



Ref.: CU 59-16

ASUNTO: Consulta que plantea el Distrito de Fuencarral-El Pardo en relación a las obras a demoler en una vivienda en situación de fuera de ordenación, sita en la calle de Isla de Yeso, nº 8.

Palabras Clave: Disciplina Urbanística

Con fecha 19 de diciembre de 2016, se eleva consulta a la Secretaría Permanente efectuada por el Distrito de Fuencarral-El Pardo, relativa a las obras a demoler en la vivienda sita en la calle de Isla de Yeso, nº 8, en situación de fuera de ordenación absoluta.

La presente consulta se resuelve de conformidad con el artículo 9 del Decreto de Alcaldía de 31 de mayo de 2005 de creación y funcionamiento de la Comisión Técnica de Seguimiento e Interpretación de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas (OMTLU) en el que se dispone que *“La Secretaría Permanente se constituye como órgano auxiliar de la Comisión, con las siguientes funciones: 2. Recibir y tramitar las consultas formuladas por los distintos servicios municipales.”*, en relación con el apartado 4 de la Instrucción de 29 de julio de 2008 de la Coordinadora general de Urbanismo, relativa al procedimiento de elevación de las consultas a la Comisión Técnica de Seguimiento e Interpretación de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas, conforme al cual la Secretaría Permanente, respecto de las consultas planteadas por los servicios municipales podrá decidir, entre otras opciones, resolverla directamente por considerar que las dudas planteadas no tienen alcance interpretativo por referirse únicamente a cuestiones concretas. Asimismo, el presente informe se enmarca en las previsiones de la Disposición Adicional tercera apartado 5, en relación con el Artículo 19 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004, modificada por Acuerdo del Pleno de 29 de abril de 2014, relativas al principio de coordinación administrativa y al servicio integral como órgano encargado de coordinar las respuestas a todas las cuestiones urbanísticas prevista en la normativa municipal y garantizar criterios homogéneos en la adopción de actos administrativos o acuerdos interpretativos, en el ámbito de la referida Ordenanza.

A la consulta planteada le son de aplicación los siguientes:

ANTECEDENTES

Como consecuencia de la denuncia de un particular, se gira visita de inspección al emplazamiento de referencia y se constata que se están ejecutando obras de



ampliación en una de las viviendas existentes en la finca, ordenándose su paralización inmediata con simultáneo requerimiento de legalización por resolución del Coordinador del Distrito, de 22 de agosto de 2016.

De la documentación obrante en la sede electrónica del catastro se desprende que la vivienda fue construida en el año 1950.

A la vivienda habría que aplicar el régimen de fuera de ordenación absoluta, toda vez que los muros perimetrales de la finca y parte de vivienda en la que se están ejecutando las obras, están ocupando suelo afecto a dotación pública, fuera de la alineación oficial e invadiendo la vía pública.

Asimismo, al no constar antecedentes sobre la construcción de las viviendas ubicadas en la parcela, ni de las obras que figuran realizadas en el año 2012, habría que considerar que dichas obras son ilegales y que constituyen infracción urbanística prescrita, por lo que habría que aplicarse también por este motivo el régimen de fuera de ordenación absoluta conforme a lo dispuesto en el Acuerdo nº 87 de la Comisión de Seguimiento del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.

En virtud de todo lo anterior, como quiera que las obras ejecutadas excederían de las permisibles en edificaciones que se hallan en situación de fuera de ordenación absoluta, se considera que no se podrían legalizar y, además, que las obras de ampliación y de sustitución de la cubierta que se han realizado en la vivienda denunciada, supondría la pérdida de la prescripción ganada respecto a infracciones urbanísticas anteriores, recobrando vida el deber de proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística.

Según manifestaciones del propietario de la edificación, la vivienda en cuestión es la única de la que disponen él y su familia, por lo que insta que se le permita restaurar el ordenamiento urbanístico procediendo a la demolición de las obras de ampliación realizadas y a restablecer la vivienda a su estado original, colocando la cubierta con los materiales idénticos a los existentes, de manera que no se vea modernizada y no se aumente el valor del justiprecio de su expropiación.

Ante esta situación se interesa el criterio respecto de la demolición de las obras que pudieran corresponder, entendiéndose que la edificación, que data del año 1950, pudiera haberse construido legalmente aunque no se dispongan de antecedentes y que la misma constituye el único medio de alojamiento del propietario y de sus familia.

