

Consulta CU 3-2023 que formula el Servicio de Medio ambiente y Escena Urbana de la JMD de Tetuán en relación con la solicitud de consulta urbanística común que se le formula al Distrito sobre viabilidad de obras de conservación y acondicionamiento, cerramiento, acondicionamiento de superficie e instalación de caseta conserjería en la plaza, de titularidad registral privada, sita en calle Bravo Murillo núm. 297.

Parámetros edificación. Cerramientos.

I.- Antecedentes.

1.- El citado Servicio Técnico de la JMD de Tetuán y ante la solicitud de consulta urbanística presentada en fecha 05/07/2022 por administrado en relación con obras de conservación posibles y cerramiento de la plaza/plazoleta sita en colindancia y alineación oficial a la calle Bravo Murillo núm. 297 de Madrid, tras citar los antecedentes administrativos que considera oportuno el órgano consultante, eleva consulta interna a esta Comisión Técnica de Licencias, para que se pronuncie en relación con los siguientes extremos.

- posibilidad de cerramiento de la “plaza” y pasajes posteriores por razones de seguridad ciudadana con previsión de acceso a vehículos de emergencias.
- acondicionamiento de la superficie de la “plaza” y eliminación del carril de circulación interior en situación de infracción urbanística.
- construcción de caseta para conserje sobre la superficie de la plaza
- posibilidad de cesión de su superficie de la plaza a favor del Ayuntamiento de Madrid para su policía y conservación.
- título habilitante que ampare las actuaciones solicitadas.

2.- La cuestión que se somete a criterio de la Comisión de Seguimiento e Interpretación de la OMTLU dadas sus competencias definidas en el Decreto de Alcaldía de 21 de agosto de 2017 no plantea una duda interpretativa más allá de la recta interpretación del artículo 15 apartados 1 y 2 de la citada OMLyDRU por lo que no se considera necesario elevar a Comisión de Seguimiento cuestión alguna, si bien, a efectos de evacuación de la consulta de que se trata, por la Secretaría Permanente de la Comisión, se emite el presente Informe –no vinculante- para trasladar su criterio en relación con la cuestiones planteadas, ello en base al artículo 13.3 del Decreto de Alcaldía de 21 de agosto de 2017, y sin perjuicio del criterio que deban manifestar otros órganos municipales.

II.- Consideraciones jurídicas.

1.- El régimen jurídico aplicable de los terrenos en cuestión no ha variado respecto de la fecha de emisión de la consulta CU 31-15 suscrita por esta Secretaría de la Comisión, en la que se analizó, y con detalle, la situación jurídica de tales terrenos y superficie que, por servidumbre expresa y voluntaria de su propietario fue constituida a favor del Ayuntamiento de Madrid para destinar tal

suelo a *plaza de uso público*. Recordamos, en lo que interesa lo allí dicho, en su apartado “Hechos”,

“...el espacio objeto de análisis resulta de la ordenación del ámbito de la antigua plaza de toros de Tetuán. En sesión de 29 de mayo de 1963 el Ayuntamiento Pleno acuerda aprobar el Proyecto de nueva ordenación de la antigua Plaza de Toros de Tetuán, con una serie de condiciones. Este Acuerdo fue ratificado por la Comisaría de Ordenación Urbana de 13 de noviembre de ese mismo año....Entre las referidas Condiciones figura, con la letra c), la siguiente:

c). elevación de la rasante prevista para la plaza encuadrada en las construcciones que se proyectan, para dejarla a nivel de calle de Bravo Murillo, prohibiéndose el uso de industrias en las plantas bajas de los edificios y con fachada a la plaza, así como el paso de vehículos por la misma, y quedando la plaza para uso público sin posibilidad de que en ella se concedan aprovechamientos especiales para aguaduchos, puestos de venta callejera u otros similares ...

