

Ref: CU 55-14

ASUNTO: Consulta urbanística que plantea el Distrito de Salamanca en relación con la forma de llevar a la práctica la restitución de la legalidad urbanística de las obras efectuadas en viviendas situadas en el bajo cubierta del edificio ubicado en la calle Claudio Coello, 19.

Palabras Clave: Disciplina urbanística. Régimen urbanístico. Infracción urbanística.

Con fecha 11 de noviembre de 2014 se eleva consulta urbanística a la Secretaría Permanente, efectuada por el Distrito de Salamanca, en relación con las obras realizadas en las viviendas existentes en el bajo cubierta del edificio ubicado en la calle Claudio Coello, 19 y el modo de restituir la legalidad urbanística.

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 previstas en la normativa municipal y garantizar el establecimiento de 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

Normativa:

- Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, de 17 de abril de 1997.
- Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas, de 23 de diciembre de 2004.
- RD 1346/1976, 9 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.
- 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.

Informes:

- Consulta urbanística 5/2011, de 11 de marzo, que plantea el Distrito de Ciudad Lineal sobre el régimen de obras a aplicar en situaciones resultantes de infracción urbanística prescrita.

Expedientes:

- 104/2012/01283 Legalización obras.
- 711/2007/11728 Consulta urbanística especial.
- 713/2001/12231 Denuncias.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se plantea la presente consulta en relación a las obras de acondicionamiento realizadas en las viviendas sitas en el bajo cubierta del edificio sito en la calle Claudio Coello, nº 19.

El edificio cuenta con licencia concedida en el año 1931 en el expediente 44-139-10, por la que se autoriza el levantamiento de cubierta y la prolongación de los muros para obtener una altura de 3m, amparando el uso residencial en ese espacio con la prescripción de que se instale un ascensor para obtener las condiciones de habitabilidad. Se desconoce el número y la distribución de las viviendas que se admitieron en la licencia.

Mediante licencia concedida el 11 de julio de 2012 (expediente 104/2012/01283) se autoriza la legalización y ampliación del ascensor: "prolongación recorrido ascensor hasta la planta 4ª-ático, para favorecer el acceso a la vivienda de la última planta. Ampliación de la estructura y cerramiento del ascensor que no sobrepasará la altura de cumbrera, acondicionamiento de las zonas comunes en la planta 4ª-ático, apertura de hueco en fachada y reposición de acabados similares a los existentes en la caja de escalera".

No se ha solicitado ni obtenido licencia posterior a la de construcción, habiéndose denunciado recientemente la ejecución de obras sin licencia. En este aspecto, se ha comprobado la existencia de diferentes expedientes de disciplina urbanística referidos a la planta ático, destacando el 104/2012/07336, con resolución de fecha 26/02/2015 por la que se ordena la legalización de "obras de acondicionamiento puntual: cambios de distribución, preinstalación de climatización, nueva instalación eléctrica, fontanería, instalación de paneles de aislamiento entre los pares de cubierta, nuevo falso techo a base de placas de cartón-yeso, la totalidad de paramentos verticales, muros, tabiquería, trasdosados forrados de placas de cartón-yeso; y obras exteriores: sustitución de la totalidad de ventanas que dan tanto al patio central (de restauración obligatoria) como a los patios perimetrales, o ajuste las

mismas a las condiciones de la licencia u orden de ejecución existentes, realizadas en Cl. Claudio Coello num. 19, pla: at (bajo cubierta)”.

El planteamiento del distrito parte de la idea de restituir el orden urbanístico infringido mediante el restablecimiento de la planta ático o bajo cubierta a una situación anterior a la ejecución de las obras, por lo que se consulta sobre el momento al que debe estar referida dicha restitución.