CONSIDERACIONES

A la vista de las cuestiones que se plantean en la presente consulta, se indica:



En el caso de que la presente consulta se informara partiendo de la presunción de que la edificación, erigida en el año 1950, se pudiera haber construido legalmente. Esta es la premisa de la que el texto de la consulta efectuada nos invita a partir. No obstante, se advierte que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid tiene declarado en supuestos similares que cuando no se encuentran antecedentes, corresponde a la persona interesada acreditar la existencia de la licencia de construcción de la edificación y, por tanto, que ésta fue ejecutada legalmente. En este sentido, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, de 4 de febrero de 2015 (LA LEY 12121/2015), nos dice:

*“QUINTO.- Por tanto afirmándose por los por los técnicos municipales que, según los antecedentes existentes, no aparecen licencias que amparen la edificación existente ni el uso residencial tal y como se describía en el proyecto presentado, **corresponde al demandante (hoy apelante) la carga de probar la existencia de licencia de construcción del edificio** conforme al artículo 217 la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) aplicable supletoriamente a este jurisdicción conforme a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LA LEY 2689/1998) , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y no es prueba suficiente como se indica en la sentencia apelada la escritura de adjudicación de herencia aportada como documento nº 3 de la demanda, en la que solamente se hace alusión o se recoge por el Sr. Notario la existencia de un certificado descriptivo de la construcción expedido por el arquitecto D. Emiliano sobre las anteriores edificaciones y su antigüedad, pero no se ha aportado ni se ha acreditado la existencia de una licencia municipal anterior que ampare las obras existentes en la parcela , pues se precisa en todo caso el documento expedido por la corporación municipal y respecto a la licencia que el perito designado judicialmente aportó junto con el expediente esta Sala entiende que no se refiere a los cuerpos edificatorios cuya reconstrucción se pretende ya que como indica el Letrado Consistorial del Ayuntamiento de Madrid cuando afirma que la licencia de construcción de una nave que se acompaña a al informe pericial , de fecha 31 de mayo de 1968, entendiendo que dicha licencia se debe referir al inmueble NUM004 de la misma calle, pues de acuerdo con el Catastro dicho inmueble tiene asignado un uso industrial (Folio 4 del informe), y por tanto, ajeno a este procedimiento. Y a mayor abundamiento ha de indicarse que conforme al catastro las edificaciones preexistentes (o sus vestigios) son del año 1954, fecha en la que existe constancia catastral de las mismas, fecha muy anterior a año 1968 al que se refiere dicha licencia de edificación. El recurso de apelación ha de ser desestimado pues las obras que se pretenden legalizar, no son admisibles en situación equiparada a la de fuera de ordenación absoluta que es aquella que corresponde a las construcciones que no cuentan con licencia de edificación”.*

Partiendo, pues, de la hipótesis de que la edificación se hubiese construido legalmente, nos encontraríamos en una edificación en situación de fuera de ordenación en sentido estricto, es decir, la que se produce, con el carácter de sobrevenida, respecto de aquellas edificaciones e instalaciones erigidas al amparo



de licencia que, como consecuencia de la aprobación o modificación de un determinado plan, dejan de ser conformes con la ordenación urbanística (artículos 64 b) de la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid, 60 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y artículo 2.3.1 de las NN.UU. del PGOUM 97), en la que, posteriormente, se habrían ejecutado obras con respecto a las cuales se habría producido la prescripción, o por mejor decir, como sostienen ahora los Tribunales, la caducidad de la acción para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística, que daría lugar a un supuesto no de fuera de ordenación, sino asimilable al fuera de ordenación. Esta distinción, como supuestos distintos, ha sido recogida sistemáticamente por los Tribunales, pudiendo citar la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, de 5 de noviembre de 2014 (LA LEY 180176/2014), que expresa:

*“Así, esta Sala ha dicho en reiteradas ocasiones, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reseñada, que lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, **pero su régimen se debe diferenciar**, sin embargo, del supuesto de situación de fuera de ordenación, ya que en este último caso, lo construido nace al amparo de una licencia pero, por circunstancias sobrevenidas (como puede ser la alteración del planeamiento vigente), resulta disconforme con la ordenación urbanística.”*

Así también, y ya por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Madrid, de 5 de octubre de 2016 (LA LEY 163171/2016), señala:

*“TERCERO.- Por otra parte como se indicó en la Sentencia dictada por esta Sala y Sección de 02 de diciembre de 2015 (ROJ: STSJ M 13811/2015- ECLI:ES:TSJM :2015:13811), dictada en el recurso de apelación 225/2014 respecto a la situación de fuera de ordenación a la que se refiere el actor esta se produce única y exclusivamente respecto de aquellas edificaciones construidas tras la concesión de la oportuna licencia que por un cambio sobrevenido de planeamiento devienen disconformes con el mismo, **situación esta diferente** a la de las edificaciones construidas sin licencia alguna respecto de las que ha caducado la acción de restauración de la legalidad **cuya situación no es de fuera de ordenación sino equiparada a dicha situación, (...)**”*

En este mismo orden de cosas, por tratarse de la ejecución de obras sin licencia en una edificación en situación de fuera de ordenación por disconformidad con el planeamiento, interesa la cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 12 de noviembre de 2015 (LA LEY 234667/2015), cuando dice:

“SEGUNDO

(...)



*En consecuencia, el demandante no acredita la fecha de finalización total de las obras, o más concretamente que esta tuvo lugar antes de los cuatro años anteriores a la incoación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, sino que muy al contrario del expediente administrativo, y muy en particular de o recogido en el folio 21 a 24 del mismo, resulta la existencia de una obras en curso, en data 21 de septiembre de 2010, que a la vista de las fotografías incorporadas al informe de la Policía Local evidencia la naturaleza de los trabajos como actuaciones de rehabilitación integral dada la magnitud de la reforma operada sobre la **construcción preexistente erigida al amparo de la licencia obras 81/89**, obras de reforma en curso que no encuentran encaje en el concepto de reparaciones o trabajos de mantenimiento y conservación, que es viable realizar en edificaciones **en situación de fuera de ordenación**, pues como ha quedado constatado el PGOU de Mijas de 1999 clasificó los terrenos titularidad de la apelante como suelo no urbanizable, por lo que los trabajos de reforma integral operados no solo no tienen cobertura en ninguna licencia, sino que además son ilegalizables, por contravenir el ordenamiento urbanístico, y la única fórmula de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada es la demolición de lo ejecutado contra planeamiento hasta la reposición de las cosas a su estado precedente, sin que aquí entre en juego el principio de proporcionalidad invocado, pues no estamos en el marco de un procedimiento sancionador, sino de restablecimiento de la legalidad, que **solo admite una posibilidad de actuación, la reposición de las cosas a su estado originario anterior a la transgresión del orden urbanístico**.*

TERCERO.- El problema sustancial que observamos es el referente a la la naturalización de los trabajos que como hemos adelantado se trata de una reforma de gran calado en la edificación existente en situación de fuera de ordenación.

Como hemos advertido arriba, la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre (LA LEY 61/2003), de Ordenación Urbanística de Andalucía establece, en su párrafo 1ª, que " Las construcciones o edificaciones e instalaciones, así como los usos y actividades existentes al tiempo de la aprobación de los instrumentos de planeamiento que resultaren disconformes con los mismos, quedarán en situación legal de fuera de ordenación " . Como se infiere del tenor literal del precepto, la situación legal de fuera de ordenación está prevista, con carácter exclusivo, para los supuestos en los que la disconformidad de la edificación con el planeamiento -en definitiva su ilegalidad- tiene carácter "sobrevenido". Ello significa que tal declaración sólo puede tener por objeto construcciones o usos que eran legales en el momento de ser levantadas o iniciados, pero no, desde luego, las edificaciones y actividades que eran contrarios al planeamiento desde un principio. Por tal razón, es la aprobación del nuevo planeamiento el hecho que provocará la situación de fuera de ordenación que, precisamente por ello, se adjetiva como "legal".

Conforme a la citada DA 1ª de la LOUA, en los supuestos de fuera de ordenación "En defecto de las directrices y determinaciones previstas en el apartado anterior se



aplicarán a las instalaciones, construcciones y edificaciones en situación legal de fuera de ordenación las siguientes reglas:

1.ª Con carácter general sólo podrán realizarse las obras de reparación y conservación que exija la estricta conservación de la habitabilidad o la utilización conforme al destino establecido. Salvo las autorizadas con carácter excepcional conforme a la regla siguiente, cualesquiera otras obras serán ilegales y nunca podrán dar lugar a incremento del valor de las expropiaciones.

2.ª Excepcionalmente podrán autorizarse obras parciales y circunstanciales de consolidación, cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición, según proceda, en un plazo de cinco años, a partir de la fecha en que se pretenda realizarlas. Tampoco estas obras podrán dar lugar a incremento del valor de la expropiación."