en el Plano de Ordenación de la zona se representan tres zonas de cesión, entre las que se encontraba la subsodicha plaza, ya sea la cesión gratuita en titularidad al Ayuntamiento o la cesión para uso público, fórmula, ésta última, adoptada para la plaza. Además en la ordenación de la plaza se preven dos pasajes de comunicación entre la calle de Bravo Murillo y la calle Ceuta y un pasadizo de comunicación con la Galería de Alimentación situada en la calle Marqués de Viana. Las citadas cesiones se recogieron en la Escritura de Segregación y Cesión gratuita de terrenos otorgada por D. Domingo López alonso a favor del Ayuntamiento de Madrid de fecha 1 de junio de 1967. En esta escritura se plasma la segregación de la finca matriz de las siguientes fincas:

- con el núm. 1, finca urbana para ensanche de la calle Ceuta.*
- con el núm. 2, finca urbana para instituto de enseñanza.*
- con el núm. 3, finca urbana para plaza de uso público.*

En las Estipulaciones se dispone que en la plaza particular y de uso público que constituye la finca núm. 3 no se permitirá el paso de vehículos, ni la cesión de aprovechamientos especiales para aguaduchos, puestos de venta callejeros y similares ...”

Resulta indicado en los Antecedentes y Hechos de la CU 31-15 que en la ejecución de las obras de edificación nuevos edificios y construcción de la plaza conforme el Proyecto recordado, el administrado, en parte, no cumplió con las obligaciones de ordenación establecidas en aquél, y así partiendo del expediente municipal 500/1966/14290 licencia de nueva planta para edificios de uso residencial que rodean la plaza, se ejecutaron en la plaza obras no amparadas en licencia municipal (calle interior y zona de aparcamiento con los correspondientes pasos de carruajes) lo que motivó el Decreto de fecha 12 junio 1973 del Sr. Gerente Municipal de Urbanismo por el que se dispuso a su apartado 3º *“ se haga saber a la propiedad, en lo referente a la ordenación de la plaza, que si el uso de la finca es para el uso público general y para el recreo de los escolares,*

deberá de suprimirse el paso de carruajes existente” (lo que se reiteró en ulterior Decreto de Gerente Municipal de 22 de febrero de 1978). Ese restablecimiento de la legalidad urbanística nunca se produjo (de ahí la cita del régimen jurídico de *infracción urbanística prescrita y sus obras posibles* que se recuerda en la propia CU 31-15) y, en este aspecto, la actual situación de la plaza y la existencia de tal calle interior o paso de carruajes para acceso a un aparcamiento en planta sótano (expediente municipal expediente municipal núm. 520/1967/74889).

Debe recordarse al administrado que formula consulta urbanística a la JMD que las actuaciones que ahora pretenda no pueden, con aplicación del artículo 545 del Código civil, y en cuanto es titular del predio sirviente, perjudicar el derecho del Ayuntamiento, *...el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar en modo alguno el uso de la servidumbre constituida.*

Y estos antecedentes de ordenación urbanística son los que deben tenerse en cuenta por los servicios de la JMD al evacuar el trámite de consulta urbanística de forma que en las obras/adecuación de la plaza- que se pretendan, no se violenten las finalidades y uso público de la plaza privada y no se vulnere la servidumbre establecida, en favor del Ayuntamiento en escritura pública de 1 de junio de 1967, al igual que, y en atención a las obras de acondicionamiento que se pretenda, aplicar el régimen de autorizar tan solo las obras posibles ante una situación de *infracción urbanística prescrita* que hace posible la supresión del acceso vehículos/paso de carruajes que presumimos da acceso al aparcamiento subterráneo amparado en licencia expediente municipal 520/1967/74889.

