

Ref: CU 02-16

ASUNTO: Consulta urbanística que plantea el Distrito de Moncloa-Aravaca referente a la autorización para aparcamiento temporal en una zona verde básica destinado a los trabajadores de una empresa.

Palabras Clave: Autorizaciones.

Con fecha 12 de enero de 2016 se recibe consulta en la Secretaría Permanente efectuada por el Distrito de Moncloa-Aravaca, relativa a la solicitud de autorización que formula Telefónica España para el uso de una zona verde como aparcamiento de vehículos para sus trabajadores.

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

- 109/2014/4833, de solicitud de Telefónica de España S.A.U. de la autorización para aparcamiento provisional en la zona verde sita en la calle Fuente del Rey, nº 3.
- 109/2009/0444. Denuncia por obras de movimientos de tierra sin licencia.
- 109/2014/3142. Recurso contra imposición de sanción y reposición del suelo a su estado original.
- 109/2014/5637. Contencioso. PO 388/2014. Incumplimiento orden de ejecución reposición del suelo.

HECHOS

La entidad Telefónica España, S.A.U. solicita autorización para un aparcamiento provisional en una zona libre colindante con la parcela en la que se ubica su Centro Nacional de Supervisión y Operaciones de Telefónica (CNSO) al objeto de que sus trabajadores puedan aparcar sus vehículos privados ya que la zona cuenta con una comunicación deficiente, especialmente en el horario nocturno en el que permanece abierto el Centro, planteando asimismo la posibilidad de que este aparcamiento en superficie sea utilizado por los usuarios del centro deportivo municipal existente en su cercanía.

Esta zona está calificada en el Plan general de Ordenación Urbana como zona verde básica.

Con fecha 13 de febrero de 2015, la Dirección General de Limpieza, Residuos y Conservación de Zonas Verdes señala que “no tiene inconveniente en su uso como zona de aparcamiento, siempre y cuando, en cumplimiento de la normativa aplicables, su concesión sea articulada por el órgano competente mediante el correspondiente instrumento legal”.

Posteriormente, se emite informe por los servicios técnicos del distrito respecto del régimen de compatibilidad de usos a los efectos de determinar su viabilidad, considerando que se trata de una zona verde de titularidad municipal y considerando que se trata de la implantación de un uso permanente para garaje-aparcamiento.

A la vista de todo ello, la Secretaría del Distrito solicita consulta a los efectos de valorar la solicitud de la entidad interesada.

CONSIDERACIONES

En primer término, se debe calificar, desde un punto de vista urbanístico, la actuación solicitada por Telefónica, SAU para después determinar su viabilidad en la ubicación concreta que señalan. De esta manera, tal y como se deduce de la solicitud formulada por la referida entidad, lo que se pretende es dar un uso provisional de aparcamiento de los vehículos particulares de los trabajadores de la citada empresa, sin perjuicio de que se valore, si ello fuese necesario, la posibilidad de que este aparcamiento pueda estar también destinado a otros usuarios, como los del centro deportivo municipal que se encuentra en las cercanías. Por lo tanto, la solicitud se concreta en un uso provisional de aparcamiento.

La calificación urbanística de la zona elegida es de zona verde básica, de titularidad municipal, y colinda con la parcela en la que se ubica el edificio de Telefónica. Esto resultaría relevante a efectos de identificar el régimen de usos admisibles que es posible autorizar en cada una de ellas pero, tal y como más adelante queda debidamente justificado, el régimen de compatibilidad de usos no resulta de aplicación al caso analizado.

La primera consecuencia de que nos hallemos ante un bien demanial deviene no sólo del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sino de la más reciente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que exige en su artículo 84 un título habilitante que legitime su uso u ocupación (“1. Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos”).

El título jurídico habilitante, tanto si se tratara de una solicitud para un uso privativo como para un uso que implique un aprovechamiento especial del dominio público, adoptará forma de autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excediera de cuatro años, de concesión (artículo 86.2 LPAP “*Cuando la ocupación se efectúe únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles, estarán sujetos a autorización o, si la duración del aprovechamiento o uso excede de cuatro años, a concesión*”).

La naturaleza jurídica de este tipo de autorizaciones, señala Garrido Falla, no deben confundirse con las de policía. Mientras estas suponen la renovación de una traba que se opone al ejercicio por parte de un particular de un derecho que ya tiene, las autorizaciones demaniales son auténticos actos de tolerancia para un uso especial del dominio al que el particular no podía alegar derecho alguno. Quien ostenta la titularidad del bien es quien decide, previa valoración motivada, sobre la cesión de su aprovechamiento para un destino específico al margen del régimen de usos urbanísticos ya que de lo contrario, estaríamos ante una autorización que la Administración titular del bien demanial otorgaría en cumplimiento de un régimen normado y reglado, siendo la figura jurídica adecuada la licencia urbanística. Sin embargo, mediante la autorización demanial se puede permitir discrecionalmente el uso privativo de un bien de dominio público que, según Garrido Falla, se limita a un uso en la forma autorizada y en tanto la autorización esté vigente.

