos que manifiesten de forma indubitada su voluntad de aceptar, como lo es, desde luego, la presentación del indicado recurso de apelación contra la sentencia recaída en la instancia, precisamente en defensa de idénticos intereses a los que en su momento defendió su padre.

En consecuencia, disponiendo los artículos 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 225.3 de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil la nulidad de pleno derecho de los actos procesales cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, cabe concluir en que la única indefensión hubiera sido, en mera hipótesis, la que podría haberse derivado para tales apelantes del hecho de estimarse la apelación municipal y declarar la nulidad de la sentencia de instancia, entendiéndola indebidamente como desistida o renunciada la acción ejercitada por quienes no fueron tan siquiera emplazados en su momento para comparecer en el proceso.

SEGUNDO. Pasando a la apelación presentada por los Sres. Eutimio Romeo Julián , asiste la razón a la parte en su consideración de ser posible en tesis general la impugnación indirecta de una disposición general (como lo es el plan especial al que se refieren), con ocasión de un acto de ejecución de la misma (como lo es el proyecto de reparcelación de autos), con independencia incluso de que aquella disposición general hubiese sido impugnada en su momento, como lo fue, precisamente a instancia del padre de tales apelantes y otros litigantes, también en forma directa, quedando resuelta por la sentencia de esta Sala y Sección número 850, de 5 de octubre de 2.007 (recurso ordinario 462/2004) que, como las partes conocen, declaró la nulidad de pleno derecho del acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Barcelona de 15 de octubre de 2.003, aprobando definitivamente el Plan Especial Cerdanya, pero únicamente en lo referido a la relación de superficies que figuraba en el apartado 3.c) de su Memoria, "Estructura de la propiedad", desestimando el resto de pretensiones entonces deducidas, referidas a la imposición en el plan de la obligación de urbanizar, incluidas cuotas urbanísticas derivadas, por reunir las fincas del ámbito el carácter de suelo urbano consolidado; al



carácter de sistemas generales de dos nuevos viales, cuya urbanización debería estar a cargo del municipio en su totalidad; a la no previsión en el plan de indemnización alguna por la reducción del aprovechamiento urbanístico, en relación con el fijado por el planeamiento general; a la aprobación inicial del plan especial fuera del cuatrienio previsto en el general; a la inidoneidad del plan especial para los objetivos pretendidos por la administración; a la infracción del principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento por parte del plan especial, al disponer este su gestión por medio de sistemas de actuación diversos, y a infringir tal plan la normativa de aplicación por no contener una propuesta de distribución de la propiedad entre los afectados.

La cosa juzgada, como con reiteración viene declarando la jurisprudencia, exige identidad de sujetos, de objeto y de causa o razón de pedir entre el pleito en que se alega y otro anterior, siendo efecto de un pronunciamiento judicial, no de sus razonamientos, por lo que sólo el fallo la produce, debiendo ser igual la razón decisiva de ambas sentencias, y pronunciarse "sobre el mismo fondo".

De forma que, aún siendo posible en tesis general la impugnación indirecta en este nuevo proceso del mismo plan especial con ocasión de un acto de ejecución de este, cuando los apelantes de que ahora se trata pretenden sustentar tal impugnación indirecta en su disconformidad con la inclusión de su finca por parte del plan especial en el ámbito del polígono de actuación chocan, desde luego, como señala la sentencia de instancia, con que tal cuestión fue ya enjuiciada, y expresamente desestimada en firme, en la indicada sentencia que resolvió la impugnación indirecta del plan donde, con identidad de sujetos (además de idénticas administraciones, intervino en aquel proceso su padre y causante, al que los apelantes han venido a suceder procesalmente por su fallecimiento), de objeto (lo fue el mismo plan especial) y de causa o razón de pedir (la citada sentencia desestimó exacta pretensión, al descartar el carácter de suelo urbano consolidado de las fincas y confirmar la imposición en el plan de la obligación de urbanizar, incluidas las cuotas urbanísticas derivadas).

Dicho de otra forma, sin perjuicio de la impugnación directa del plan efectuada en su momento por su difunto padre, las apelantes de que se trata podrían haberlo impugnado también indirectamente en este proceso, pero siempre que, respecto de ese mismo plan especial, se hubiesen basado en causas o razones de pedir diferentes, y en ningún caso en una idéntica a la que ya quedó resuelta en firme mediante aquella sentencia, que ha de producir así, respecto de tal causa o razón de pedir, como respecto de las restantes en ella tratadas en su momento y no reiteradas ahora, los efectos de cosa juzgada, como correctamente concluye la sentencia de instancia.

TERCERO. Continúa la misma apelante insistiendo en la pretensión de que se adjudique una finca dominio exclusivo, no en proindiviso, olvidando que el artículo 120.1.d) del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, aprobando el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, de temporal aplicación al caso, establece que si la escasa cuantía de los derechos de algunos propietarios no permite adjudicarles parcelas independientes a todos ellos, el proyecto de reparcelación puede determinar una indemnización en metálico o, alternativamente, la adjudicación de las parcelas resultantes en proindiviso, salvo que la cuantía de los derechos no llegue al 15% de la parcela mínima edificable, en cuyo caso la adjudicación debe sustituirse necesariamente por una indemnización en metálico.

