



Ref: CU 52-16

ASUNTO: Consulta urbanística que plantea el Distrito de Usera en relación a un expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística con respecto a unas obras ejecutadas en el espacio bajo cubierta de un edificio sin título que las ampare.

Palabras clave: Disciplina Urbanística. Prescripción.

Con fecha 7 de noviembre de 2016, se eleva consulta a la Secretaría Permanente efectuada por el Distrito de Usera, relativa a la posible caducidad de la acción de la Administración para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística con respecto a unas obras ejecutadas en el espacio bajo cubierta de un edificio sin título que las ampare.

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

La consulta efectuada tiene por objeto un expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística incoado con respecto a unas obras ejecutadas en el espacio bajo cubierta del edificio sito en la Avenida Cerro de Los Ángeles, 11, sin título que las ampare.

Según la consulta remitida, con fecha de 13 de abril de 2016 fue notificado el preceptivo requerimiento de legalización, frente al que el interesado ha presentado alegaciones el día 1 de junio de 2016, interesando la prescripción, aportando un conjunto de documentación, que, en síntesis, no se ha considerado suficiente para tener por acreditada la prescripción, o por mejor decir, como sostienen ahora los Tribunales, la caducidad de la acción de la Administración para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística, planteándose las siguientes cuestiones:

- 1. ¿Qué otra documentación sería válida para demostrar la prescripción de las obras ejecutadas?*
- 2. Revisadas las ortofotos del Ayuntamiento, se observa que los objetos que aparecen en la cubierta son dos ventanas practicables. ¿La aparición de estas ventanas son motivo suficiente para sobreentender que el uso que se practica en ese espacio es el de vivienda?*
- 3. En el caso, de que efectivamente, se demostrase fehacientemente la prescripción de las obras, ¿estaría el uso de ese espacio bajo cubierta habilitado?*
- 4. ¿Deberían destinarlo exclusivamente a un uso compatible con el Plan General de Ordenación Urbana?*

CONSIDERACIONES

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

No cabe establecer de forma apriorística cuál es la documentación concreta apta para tener por probada la caducidad de la acción de la Administración para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística, pues la respuesta de los Tribunales al respecto no es del todo unánime. Y así, por ejemplo, con las facturas, que es el supuesto más típico, existen sentencias que han rechazado su eficacia probatoria en tanto que por documento privado no da fe de la fecha de su



otorgamiento y otras, sin embargo, que han señalado que es la forma normal en que debe acreditarse la total terminación de unas obras. Así, por reflejar las distintas posiciones, citaremos:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de Madrid, de 23 de noviembre de 2003 (JUR 2003\169411):

“SEGUNDO: (...) La actora aporta (folio 31 del expediente), factura de fecha 9 de Julio de 1989. Sin embargo no es prueba plena, por si sola, de que la fecha inscrita corresponda a la realidad.”

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de febrero de 2006 (JUR 2007\196898), cuando señala:

“PRIMERO.- (...)

*La sentencia apelada tras referir que, conforme a lo establecido en el artículo 217.2 de la LEC, correspondía a la actora la carga de probar la concurrencia de la prescripción de la infracción urbanística, como impeditiva de la obligación de restaurar la legalidad urbanística acordada por el Ayuntamiento demandado, **niega efectos probatorios a la factura aportada, obrante en el expediente administrativo, por no poder dar fe como documento privado de la fecha de su presunta emisión, (...)***

SEGUNDO.- (...)

*Contrariamente a lo manifestado por el apelante, la Corporación demandada no admite que las obras fueran realizadas en la fecha que consta en la **factura y dado que ésta, como documento privado, no puede dar fe de la fecha de su emisión, como se recoge en la sentencia apelada, el acta notarial no resulta suficiente para acreditar esa fecha, (...)***

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de octubre de 2006 (JUR 2007\183630):

“CUARTO (...)

*La prueba testifical no se considera apta por el Tribunal para determinar el plazo de finalización total de una obra, **la prueba fehaciente y normal en el tráfico jurídico es la factura emitida con todas las garantías y requisitos exigidos por la Ley.”***

Por lo tanto, la documentación apta para acreditar la caducidad de la acción de la Administración en materia de disciplina urbanística será toda aquella que, siendo admisible en derecho, y atendiendo a las circunstancias del caso en concreto, lleve a



la convicción fundada, por razonable, de que la obra de que se trate tiene en efecto una antigüedad de más de cuatro años (artículo 195.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid).