Régimen de fuera de ordenación (existente en cuanto al acceso vehículos en interior en la plaza) que resulta de la consolidada doctrina jurisprudencial de situación de infracción urbanística prescrita que, entre las abundantes, recordamos con la Sentencia núm. 598/2022 de 20 octubre de la Sección 2ª Sala contencioso administrativo del TSJ Madrid, JUR 2022/367170, FD 6º,

“ ...Ha caducado en el caso concreto, en consecuencia, el plazo para el ejercicio por la Administración municipal de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística por el transcurso del plazo de cuatro años referido en el artículo 195.1 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, lo que remite a la doctrina contenida, entre otras muchas, en nuestras Sentencias de 23 de noviembre de 2016 (PROV 2017, 2005) (rec. 233/2016) y 25 de julio de 2018 (PROV 2018, 243778) (rec. 972/2017) en las que, con cita de diversos precedentes jurisprudenciales, viene a equipararse la situación de hecho que se produce cuando, habiéndose ejecutado construcciones, edificaciones o instalaciones contrarias al ordenamiento urbanístico, ha caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística con la situación de fuera de ordenación reconociendo, en definitiva, en las situaciones indicadas al propietario de la obra la facultad de mantenimiento de la situación creada y de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso (siempre, claro está, que el uso en cuestión no se oponga al permitido por el planeamiento)

Las obras, en consecuencia, continúan siendo ilegales y no son susceptibles de legalización quedando en lo que la STS 5 diciembre 1987 (RJ 1987, 9365) califica de "situación de persistencia tolerada", pero con los mismos límites del régimen de fuera de ordenación, aplicable por analogía, pues resultaría absurdo que obras ilegales ab initio fueran de mejor condición que las hechas legalmente y que, con posterioridad y a consecuencia de una modificación del planeamiento, hayan devenido fuera de ordenación (por lo que el desajuste con el planeamiento no se produce, en este último caso, desde su inicio).

Como afirma la STS 29 junio 2001 (RJ 2001, 6185) (rec. 8357/1996) " (...) Frente a una cierta tolerancia en supuestos de construcciones o instalaciones contrarias al Plan, que tienen, desde luego, el destino natural de desaparecer y ser sustituidas por otras conformes al mismo, pero que se congelan prácticamente en su estado hasta que llega el momento de su extinción natural, porque preexisten al Plan y han nacido conforme a Derecho (sentencias de 6 de abril y 15 de junio de 2.000), las sentencias de 15 de febrero de 1999 y de 3 de abril de 2000 han afirmado -respecto de licencias de obras- 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, ..., por lo que el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3TRLR, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata ".

En definitiva, el hecho de que el transcurso del plazo legal impida toda reacción que persiga la desaparición de las obras no legitimadas por título administrativo suficiente, solo significa por sí mismo la aceptación por la Ley de la permanencia de dichas obras. En modo alguno cabe de ello deducir o extraer de tal hecho, además, la consecuencia de la legalización ex lege de las obras. Las obras así llevadas a cabo seguirán siendo ilegales por disconformes con la ordenación urbanística aplicable...

En relación con las obras que se permiten en este singular régimen de fuera de ordenación, la doctrina jurisprudencial ha precisado que en las edificaciones sometidas a dicho régimen no resultan posibles obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, ni siquiera aunque vengan exigidas por las disposiciones aplicables a la actividad en que ellas se ejerza [STS 29 abril 2002 (RJ 2002, 4309) (rec. 4065/1998), 24 junio 2008 (RJ 2008, 4221) (rec. 4567/2004) y 25 mayo 2011 (RJ 2011, 4702) (rec. 5136/2007), entre otras].

Como poníamos de manifiesto en nuestra Sentencia de 23 de noviembre de 2016 (PROV

2017, 2005) (rec. 233/2016) anteriormente citada la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid tan solo se ocupa, en su artículo 64.b), de la situación de fuera de ordenación como consecuencia de la disconformidad de la edificación o instalación existente con el nuevo planeamiento, omitiendo toda regulación del régimen jurídico aplicable a las edificaciones y construcciones no legitimadas por título administrativo suficiente, sobre las que hubiere caducado el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, vacío autonómico que debe ser colmado con la legislación estatal -de carácter supletorio- y jurisprudencia interpretativa, por lo que solo serán autorizables las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad, no resultando posibles obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, ni siquiera aunque vengan exigidas por las disposiciones aplicables a la actividad que en ellas se ejerza, doctrina que encuentra su traslación, por lo demás, en el artículo 10.1 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas, en su redacción dada por acuerdo plenario de 29 de abril de 2014, que incluye entre las obras y actuaciones permitidas en estos supuestos de edificios, obras e instalaciones resultantes de infracciones urbanísticas prescritas " (...) las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad ".