Así, según expone el distrito, existen dos situaciones originales posibles a las que referirse a efectos de la restitución: De una parte, al estado original que prevé la licencia de construcción, con la problemática que ello supone al carecer de esta concreta información ya que no consta en los archivos municipales ni la distribución ni el número de viviendas autorizadas. Y de otra, al momento en el que la Administración tuvo conocimiento de una nueva distribución de la planta ático con ocasión de la tramitación de los expedientes n/r 713/2001/12231 (De denuncias. En este expediente consta la ejecución de obras en cumplimiento de la orden de ejecución para la reparación de la cubierta a los efectos de pasar favorablemente la Inspección Técnica de Edificios) y 711/2007/11728 (de consulta urbanística especial relativa a la ejecución de obras para suprimir las infraviviendas existentes), en los que se incorporaron una serie de planos descriptivos de las viviendas, como situación física real en el momento. Esta nueva distribución, que data del año 2007, constituiría una infracción urbanística prescrita.

En relación con las obras objeto de la actual legalización, el denunciado manifiesta que la distribución actual se corresponde con la original, sobre la cual reconoce la ejecución de una serie de obras en cumplimiento de la orden de ejecución de la ITE, señalando por lo que ahora nos interesa que el pladur se ha trasdosado a las paredes. Sin embargo, los servicios técnicos del distrito han señalado que se trata de una nueva distribución que se ha basado en pladur, “sin trasdosado alguno, siendo dichos elementos de nueva construcción”.

CONSIDERACIONES

En el presente supuesto se debe partir de la consideración de que no tenemos constancia de la existencia de ninguna licencia que ampare un número y una distribución concreta de las viviendas, habiéndose ejecutado nuevas obras sin licencia y no en contra de las determinaciones de una licencia.

El distrito plantea su necesidad de concretar el momento al que debe referirse la restitución de las recientes obras de acondicionamiento puntual, si al estado “original” de las viviendas en el caso de que la licencia de 1931 contemplara la configuración de las viviendas, o al estado en el que se constituyó la infracción ya prescrita (año 2007).

La primera cuestión debe venir referida al régimen jurídico aplicable a los expedientes de disciplina urbanística, pudiendo distinguir cuando la actuación urbanística no resulta legalizable, en cuyo caso procede adoptar todas las medidas legalmente establecidas para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida (orden de demolición o clausura, en su caso) sin perjuicio de los trámites que para ello sean necesarios, y cuando la actuación se ejecutó en un momento en el que era disconforme con la ordenación urbanística pero en el momento de su legalización –mediante la solicitud de una licencia- resulta conforme con la ordenación urbanística vigente en el momento de la resolución.

Para poder determinar en qué situación nos encontramos es preciso analizar si las obras realizadas resultan o no disconformes con el ordenamiento urbanístico vigente y si son susceptibles de legalización.

Partiendo de la consideración de que las viviendas se encuentran, a día de hoy, en situación de infracción urbanística prescrita al no estar amparadas en licencia urbanística alguna y al haber tenido conocimiento el Ayuntamiento en el año 2007 de una nueva distribución mediante la documentación gráfica obrante en los expedientes antes citados, el régimen de obras permitido se encuentra limitado. En este sentido, tal y como ya se señaló en la Consulta urbanística 5/2011, de 11 de marzo, el régimen jurídico aplicable a las obras ilegales con infracción prescrita, según criterio jurisprudencial, se corresponde al de la situación de fuera de ordenación contenido en el artículo 60.2 del TRLS/76. Siguiendo ese criterio y teniendo en cuenta la graduación de la situación de fuera de ordenación hecha por el artículo 64 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, el Capítulo 2.3 de las NN.UU., el Tema nº 87 de la CSPG y el artículo 10 de la OMTLU, queda equiparada la situación de infracción urbanística prescrita a la de fuera de ordenación absoluta, autorizando, exclusivamente, las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes a mantener las condiciones de seguridad. Es decir estas situaciones consolidadas se someten a un régimen restrictivo de obras y mejoras, imponiendo la OMTLU, en su apartado 3 del artículo 10, que la concesión de licencias que se otorguen para estas situaciones deberán describir la situación de infracción prescrita y se deberán otorgar bajo la condición de su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que su concesión suponga un incremento del valor del justiprecio de expropiación.

Sentado este criterio, el distrito se cuestiona si al haberse realizado las nuevas obras consistentes en una nueva distribución que se ha basado en pladur, "sin trasdosado alguno, siendo dichos elementos de nueva construcción" se habría perdido la prescripción ganada al exceder del régimen de obras permitido.