No podrán realizarse en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble. Como ha declarado esta Sala en su sentencia de fecha 18 de junio de 2012 (rec. 2704/2003) "el régimen jurídico de "fuera de ordenación" es una manifestación de la aplicación del nuevo planeamiento a edificios e instalaciones preexistentes y disconformes con el mismo, y obedece a la finalidad de que los edificios que han merecido esa calificación no prolonguen en existencia más allá de lo que cabe esperar de los mismos por el estado de vida de sus elementos componentes, por ello esa situación no supone su inmediata desaparición, ni su condena como bien económico- social, en cuanto que aquellos seguirán existiendo y prestando el servicio para el que fueron exigidos hasta que llegue el momento de su desaparición, bien por su consunción como tales, bien por llevarse a efecto las previsiones del Plan urbanístico, y en consonancia con esa finalidad la pervivencia de los edificios e instalaciones sometidas a ese régimen está sujeta a importantes limitaciones en orden a las obras que puedan realizarse en los mismos, no siendo admisible cualquier tipo de obras, sino únicamente las pequeñas reparaciones que exigiese la higiene, ornato y conservación estando prohibidas las obras de consolidación, aumento de volúmenes, modernización y aquellas que incrementen su valor de expropiación, así lo dispone el párrafo dos del repetidamente citado artículo 60 del Texto Refundido de la Ley del Suelo , salvo en los casos excepcionales en que están permitidas obras parciales y circunstanciales de consolidación, a que se refiere el párrafo tres de dicho artículo. Este principio general de no autorización de obras en edificios fuera de ordenación se establece mediante una norma que, en cuanto restrictiva de facultades típicas del derecho de dominio, debe recibir una interpretación estricta.En consecuencia no se puede conceder licencias para nueva implantación o cambio de uso de actividades ni reinicio de expedientes de licencias anteriormente caducadas; admitiéndose excepcionalmente obras que sean de carácter provisional por su propia naturaleza.

Concluyendo pues, que la licencia es en edificio fuera de ordenación y sólo se pueden llevar a cabo las obras de mantenimiento y seguridad pero no de



reestructuración porque implican consolidación de la obra e instalación, que son provisionalmente toleradas en tanto en cuanto se ejecuta el planeamiento."

Todo lo anteriormente razonado nos conduce a la desestimación del recurso de apelación planteado y a la confirmación de la sentencia de instancia, puesto que los trabajos en curso a la data de iniciación de el expediente de protección de la legalidad urbanística constituyen obras de reforma integral para la consolidación de una construcción en situación de fuera de ordenación, en clara vulneración por lo tanto de la DA 1ª de LOUA, en relación con las previsiones del PGOU de Mijas de 1999, que las convierten en ilegalizables, y por lo tanto solo cabe como destaca la sentencia de instancia la demolición de lo ilegalmente ejecutado para reponer las cosas a su estado originario previo a la verificación de la transgresión de la normativa urbanística."

En mérito a lo anterior, al concurrir en la vivienda dos situaciones sometidas en sentido estricto a un régimen jurídico distinto, cabría entender que la demolición de la totalidad de la vivienda no sería admisible, pues en las edificaciones en situación de fuera de ordenación, si bien el objetivo último es su demolición, ello lo será cuando la extinción de la edificación se produzca por causas naturales (" (...) **la circunstancia de que la declaración de fuera de ordenación no implique su demolición inmediata, sino que se espera a la extinción natural de la construcción o instalación así calificada**"- cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de noviembre de 2016 (LA LEY 185554/2016),), lo que no obsta, como se infiere de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía arriba transcrita, para que deba reponerse la vivienda al "estado originario previo a la verificación de la transgresión de la normativa urbanística", que será aquel que se tuviera al momento de realizar la primera obra sin contar con la pertinente licencia municipal, toda vez que, en efecto, como se dice en la consulta efectuada, la doctrina fijada por los Tribunales para los supuestos de construcciones en situación asimilable al de fuera de ordenación por infracción urbanística prescrita, ha señalado que cualquier actuación que no sea una pequeña reparación exigida por la seguridad y la salubridad y suponga la modernización o mejora de la construcción realizada sin licencia hace que la acción de restauración de la legalidad urbanística se reavive desde ese momento y no únicamente con respecto a la últimas obras realizadas ilegalmente, sino para todas aquellas que hubiesen realizado sin licencia. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de julio de 2015 (LA LEY 112927/2015):

"CUARTO.- Si, como hemos dicho más arriba, el transcurso de los citados cuatro años desde la total terminación de las obras comporta como consecuencia jurídica la facultad del propietario (incumplidor de la normativa urbanística) al " mantenimiento de la situación creada " y no otra o distinta facultad, no es menos cierto que el reconocimiento y goce de dicha facultad, como es obvio, requiere que se mantenga la situación creada, lo que excluye, obviamente, la posibilidad de efectuar obra alguna salvo las permitidas en el régimen equiparable o asimilable al de fuera de ordenación.