Con todo ello ya puede apreciarse que ni serán posibles las obras de *acondicionamiento de la superficie en cuestión* (salvo que se trate, precisamente de la eliminación del viario interior de la plaza para recuperar el deber ser), ni la construcción ex novo de *caseta para servicios de conserjería*, ni el propio *cerramiento en el frente a calle Bravo Murillo 297*, pues resulta contrario al régimen de ordenación de la plaza privada que estableció su *uso público con prohibición de paso de vehículos*. En definitiva se reiteran las conclusiones alcanzadas en la consulta CU 31-15.

2.- Consultado el correspondiente Plano de Ordenación del vigente Plan General de Ordenación de Madrid 1997, la llamada por el consultante "plaza de la comunidad de propietarios de la calle Bravo Murillo núm. 297", no recibe ninguna calificación expresa en cuanto a su destino como zona verde pública, o red viaria pública secundaria, u otra dotación pública, etc, ni está prevista en PGOU 1997 acción urbanística concreta en orden a su adquisición por el Ayuntamiento, de forma que, en tanto no se modifique el planeamiento urbanístico aplicable, debe seguirse el régimen de ordenación resultante del Proyecto Nueva Ordenación antigua plaza de Toros de Tetuán aprobado el 29 de mayo y 13 de noviembre de 1963 y el resultante de las condiciones de la cesión al uso público establecidas en la servidumbre constituida en escritura pública 1 junio 1967 en favor del Ayuntamiento.

Lo razonable hubiera sido (entendemos es la única solución normativa adecuada a futuro, y dada la continuidad funcional de la plaza con la calle Bravo Murillo y calle de Ceuta, así como la existencia de locales comerciales diversos abiertos al público que tiene su frente y acceso peatonal

por la plaza en consideración) prever su destino a red viaria pública secundaria “ área estancial” a los efectos de los artículos 7.14.1 y concordantes de las NNUU del PGOU 1997; pero ello no ha sido así establecido por el vigente planeamiento general de 1997.

3.- En el análisis de las determinaciones de la vigente Ordenanza Municipal sobre Uso y Conservación de Espacios Libres OMUCEP 1984 (BAM núm. 4578 de 15/10/1984), y en atención a los antecedentes de ordenación y gestión urbanística del terreno antes recordados, no estamos ante un espacio que sea vía de uso privado y lo que sí estamos es ante una plaza de titularidad privada y uso público que debe atender a la servidumbre de uso que sobre ella está establecida en favor del Ayuntamiento de Madrid. Ello nos lleva a la aplicación del artículo 13 de la recordada Ordenanza de 1984 pero, en el caso, *la regulación que pueda pretender la Comunidad de Propietarios* de tal espacio privado no puede contradecir la servidumbre constituida en favor del Ayuntamiento, ni puede pretenderse *cerramiento* que perjudique ese *uso general público* en total colindancia con la calle de Bravo Murillo y su circulación peatonal y acceso peatonal a los locales comerciales abiertos al público que tienen su fachada a la plaza privada de uso público. (lo que tienen todo sentido si se recuerda el apartado 2 del artículo 13 de la OMUCEP 1984 ... *no obstante, el planeamiento podrá fijar itinerarios peatonales de uso público a través de los espacios libres privados, en cuyo caso requerirá la constitución de una servidumbre de paso ...*)

4.- El alegado por el consultante *cambio de criterio de la Secretaría Permanente de la Comisión en la materia* en atención al criterio expuesto por ésta en las consultas urbanísticas de referencia CU 01-22 y CU 14-2022 no es tal, dado que las situaciones urbanísticas y caracterización del medio urbano en cada caso (*los hechos determinantes* de la realidad física y jurídica de las cosas que no pueden ser ignorados/mal interpretados por la Administración pues los hechos son como la realidad los muestra, STS Sala 3ª Sección 5ª de 28 noviembre 1994 RJ 1994/8649 y las en ella citadas SSTs de 17 de marzo y 15 de abril 1992 RJ 1992/3283 y RJ 1992/4051, STSJ de Madrid Sala de lo contencioso administrativo Sección 7ª de 21 diciembre de 2002 JUR 2003/145104, etc) en el que se opina, en unos y otros casos, no es el mismo.