Es de señalar, sin embargo, que recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene admitiendo como prueba de la caducidad cuando se trata de obras interiores los “*signos externos de naturaleza jurídica*” entre los que “*se encuentra, no ya una escritura pública, sino **la inscripción de la obra nueva en el Registro de la Propiedad**, pues no puede olvidarse que el mismo constituye un elemento de publicidad y que por lo tanto constituye un signo externo, pues debe partirse de la base de que el artículo 1 apartado 3º de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946) establece que los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los arts. 238 y siguientes en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales. Sentencias de de 16 de octubre de 2013 (ROJ: STSJ M 12317/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:12317) dictada en el recurso de apelación 254/2012, de 5 de junio de 2013 (ROJ: STSJ M 7304/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:7304) dictada en el recurso de apelación 1174/2011, de 26 de junio de 2013 (ROJ: STSJ M 11164/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:11164) dictada en el recurso de apelación 35/2012 ; de 1 20 de noviembre de 2013 (ROJ: STSJ M 17277/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:17277) dictada en el recurso de apelación 1457/2013 ; de 04 de diciembre de 2013 (ROJ: STSJ M 17197/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:17197) dictada en el recurso de apelación 704/2012 y la de 04 de diciembre de 2013 (ROJ: STSJ M 17279/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:17279) dictada en el recurso de apelación 465/2012 entre otras muchas.” (cita de la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de diciembre de 2015 (LA LEY 200885/2015).*

En el presente supuesto, no obstante, existen datos que pueden permitir dar una respuesta más concreta.

En efecto, se nos dice que dentro del material probatorio que aportó el interesado, existen dos Ortofotos de la parcela realizadas por el Centro Nacional de Información Geográfica tomadas el 13 de abril de 2006 y 5 de abril de 2009. Sin embargo, las mismas no se han admitido como prueba, pues “*solo se distinguen dos pequeñas manchas en la cubierta pero no se llega a distinguir ni su morfología ni su naturaleza*”. Parece, sin embargo, que posteriormente, “*revisadas las ortofotos del Ayuntamiento, se observa que los objetos que aparecen en la cubierta son dos ventanas practicables*.”

Si se ha entendido bien, y esto fuera así, es decir, que las dos pequeñas manchas que aparecen en la cubierta en las dos Ortofotos realizadas por el Centro Nacional de Información Geográfica tomadas el 13 de abril de 2006 y 5 de abril de 2009 son dos ventanas practicables, puede entenderse que la fecha de aparición de esas ventanas coincide con la ejecución de las obras del espacio bajo cubierta. Así lo ha considerado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en supuestos similares y en su Sentencia, de 30 de septiembre de 2015 (LA LEY 149853/2015), nos dice:



“SEGUNDO

(...)

Pues bien, para el debido entendimiento de la cuestión ahora controvertida conviene poner de manifiesto que la resolución de 4 de octubre de 2011, resolutoria del recurso de reposición interpuesto contra la orden de legalización contenida en la resolución de 29 de abril de 2010, apreció la caducidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística respecto de la instalación de ventanas velux en la cubierta del edificio, obras a las que también se refería la orden de legalización, y ello al estimar que su ejecución había tenido lugar en los meses de agosto-septiembre de 2005.

*Ahora bien, si como hemos dicho más arriba, el cómputo del inicio del plazo de caducidad de la acción de cuatro años comienza con la total terminación de las obras, presumiéndose que ello sucede cuando aquéllas están totalmente terminadas a partir del momento en que estén dispuestas para servir al fin o el uso previstos, es claro que la resolución impugnada incurre en una clara y evidente contradicción. Si las ventanas velux se instalan como parte de las obras llevadas a cabo con la finalidad de acondicionar el espacio bajo cubierta, **en buena lógica jurídica, no pueden contemplarse dos momentos distintos para tener por concluidas las obras (uno referido a las ventas velux, y otro referido al resto de las obras), sino sólo uno: cuando las obras hubiesen totalmente concluido.**”*

El resto de las cuestiones consultadas encuentran respuesta en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de julio de 2015 (LA LEY 112924/2015), que expresa:

*“DÉCIMO-TERCERO.- Respecto de la omisión del examen del cambio de uso de la planta sótano de la edificación que el Ayuntamiento apelante afirma omite la sentencia apelada, en realidad resulta intrascendente, en primer término porque ni siquiera consta que dicho cambio de uso se haya producido puesto que **el Ayuntamiento de Alcobendas no ha acreditado que conforme al del Plan General de Ordenación, el uso urbanístico de la totalidad de la vivienda no sea el residencial**, pues aunque la planta sótano de la vivienda se proyectó para garaje, la misma resulta indiferenciada, en cuanto al uso urbanístico del resto. Cuestión distinta sería que se tratara de un garaje colectivo, donde el uso urbanístico no será el residencial y su implantación exigirá incluso licencia de actividad. Es cierto que el decreto de 21 de diciembre de 2011 dictado por el Ayuntamiento de Alcobendas se refiere a la legalización de las obras de ampliación de superficie de la planta sótano de la vivienda, así como la habilitación de dicho espacio para usos vivideros , con modificación del acceso al espacio destinado inicialmente a garaje. **El uso vividero** a que se refiere el decreto no es un uso urbanístico en el sentido a que se refiere el artículo 155 de la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid y por otra parte cuando el artículo 195 de la citada la Ley Territorial de*



*Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid, se refiere a "actos de edificación o uso del suelo ya finalizados", **no significa que en casos como el presente la consolidación del uso no se produzca con la total terminación de las obras**, lo que conlleva que en casos en que las obras realizadas sin licencia lo sean para edificar de nueva planta o para intensificar el uso urbanístico residencial, el momento a que deberá atenderse es el de la total terminación de las obras. **Cuestión distinta sería si sobre dicho uso se realiza una actividad precisada de licencia de instalación y funcionamiento**, en cuyo caso la privación del uso habría de realizarse clausurando la actividad, caso este que no es el enjuiciado, siendo **la consecuencia jurídica derivada de la caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística no es otra que la de reconocer al propietario de la obra la facultad de 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, como analizaremos a continuación.***

DÉCIMO-CUARTO.- En este sentido nos hemos pronunciado en la sentencia de 20 de noviembre de 2013 (ROJ: STSJ M 17277/2013 - ECLI:ES:TSMJ:2013:17277) dictada en el recurso de apelación 375/2012 en la que indicamos que es cierto que la prescripción afecta a las obras, no a la actividad ni al uso urbanístico que al ser permanente no prescribe. Así lo establece el artículo 237 de la Ley Territorial de Madrid 9/2001 de 17 julio 2001 del suelo de Madrid, cuando indica que cuando la infracción se haya cometido con ocasión de la ejecución de obras o el desarrollo de usos, el plazo de la prescripción de aquélla nunca comenzará a correr antes de la total terminación de las primeras o el cese definitivo en los segundos. Por dicha razón es posible la clausura de la una actividad no licenciada, lo que resulta indiscutible cuando nos encontramos en usos no residenciales, debiendo también indicarse que incluso respecto de estos usos (terciarios e industriales o dotacionales) el artículo 25 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas cuando indica que en los edificios, obras e instalaciones, resultantes de infracciones urbanísticas prescritas o calificadas como fuera de ordenación absoluta por resultar disconformes con el nuevo planeamiento, sólo podrán autorizarse 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 obstante lo anterior, se podrá conceder licencias para la instalación de actividades que pertenezcan a usos, clases, categorías y tipos que sean admitidos por el planeamiento vigente en ese emplazamiento y situación, siempre que las obras para la adecuación de la actividad prevista estén dentro de las indicadas en el apartado anterior. Pero respecto al uso residencial debe además indicarse que la interpretación que realiza el Ayuntamiento de Madrid convertiría la acción de restauración de la legalidad urbanística en imprescriptible pues toda obra supone una construcción destinada a un uso urbanístico, por lo que aun cuando las obras estuvieren terminadas en una fecha concreta el uso que se implanta o transforma se mantiene en el tiempo por lo que la posibilidad de actuar por parte de la administración se convertiría en permanente."



De la Sentencia que antecede, que recoge el criterio de pronunciamientos anteriores del mismo Tribunal, en relación con las cuestiones planteadas, se infiere:

1. Si bien la aparición de las ventanas no es motivo suficiente por sí mismo para sobreentender que el uso que se practica en el espacio bajo cubierta es el de vivienda, correspondería a ese Distrito acreditar lo contrario ((...)“**el Ayuntamiento de Alcobendas no ha acreditado que conforme al del Plan General de Ordenación, el uso urbanístico de la totalidad de la vivienda no sea el residencial, (...)**”

2. Si el uso del espacio bajo cubierta es el de vivienda y no se “**realiza una actividad precisada de licencia de instalación y funcionamiento**”, la caducidad de la acción de la Administración para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística supondría la habilitación y consolidación de tal uso “**siempre que este uso no se oponga al permitido por el Plan para la zona de que se trata**”.

CONCLUSIÓN

1. Al tratarse de obras interiores, una de las formas de acreditar la total terminación de las obras, atendiendo a los pronunciamientos más recientes del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sería a través la inscripción de la obra en el Registro de la Propiedad, si es que esta se hubiese producido.

2. En el presente caso, si las dos pequeñas manchas que aparecen en la cubierta en las dos Ortofotos realizadas por el Centro Nacional de Información Geográfica tomadas el 13 de abril de 2006 y 5 de abril de 2009 son dos ventanas practicables, puede entenderse que la fecha de aparición de esas ventanas coincide con la ejecución de las obras del espacio bajo cubierta, por lo que, en efecto, de ser así, se habría producido la caducidad de la acción de la Administración para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística.

3. Es el Distrito el que debería acreditar que el uso que se practica en el espacio bajo cubierta no es el de vivienda.

4. Si el uso del espacio bajo cubierta es el de vivienda y no se realiza una actividad precisada de licencia de instalación y funcionamiento u otro título habilitante, la caducidad de la acción de la Administración para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística supondría la habilitación y consolidación de tal uso siempre que este no se oponga al permitido por el Plan para la zona de que se trate.



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, 1 de marzo de 2017