En definitiva, nos encontramos ante una autorización demanial de carácter discrecional que, conforme al artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberá estar motivada, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho correspondientes. Esta motivación resulta del todo fundamental en la medida en la que es una manifestación de la objetividad a la que está condicionada la acción administrativa, precisamente, por el servicio al interés general que debe dirigir toda actuación administrativa. De hecho, no sólo se configura como un ingrediente formal del acto administrativo, de la que se deben deducir las razones determinantes de lo resuelto en el mismo, sino que debe configurarse, y de forma especial en el ejercicio de potestades discrecionales, como un ingrediente material que refuerza los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa en la consecución de un interés público. Y es que, en la adopción de actos discrecionales, la motivación resulta fundamental puesto que se produce un juicio o una ponderación administrativa que lleva a la opción por una determinada solución de entre varias legalmente posibles, por lo que las exigencias generales de objetividad son particularmente intensas. De esta manera, supone una garantía de los derechos de los particulares, que así podrán conocer las razones que han impulsado a la Administración Pública a resolver en una determinada dirección y no en otra.

Como refuerzo de la necesaria motivación, se considera que esta posibilidad de autorizar temporalmente el uso de un bien demanial debería respetar el espíritu y seguir los mismos criterios y cautelas que las previstas para el caso de las obras y usos provisionales en terreno privado en la medida en que ambos responden a supuestos excepcionales, temporales y en precario. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, en su Sentencia de 19 julio 2000 (RJ 2000\7431), ha establecido que “como principio cardinal, ha de tenerse en cuenta que las licencias provisionales constituyen una excepción al principio general de ejecución del planeamiento conforme a sus determinaciones, y ello comporta que en su concesión y otorgamiento ha de seguirse un criterio restrictivo a fin de no convertir lo que es y debe ser excepcional en la regla general. En segundo lugar, la razón de ser de esta excepcionalidad se justifica en el **principio de proporcionalidad** y de menor intervención en la actividad de los particulares; quiere decirse con ello, y en materia de licencia provisionales, que si una edificación o uso, prohibido de

futuro por el planeamiento, no causa daños actuales y no dificulta el planeamiento proyectado, tal uso es, pese a su contradicción con el planeamiento aprobado, autorizable temporalmente. Un tercer aspecto es el de que por mandato legal expreso los usos y obras han de ser **«justificados» y «provisionales» y «no dificultar la ejecución material del planeamiento»**.

A través de la autorización demanial se podría llegar a permitir la utilización provisional o temporal de una porción del dominio público, aun no estando prevista esta utilización expresamente en una norma específica municipal, siempre que se motive suficiente y adecuadamente por el órgano competente, el interés público concurrente así como los requisitos jurisprudenciales aludidos.

En el presente supuesto, sin perjuicio de la valoración que efectúe el concedente al efecto así como de otras que pudieran confluír a su juicio, podría considerarse como excepcional el hecho de que la zona verde no se hubiese materializado y la falta de previsión o programación para ello, a lo que se uniría la situación de facto del terreno y una posible aglomeración de vehículos con una imposible o muy difícil solución.

Esta excepcionalidad podría resultar acorde con el principio de proporcionalidad, si se justifica adecuadamente, por el hecho de destinar este terreno de uso público –zona verde sin ejecutar-, a otro uso privativo. Evidentemente, con el desarrollo de este nuevo uso no se puede crear ninguna expectativa indemnizatoria.

En cualquier caso, siempre deberá tenerse presente la provisionalidad del mismo, para lo que deberá quedar suficientemente justificado que se trata de la implantación circunstancial de un aparcamiento que será suprimido en el momento en el que se inicie el desarrollo de la zona verde básica, o lo decida así la Administración o transcurra el plazo autorizado, entre otras causas. Ello no obstante, se establecen unas mínimas exigencias físicas para la adaptación del terreno, como son una pavimentación y un cerramiento adecuados, que sin embargo no cuentan con la entidad suficiente como para eliminar el elemento de “provisionalidad” del uso y de la obra. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, en su Sentencia núm. 690/1999, de 24 junio, ha determinado “que los movimientos de tierras y la utilización de materiales consistentes como basalto compactado y aglomerado asfáltico son compatibles con la provisionalidad”.