En efecto, en la CU 01-2022 el suelo privado de uso público (resultante de la gestión urbanística proyecto de compensación del APD 14.1 del PGOU 1985 y tratándose de dos fincas registrales independientes sin actual edificación) es suelo totalmente perimetrado en sus cuatro puntos cardinales por calles ejecutadas vías públicas abiertas a tal uso circulatorio, su interior, de la manzana así formada, está normativamente destinado a ser *zona verde básica* en una de las fincas titularidad de una Mancomunidad de propietarios y en la otra finca registral (de titularidad de Patrimonio Municipal del Suelo con edificabilidad pendiente de ejecutar) destinada para *equipamiento social comunitario* y que desde luego no es de titularidad privada.

El análisis del medio urbano, “la realidad de las cosas como hecho determinante”, que puede apreciarse con un reconocimiento del lugar, ya acreditan que nada tiene que ver esta situación con la ahora objeto de consulta calle Bravo Murillo núm. 297.

También difiere del caso ahora analizado, el expuesto en la consulta de referencia CU 14-2022. Se estaba también aquí ante una *zona verde básica* no obtenida por el Ayuntamiento que, en su subsuelo (bajo rasante), tiene ejecutado un pasaje peatonal de propiedad privada que es el que se consultaba poder vallar para permitir su cerramiento temporal según horarios tal y como se aprecia en el argumentario de la propia consulta CU 14-2022. En este caso no había constituida servidumbre expresa alguna en limitación civil del titular del derecho de propiedad.

Y esta Secretaría sigue entendiendo que con el artículo 388 del Código civil el propietario tiene derecho al *cerramiento de heredades* pero ello lo es *...sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas*, y en el caso de la plazoleta sita en colindancia con calle Bravo Murillo 297 existe una servidumbre que impide tal cerramiento.

No se ha producido pues *“cambio de criterio de esta Secretaría Permanente”* sino que los supuestos analizados -en las consultas que se citan- son *distintos* y por lo mismo nos llevan a *distintas conclusiones* que, recuérdese, no son criterios vinculantes para el órgano administrativo consultante.

5.- La cuestión del hipotético *título habilitante* preciso, para el caso de que se estimase por la Autoridad municipal competente pueden proceder al cierre lo es, en nuestro criterio, la Declaración responsable del administrado, tal y como ya se indicó en las citadas consultas CU 01-2022 y CU 14-2022. En cuanto a las obras de acondicionamiento, nueva construcción caseta etc, que no conocemos con exactitud técnica, parece sea suficiente la Declaración Responsable pues el título intervención licencia previa municipal queda reservado, por aplicación del Anexo I de la OMLyDR Ordenanza 6/2022 de 26 de abril a los supuestos que allí se citan; en su concordancia el Anexo II A) de la misma Ordenanza.

6.- Es lo cierto que el PGOU de 1997 vigente, en cuanto al suelo en cuestión sito en calle Bravo Murillo núm. 297, nada obliga al Ayuntamiento de Madrid a su adquisición y, por lo mismo, a la obtención de tal suelo y así superar las disfunciones entre la realidad urbanística de las cosas y los contenidos del Registro de la Propiedad (disfunciones consecuencia de una gestión urbanística, realizada al amparo de la Ley del Suelo de 1956 hoy en todo superada por la legislación urbanística posterior).