Si con posterioridad el propietario, de forma voluntaria y libre, decide ejecutar obras distintas de las permitidas y admitidas en el régimen de fuera de ordenación y si además las efectúa sin la previa obtención de licencia que las ampare, como ocurre en el caso presente, es claro y evidente que dicha actuación debe reputarse y calificarse, nuevamente, como infractora del ordenamiento jurídico urbanístico.

En tales circunstancias, de modificación unilateral de la situación inicialmente creada, repugnaría al ordenamiento jurídico el mantenimiento de las consecuencias jurídicas derivadas del transcurso del plazo de caducidad de cuatro años para el restablecimiento de la legalidad urbanística. Las consecuencias y efectos jurídicos de la caducidad consumada se mantendrán mientras la situación fáctica resulte inalterada. No puede pretenderse el mantenimiento e inalterabilidad de los efectos jurídicos producidos como consecuencia de la caducidad del plazo para el restablecimiento de la legalidad urbanística a una realidad distinta a la que motivó, precisamente, aquella.

Reiteramos, los efectos jurídicos derivados de la caducidad lo son, únicamente, para el mantenimiento de la situación creada, no otra distinta y, además, infractora del ordenamiento jurídico.

Es por ello, que esta Sala viene sosteniendo que cuando se dan tales circunstancias se entiende " perdida la caducidad inicialmente ganada a los efectos de aplicación del artículo 195.1 de la ya citada Ley 9/2001 (LA LEY 1426/2001) , dado que el destino de las obras en situación equiparable al de fuera de ordenación es su desaparición, no su consolidación, modernización o su sustitución, como en el caso concreto ha ocurrido ", pudiendo citarse al efecto, entre otras, las Sentencias de esta Sala y Sección de 28 de octubre de 2010, rec. 2254/2010 ; 5 de marzo de 2009, rec. 2154/2008 (LA LEY 344503/2009) ; 22 de octubre de 2009, rec. 1029/2009 (LA LEY 263416/2009) ;....

Por tanto, cuando el requerimiento de legalización aquí impugnado se refiere como objeto del mismo a la " Construcción de cuerpo de edificación en patio de vivienda " resulta ser fiel exponente y aplicación de la doctrina legal y jurisprudencial acabada de exponer. Esto es, realizadas obras en una edificación en situación equiparable al de fuera de situación (por el transcurso del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística) distintas de las admisibles en dicho régimen y perdida, por tanto, la facultad del propietario al mantenimiento de la edificación ilegal (pérdida de la prescripción ganada), el requerimiento de legalización que encabece el expediente de restauración de la legalidad urbanística tendrá por objeto no solo las obras últimas obras llevadas a cabo sino, también, la edificación o construcción existente con anterioridad. Dicho de otro modo, el eventual intento de legalización deberá tener por objeto la totalidad de la edificación o construcción y si no se solicita, en el plazo de dos meses, su legalización o si solicitada fuera desestimada, la ulterior orden de demolición deberá tener por objeto



la totalidad de dicha construcción o edificación, como así sucede en el caso presente.”

CONCLUSIÓN

En la hipótesis, que precisará de la correspondiente prueba, de que la edificación, erigida en el año 1950, se hubiera construido legalmente, la demolición de la totalidad de la vivienda en situación de fuera de ordenación no sería admisible, debiendo procederse, no obstante, a la reposición de la vivienda al estado originario previo a la verificación de la transgresión de la normativa urbanística, que será aquel que se tuviera al momento de realizar la primera obra sin contar con la pertinente licencia municipal.

La presente consulta recoge el criterio orientativo y no vinculante (apartado 5 de la citada Instrucción) de la Secretaría Permanente al supuesto concreto planteado y descrito en los antecedentes de hecho, lo que no impide que de forma motivada, por el órgano sustantivo, se aplique un criterio distinto.

Madrid, 3 de marzo de 2017