Estas exigencias jurisprudenciales han sido de alguna manera reflejadas a nivel normativo. Tal es así que se prevé que se otorguen por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, es de cuatro años. Suelen otorgarse, además, a precario, lo que significa que podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración en cualquier momento, sin derecho a indemnización cuando resulten incompatibles para el interés público, como prevé, con carácter general, el artículo 92.4 de la Ley 33/2003 (“4. Las autorizaciones podrán ser revocadas unilateralmente por la Administración concedente en cualquier momento por razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resulten incompatibles con las condiciones generales aprobadas con posterioridad, produzcan daños en el dominio público, impidan su utilización para actividades de mayor interés público o menoscaben el uso general”), pudiendo incluir, además, en las condiciones de la autorización, la necesaria aceptación de esta potestad de revocación por parte del sujeto autorizado al otorgarle la autorización misma (artículo 92.7.g)). Así, habrá que justificar la aparición sobrevenida de un interés general o público, superior al que motivó el otorgamiento de la autorización (STS, de 29 septiembre 1980 (RJ 1980\3460): “Las autorizaciones y concesiones otorgadas en las que se inserta la cláusula de precario sólo

pueden revocarse y ejercitar la correspondiente acción cuando sobrevenga otro interés público incompatible con el que motivó su otorgamiento y que sea preferente al primero”).

Además, las autorizaciones se otorgarán directamente a los petitionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen (artículo 92.1).

Finalmente insistir, en la línea de lo ya apuntado anteriormente, que lo verdaderamente esencial en estos supuestos es la adecuada motivación en un interés público para lo que, además de lo ya expuesto en cuanto a la valoración previa de todas las circunstancias y singularidades que concurran en el caso concreto, deberá ser valorado el precedente administrativo que se cita en la consulta, relativo a una autorización similar, concedida por el Concejal del mismo Distrito consultante, coincidente en cuanto a los datos objetivos (aparcamiento privativo en zona verde básica) pero sin coincidencia en el elemento subjetivo (los titulares de la solicitud son entidades diferentes).

Tal y como señala Díez-Picazo, L.M. en su estudio “La doctrina del precedente administrativo” (Revista de Administración Pública Núm- 98. Mayo-agosto 1982), *“por precedente administrativo entendemos aquella actuación pasada de la Administración que, de algún modo, condiciona sus actuaciones presentes exigiéndoles un contenido similar para casos similares...”*

La mayor parte de la doctrina española moderna opina que el fundamento del carácter vinculante del precedente administrativo radica en el principio de igualdad ante la ley, aunque también es posible señalar otros fundamentos complementarios del principio de igualdad: la seguridad jurídica, la buena fe, la interdicción de la arbitrariedad”.

Por lo tanto, con carácter general el precedente administrativo es vinculante de acuerdo con los fundamentos señalados, lo que no impide, según la tesis del mismo autor, que excepcionalmente el interés público que se invoque en un supuesto concreto juegue como un requisito negativo, al ser considerado como un bien superior que merece un tratamiento distinto. *“Se dice que la Administración no está obligada a seguir sus precedentes y puede, por tanto, conculcar legítimamente los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, cuando así lo exija el interés público. Nos hallamos, pues, ante un límite a la aplicación de la doctrina del precedente, propiciando cierta flexibilidad administrativa, fundada en el interés general que debe prevalecer sobre los intereses particulares.”*

Otra limitación del precedente lo encontramos, en palabras de Díez-Picazo, L.M. en la ilegalidad: *“Es evidente que no cabe alegar el precedente cuando éste es ilegal. Una ilegalidad no justifica una cadena de ilegalidades, ni el ordenamiento puede amparar que se perpetúen situaciones antijurídicas.*

La doctrina del precedente administrativo constituye una técnica de control de la discrecionalidad (incluso interpretativa) que existe en casi todas las potestades de la Administración. Esta, al hacer uso de esas potestades que el ordenamiento le confiere, se autolimita en un determinado sentido, porque los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, a los que está sujeta, le exigen que mantenga cierta uniformidad en sus criterios y actuaciones... La jurisprudencia aplica normalmente la doctrina del precedente a las actuaciones favorables (licencias de urbanismo, autorizaciones para actividades profesionales, etc.)...”

Por todo ello, se impone una interpretación estricta para el otorgamiento de autorizaciones a precario, motivadas en un interés público, a conceder bajo el principio de proporcionalidad, exigiéndose que el uso o la obra no dificulten la ejecución del planeamiento, que se refiera a usos o obras justificadas y de carácter provisional y que se acredite que el planeamiento va a ser objeto o está pendiente de alguna ejecución.

CONCLUSIÓN

A la vista de todo cuanto antecede esta Secretaría Permanente considera que la posibilidad de autorizar el uso privativo para un aparcamiento provisional en un bien de dominio público (zona verde básica) podría encontrar cobertura en la normativa patrimonial (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), que exige, como título jurídico habilitante, una autorización demanial, de carácter discrecional, y como tal, requiere que quede debida y suficientemente motivado por el órgano competente tanto el interés público al que responde su otorgamiento, para lo que se tendrá en cuenta su carácter excepcional conforme al principio de proporcionalidad, como que se trata de un uso justificado, provisional y que no dificulta la ejecución material del planeamiento.

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, a 18 de febrero de 2016