Esa indefinición del PGOU 1997 en cuanto no ha sido prevista la existencia de *“red pública alguna”* en plazoleta sita en calle Bravo Murillo 297 impide la aplicación del artículo 90 de la Ley 9/2001 LSM y los modos de obtención de redes públicas. No obstante ello, entendemos es posible el acuerdo de adquisición por *“cesión libre y gratuita”* en la medida de que se soporte en *la libre voluntad de las partes* caso en el que debería analizarse, si el subsuelo está ocupado por construcción de otras edificaciones, aparcamiento, etc, la necesidad de constitución de un *complejo inmobiliario urbanístico* ex artículo 26.5 del vigente Texto Refundido Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana RDL 7/2015 de 30 de octubre lo que requeriría, casi con total seguridad,



una modificación del planeamiento urbanístico vigente. Tal posible acuerdo de cesión gratuita y por supuesto la hipotética constitución de complejo inmobiliario urbanístico debe instrumentarse en documento público que permita su acceso al Registro de la Propiedad y la actualización del contenido de éste.

III.- Conclusiones.

1.- La consulta urbanística común formulada por el administrado debe ser evacuada por los servicios técnicos de la JMD, en la que pueden tomarse en consideración las argumentaciones jurídicas de esta Secretaría que constan en las precedentes consideraciones jurídicas y, por lo mismo, dada la existencia de una servidumbre de uso público de la plaza privada, y dada la existencia de previas infracciones urbanísticas prescritas que conduce a fuera de ordenación y régimen limitado de obras posibles en la superficie de la plaza, el acondicionamiento de la plaza- salvo que lo que se pretenda sea precisamente la supresión de todo viario interior-, construcción de caseta para conserjería en su superficie y cerramiento de la misma en su linde con calle Bravo Murillo 297, deben informarse desfavorablemente. Se ratifica pues el criterio ya apuntado por esta Secretaría en su anterior Consulta urbanística CU 31-2015.

2.- Lo dicho en nada contradice el criterio manifestado por esta Secretaría en sus anteriores consultas urbanísticas CU 1-2022 y CU 14-2022, en las que se analizaron suelos de titularidad privada zonas verdes básicas no obtenidas por el Ayuntamiento y en los que no existía constituida servidumbre de uso público en favor del Ayuntamiento, pues son situaciones distintas tanto en cuanto al análisis del medio urbano como a los antecedentes jurídicos y planeamiento siendo distinta la realidad de las cosas en cuanto a los hechos determinantes en fijación de los criterios y decisiones adoptables por la Administración.

3.- Los títulos habilitantes para las actuaciones propuestas por el administrado según se describen en la consulta, caso de que la Autoridad municipal competente decida en sentido diverso al criterio de esta Secretaría, perfectamente posible en cuanto nuestro criterio no es vinculante, lo serán las Declaraciones Responsables del administrado, en la medida en que ninguna de las actuaciones resulte incardinable en el Anexo I de la vigente Ordenanza 6/2022 de 26 de abril de Licencias y Declaraciones Responsables.

4.- Lo razonable sería facilitar la adquisición de este suelo por el Ayuntamiento a través de acuerdo entre administrado y Administración y cesión libre y gratuita de su titularidad en favor del Ayuntamiento en cuanto carente de edificabilidad o aprovechamiento lucrativo alguno para el administrado, liberándole de obligaciones de conservación del espacio de uso público. Ello encuentra la dificultad que el vigente Plan General de Ordenación de 1997 no ha previsto el



espacio como red pública de tipo alguno ni previsto la necesidad de actuación adquisitiva del Ayuntamiento, así como la posible necesidad de constituir un *complejo inmobiliario de carácter urbanístico* si existen edificaciones privadas en subsuelo de la citada plaza de uso público, todo lo cual haría necesario se modifique el planeamiento urbanístico vigente para posibilitar la adquisición pública y dar al suelo una calificación urbanística acorde con su carácter de uso público viario público secundario o área estancial y asegurar su naturaleza de dominio público municipal. En el interín la actuación municipal debe asegurar la plena vigencia y efectividad de la servidumbre constituida para el uso público de la plaza.