Para poder dar debida respuesta debemos acudir al criterio jurisprudencial, pudiendo citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de octubre de 2005 (JUR 2006\203873), que señala en su Fundamento de Derecho cuarto lo siguiente:

"Debe partirse de la base de que si la construcción en la parte posterior del patio se encontrara prescrita, encontraba en situación equiparable a la de fuera de ordenación, y por tanto la sustitución de cualquiera de sus elementos comporta, en primer término, la pérdida de la prescripción, pues el destino de las obras en estas situaciones de fuera de ordenación son su eliminación por el paso del tiempo y agotamiento de sus estructuras sin que sea admisible obra o intervención alguna que permita su consolidación, modernización y mucho menos su sustitución, ya que sólo se permiten obras de escasa entidad tendentes a mantener la salubridad y la habitabilidad".

Por su parte, la Sentencia del propio TSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2004 (JUR 2005\18609) establece, en su Fundamento de Derecho Tercero:

"El nuevo propietario se coloca en el mismo lugar en que se encontraba el anterior asumiendo en este ámbito, la posición del anterior, con sus obligaciones y cargas. Partiendo de este Criterio, el recurrente pone todo su énfasis en acreditar que el patio estaba cubierto mediante una uralita y lo que ha realizado es su sustitución por un tragaluz de vidrio armado. Pues bien aún admitiendo que la cubrición del patio mediante uralita, existiera con anterioridad, si la misma no se encontraba amparada por la original licencia de construcción del edificio, o por cualquier otra licencia ulterior, y aún admitiendo que dicha construcción se

encontrara prescrita y por lo tanto en situación equiparable a la de fuera de ordenación, su sustitución por otro elemento, comporta, en primer término, la pérdida de la prescripción, pues el destino de las obras en estas situaciones de fuera de ordenación son su eliminación por el paso del tiempo y agotamiento de sus estructuras sin que sea admisible obra o intervención alguna que permita su consolidación, modernización y mucho menos su sustitución, ya que sólo se permiten obras de escasa entidad tendentes a mantener la salubridad y la habitabilidad.

Pero además aún cuando la anterior cubrición de patio tuviera licencia, su sustitución por una nueva precisa también de la correspondiente licencia. El recurrente admite que procedió a sustitución del tragaluz de uralita mediante su sustitución por uno de vidrio armado, y como quiera que no consta que tenga licencia para ello es evidente que el requerimiento de legalización es correcto a menos que hayan transcurrido mas de cuatro años desde la total terminación de las obras, pues en este caso habría caducado la acción de restauración de la legalidad urbanística”.

Y, más reciente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de mayo de 2013 (JUR 2013\ 245463):

“Respecto de esta cuestión en la sentencia de instancia se indica que, y con independencia de lo anterior, el hecho de haber procedido a ejecutar nuevas obras no amparadas en la licencia que se le había concedido para legalizar las decretadas determina que el transcurso del plazo de cuatro años, si bien impide el requerimiento de legalización, ello no implica su total perpetuación por cuanto que su situación legal es la de fuera de ordenación que impide la realización de otras obras que no sean las de mero mantenimiento, impidiendo pues las que ahora se han realizado tales como las de instalación de velux o de cambio de carpintería y acabado de fachada que ha sido alterado. Por tanto al haber realizado la nueva actuación ha asumido el riesgo que se inicie nuevamente el plazo de cuatro años, que esta vez no ha transcurrido por haber sido efectuado el requerimiento de legalización dentro del mismo. En este sentido es numerosa la jurisprudencia existente- en torno a las edificaciones en situación de "fuera de ordenación" resultante de la prescripción de la acción de restauración del orden urbanístico infringido lo que no conlleva la legalización de la obra ilegal sino su declaración de fuera de ordenación y que por aplicación de la normativa solo son susceptibles de realizar pequeñas obras que tienen a la adaptación del inmueble a las necesidades del propietario, respetándose con ello el derecho de propiedad, pero compaginando todo ello con que estos edificios urbanísticamente desordenados no prolonguen su existencia en tal estado mediante la realización de obras que no sean las autorizadas simplemente con aquella finalidad de higiene, ornato o conservación .”