Más allá de que el causante de los apelantes expusiese en su momento ante la administración por vía de alegaciones al proyecto de reparcelación que no deseaba obtener un exceso de adjudicación, por resultarle antieconómico, solicitando que se le adjudicase estrictamente la parcela resultante que correspondiese a la finca por él aportada (pretendiendo entonces, atendidos sus exclusivos intereses económicos, una especie de derecho de opción a mantener o derribar la edificación existente), es lo cierto que, como indica el perito contradictorio que intervino en este proceso, el proyecto de reparcelación adjudicó a aquel en proindiviso el 57,97% de la parcela resultante NUM000, habiéndose adjudicado al ayuntamiento las parcelas NUM002 y NUM003, de superficie inferior a aquélla, lo que determina la mera posibilidad de que se hubiese otorgado a aquel una finca en plena propiedad, posibilidad que, ello no obstante, como luego aclara el perito y recoge la sentencia de instancia, comportaría entonces la necesidad de adjudicación en proindiviso a otro propietario. Sin que se hubiese preguntado al perito si la adjudicación de fincas producida en el proyecto fue o no homogénea o si el ayuntamiento recibió las dos fincas independientes teniendo menos derechos que el causante. El proindiviso, como se ha visto, viene determinado por no tener la parcela mínima, pero sí como mínimo el 15% de esta, además de la edificación existente en el caso de autos, situación de donde deriva una dificultad global a la que el proyecto de reparcelación ha dado una respuesta que de la prueba practicada no se desprende que vulnere el indicado precepto.

CUARTO. En cuanto a la indemnización por costas de traslado de la actividad, como dice la sentencia de instancia, el propio demandante reconoció en su momento no ser él el titular de tal actividad, sino dos sociedades mercantiles, habiendo interesado su citación para comparecer en el expediente administrativo,



por lo que carece de legitimación para reclamar en tal concepto en nombre de terceros que no le han asignado la defensa de sus derechos e intereses. Es cierto que la indemnización por tal concepto supone un coste a incluir en el proyecto de reparcelación pero, a salvo las acciones que correspondan a las empresas titulares de la actividad, la no inclusión de tal concepto indemnizatorio a su favor no ha de comportar sino menores costes para el resto de los propietarios reparcelados, entre ellos la apelante. Ello con independencia de que el ayuntamiento venga sujetando o no a impuestos tal actividad y de lo que sobre su existencia o desarrollo se diga en cualquier informe municipal incorporado al expediente.

Igualmente debe rechazarse, como lo hace la sentencia de instancia, la vulneración por parte del proyecto de reparcelación del justo reparto de beneficios y cargas, desde el momento en que el perito procesal, a quien no se preguntó sobre la eventual vulneración de ese requisito con carácter general, indica que el aprovechamiento adjudicado a los recurrentes de que se trata es superior al consolidado por la edificación existente, habiéndose efectuado correctamente la asignación de sus restantes derechos y cargas.

Y en cuanto a tratarse la de los apelantes de una finca edificada y urbanizada, siendo sus servicios útiles para servir a su destino, habiendo tributado por contribución urbana y abonado impuestos y tasas municipales, que ahora habría sido sometida por ello sin necesidad al proyecto de reparcelación, en lesión patrimonial de sus intereses, baste remitir nuevamente a la parte a lo ya dicho con fuerza de cosa juzgada respecto de tal cuestión en nuestra sentencia de 5 de octubre de 2.007 .

QUINTO. Debe decaer también la pretensión de que el proyecto de reparcelación de autos recoja los gastos de urbanización en su momento satisfechos por el padre por la urbanización de la CALLE000 , que lo fueron en el concepto tributario de contribuciones especiales, que se giraron por las cantidad que fuese, al no ser esta cantidad dineraria, ni otra cualquiera, en sí misma considerada, computable en un proyecto de reparcelación y distribuable entre la comunidad.

Otra cosa es que quien efectúa, por el procedimiento que fuese, obras anticipadas exigidas para la ejecución de los planes (y, por lo tanto, con la vista e intención puesta en tal ejecución, ya planificada, y no en otras finalidades diferentes) tenga derecho a que tales obras, siempre y en cuanto resulten útiles a la urbanización derivada del proyecto reparcelatorio, se repercutan en la comunidad reparcelada, en el caso con independencia de que la finca de autos tuviera antes fachada a un vial y haya pasado después a tener fachada a otro diferente, lo que determinará la necesidad de adaptación de la misma a la nueva situación, a cargo de la comunidad reparcelatoria, que también deberá asumir los costes derivados del derribo de la edificación incompatible con el plan. A cuyo efecto deberán hacerse constar ambas partidas con precisión en la cuenta de liquidación provisional, lo que el perito procesal no puede constatar que se haya efectuado, al no existir desglose suficiente por capítulos y partidas.

SEXTO. Atendidos los términos del artículo 139.2 de la ley jurisdiccional , las nuevas razones expuestas en esta alzada y la desestimación total en un caso y sustancial en el otro de los respectivos recursos, se observan razones que justifican la no imposición de costas en la presente alzada. Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto en nombre y representación del Ayuntamiento de Manresa contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 16 de los de Barcelona de fecha 7 de octubre de 2.013 , cuya parte dispositiva necesaria se ha relacionado y ESTIMAMOS SÓLO EN PARTE el interpuesto contra la misma por D. Eutimio , D. Julián y D. Romeo , de forma que, CONFIRMANDO el resto de sus pronunciamientos, CONDENAMOS al ayuntamiento a incluir en la cuenta de liquidación provisional del proyecto de reparcelación, en concepto de costes a cargo de la comunidad reparcelatoria, tanto los derivados del derribo de la edificación existente como los correspondientes a la adaptación de la finca de autos al objeto de dar fachada al nuevo vial. Sin costas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que es firme y contra ella no cabe recurso de casación. Con certificación de la misma y atento oficio en orden a la ejecución de lo resuelto, procédase a la devolución al Juzgado de procedencia de las actuaciones recibidas.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, constituido en audiencia pública. Doy fe.