En aplicación de esta doctrina, la pérdida de la prescripción ganada por el paso del tiempo debe venir referida, en el caso que nos ocupa, a los supuestos de sustitución, de forma que al sustituir el elemento prescrito (la tabiquería como elemento esencial para la distribución) el nuevo elemento que lo sustituye ya no está protegido por la prescripción.

De la lectura de todo lo anterior, se puede confirmar que el levantamiento de una nueva tabiquería que supone la sustitución de la anterior, y en la medida en la que constituye una obra admitida, requiere sin duda su propia licencia en la que se verifique el cumplimiento de la normativa urbanística vigente conforme al régimen jurídico aplicable, habiéndose perdido los efectos de la prescripción de la antigua distribución.

Pero en el juego de la pérdida de la prescripción también debemos observar uno de los principios que ha de regir la actuación administrativa como es el de proporcionalidad.

Así, indica la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2002 (RJ 2002\609), que “el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo.”

Una primera manifestación de este principio es precisamente la limitación del régimen de obras prevista para las situaciones de infracción urbanística prescrita de tal manera que la ejecución de las obras dentro de las limitaciones previstas para dichas situaciones no supondría la pérdida de la prescripción ganada.

Asimismo, constituye otra manifestación de la proporcionalidad con la que debe actuar la Administración los supuestos de actuaciones posteriores a la comisión de una infracción ya prescrita que mantienen y no sustituyen al elemento anterior, en cuyo caso no debe aplicarse la pérdida de la prescripción ganada, máxime cuando tienen una entidad mucho menor que el elemento prescrito.

En estos últimos supuestos, la potestad de protección de la legalidad urbanística podrá ejercerse, con las condiciones y límites legales, contra tales actuaciones nuevas pero deberá respetar el elemento prescrito. Por ello, resulta del todo determinante que quede constancia del tipo y alcance de obras que se han acometido respecto de la situación anterior a los efectos de poder aplicar la teoría de la prescripción o, por el contrario, poder determinar si la misma se ha perdido con ocasión de las nuevas obras.

A la luz de todo lo anterior, se considera que en el presente supuesto se ha producido una pérdida la prescripción ganada al haber realizado obras que se exceden del régimen permitido al haber demolido los tabiques y levantado una nueva distribución, obras que no obstante son susceptibles de legalización mediante la obtención de la correspondiente licencia, no considerándose procedente la pretensión de demolición de toda la planta para su restitución al momento original, máxime teniendo en cuenta que según manifiesta el distrito dicho estado original de las viviendas no cumpliría con las condiciones mínimas de habitabilidad vigentes a día de hoy. Asimismo, es preciso señalar que en estas situaciones se permitirán en todo caso “las obras directamente dirigidas a eliminar las causas determinantes de la situación de fuera de ordenación” (artículo 2.3.3.1.c) de las NNUU), por lo que se considera viable la presentación de una solicitud de licencia a estos efectos.

El régimen jurídico aplicable a la licencia que se solicite será, conforme a la jurisprudencia mayoritaria (entre otras y por todas, STS de 9 de mayo de 1986; STS de 10 de abril de 1990; STS de 6 de febrero de 1998) el vigente en el momento de la resolución siempre y cuando tal resolución se produzca en plazo. Cuestión distinta es que la resolución se produzca de forma extemporánea al plazo legal para resolver, en cuyo caso el régimen legal aplicable será el existente en el momento de la solicitud.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con todo lo señalado, es criterio de esta Secretaría Permanente considerar que se ha producido la pérdida de la prescripción ganada al haber ejecutado

obras que exceden del régimen de obras permitidas en la situación de infracción urbanística prescrita, equivalente al régimen de obras del fuera de ordenación absoluta. Sin embargo, se trata de obras susceptibles de legalización mediante la obtención de una nueva licencia de obras que se resolverá conforme a la normativa vigente en el momento de la resolución, si la misma se produce en plazo y, de superar el plazo legalmente previsto, en el momento de la solicitud.

La presente consulta recoge un 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 hechos descritos, lo que no impide que de forma motivada, por el órgano sustantivo, se aplique un criterio distinto.

Madrid, 9 de febrero de 2015