



Ref: CU 09-17

**ASUNTO: Consulta que plantea el Distrito de Centro relativa a la concesión de licencia de funcionamiento con obras que constituyen infracción urbanística prescrita.**

**Palabras clave:** Licencia de primera ocupación y funcionamiento. Fuera de ordenación. Infracción urbanística.

Con fecha 27 de febrero de 2017, se eleva a la Secretaría Permanente consulta efectuada por el Distrito de Centro relativa a la posibilidad de conceder una licencia de funcionamiento cuando se han ejecutado obras, no previstas en el proyecto, que constituyen infracción urbanística prescrita.

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

Con fecha 13 de septiembre de 2003, se presentó una solicitud de licencia de ampliación de la actividad de HOSTAL-RESIDENCIA con aire acondicionado en relación con la finca sita en la calle Barbieri 1 Planta 1ª.

Por Decreto, de 6 de febrero de 2006, se concedió la licencia instada.

El día 22 de septiembre de 2006, se insta la correspondiente licencia de funcionamiento.

Con fecha de 22 de septiembre de 2016, se gira visita de inspección y se constata que las obras no se ajustan a la licencia concedida al haberse sustituido las carpinterías de los huecos de las fachadas del establecimiento por carpintería de aluminio con persiana.

El interesado, en escrito de 16 de noviembre de 2016, alega que se ha producido la prescripción de la infracción.

A la vista de la distinta documentación de la que se dispone se considera que podría considerarse probada 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, formulándose la siguiente cuestión:

*¿Es posible conceder licencia de funcionamiento cuando se han ejecutado obras, no previstas en el proyecto, que constituyen infracciones urbanísticas prescritas o debe denegarse la licencia de funcionamiento por la realización de obras no ajustadas al proyecto máxime si tenemos en cuenta que la fachada es un elemento arquitectónico de restauración obligatoria?*

## CONSIDERACIONES

A la vista de la cuestión que se plantea en la presente consulta, se indica:

El tema suscitado ha sido objeto de multitud de pronunciamientos judiciales en relación con la licencia de Primera Ocupación, entre por los que por su claridad, y por recoger lo dicho al respecto por el Tribunal Supremo, podemos destacar los siguientes:

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 18 de julio de 2014 (LA LEY 108986/2014):**



*“SEXTO.- Llegados a este punto, cabe preguntarse si resulta factible la concesión de licencia de primera ocupación en supuestos como el presente, de caducidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística. Mientras la parte recurrente aboga por una respuesta afirmativa, la Administración municipal, sin embargo, se inclina por la negativa en atención a las infracciones urbanísticas cometidas.*

*Para dar adecuada respuesta a dicha cuestión debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990 , que se inclinó por dar una respuesta afirmativa confirmando la Sentencia dictada en la instancia, para la que las infracciones urbanísticas prescritas no pueden ser tenidas en cuenta para denegar la licencia de primera ocupación. En igual sentido afirmativo se inclina la Sentencia de dicho Alto Tribunal de 3 de abril de 2000 (LA LEY 73824/2000), rec. 6192/1994 , en la que se expone:*

*" La sentencia de instancia argumenta que la construcción ilegal, transcurrido ese plazo de cuatro años no por ello se transforma en legal y no puede amparar la persistencia de usos contrarios al plan, y esta tesis, expuesta con esta generalidad es acertada. Esta Sala ha declarado en sentencia de 22 de diciembre de 1998 que "el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del uso ilegal, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística". El uso contrario al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso declara la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1999 que, si según el art. 21-1 d) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (LA LEY 18/1955)(RSCL (LA LEY 18/1955)) la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licencia de primera ocupación es el que el citado precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso.*

*Ciertamente, el art. 21.2 RSCL (LA LEY 18/1955) comienza diciendo que en todo tipo de licencias a que ese precepto se refiere se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana, pero tratándose de licencia de primera ocupación esta Sala ha declarado que es en la licencia de obras, que debe preceder a ella, donde la Administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras en la de primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, sin que pueda aprovechar la ocasión de pronunciarse sobre la licencia de primera ocupación para revisar la de obras, ( sentencias de 10 de marzo de 1999 y 14 de diciembre de 1998 ). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de*



*obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona.*

*La consecuencia expuesta no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo en ella desde su construcción, y ni siquiera supone una traslación automática para aquella edificación del régimen establecido en el art. 60.1 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (LA LEY 611/1976), (TRLR) puesto que, como ha declarado esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1999, "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 se diferencia del supuesto de hecho previsto en el art. 60.1 TRLR en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo", 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 art. 184.3 TRLR, 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 consecuencia, por tanto, resulta factible la concesión de la licencia de primera ocupación en supuestos en los que hubiesen transcurrido el plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras llevadas a cabo sin licencia o contrarias al planeamiento urbanístico, supeditado a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles."*

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 14 de febrero de 2003 (LA LEY 32335/2003):**

*"SEGUNDO: En efecto, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias como la de 3 Abr. 2000, en el recurso de casación núm. 6192/1994, que tratándose de licencia de primera ocupación, es en la licencia de obras, que debe preceder a ella, donde la Administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras en la de primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, sin que pueda aprovechar la ocasión de pronunciarse sobre la licencia de primera ocupación para revisar la de obras (sentencias de 10 Mar. 1999 y 14 Dic. 1998). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta*



*cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona. Se añade en esta sentencia que «La consecuencia expuesta no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo en ella desde su construcción, y ni siquiera supone una traslación automática para aquella edificación del régimen establecido en el artículo 60.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 Abr. 1976 (TRLRSL) puesto que, como ha declarado esta Sala en sentencia de 15 Feb. 1999, «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 se diferencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 TRLRSL en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo», 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 184.3 TRLRSL, 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.»*

*Y así, como ya venía declarando el Tribunal Supremo en sentencia de 22 Dic. 1998, «el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del uso ilegal, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística». El uso contrario al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso declara la sentencia de 20 Ene. 1999 que, si según el artículo 21.1 d) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licencia de primera ocupación es el que el citado precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso.»*

*TERCERO: Trasladando los anteriores criterios jurisprudenciales al caso que nos ocupa, se hace necesaria la estimación del recurso contencioso-- administrativo interpuesto por el Sr. Santiago, pues a la vista de lo actuado en el expediente administrativo remitido en su día por la Administración demandada se puede comprobar que el expediente administrativo ha estado paralizado durante un tiempo superior a cuatro años desde que el 6 Jun. 1994 se concedió*





*audiencia al interesado «a fin de que alegue cuanto estime pertinente ante la posibilidad de que se le deniegue la licencia solicitada y se abra el correspondiente expediente de infracción urbanística» --como reza la providencia de 13 May. 1994, después de que el Arquitecto municipal girase visita de inspección a la obra litigiosa (el 11 May. 1994) y pudiese comprobar la inadecuación de las obras al proyecto aprobado en la licencia concedida el día 11 Mar. 1992-- hasta que el día 6 Ago. 1998 se dictó propuesta de denegación de la licencia de primera ocupación; y ello, aún descontando de este cómputo temporal el plazo de diez días concedido al interesado para efectuar alegaciones.*

***Nos encontramos, pues, con que la denegación de la licencia de primera ocupación se apoya exclusivamente en la no adecuación de la obra ejecutada al proyecto aprobado en la licencia de obra; conducta esta última que, en efecto, constituye una infracción urbanística, pero que, dado el tiempo de paralización del expediente administrativo estaría prescrita, habiendo caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, de modo que dicha circunstancia no puede justificar, por sí sola, la denegación de la licencia de primera ocupación, cuando además resulta que en el presente caso no se ha demostrado ni existe constancia a través de lo actuado en el expediente administrativo, que el uso al que se destina el edificio litigioso, y formando para de él, los locales que lo componen, sea contrario o incompatible con la normativa urbanística aplicable, y no se encuentre entre los autorizados en la zona. ”***

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, de 19 de febrero de 2016 (LA LEY 12276/2016):**

*“SÉPTIMO.- Por otro lado, en relación con el "régimen de las obras ilegales no legalizadas después del transcurso del plazo para ejercer la acción" se ha pronunciado desde hace mucho un sector doctrinal y jurisprudencial defendiendo, así las SSTs de 6.2.1991, ponente Delgado Barrio y 19.5.1992 , Ar:4220) que:*

*"...no sería razonable que obras nacidas en la ilegalidad fueran de mejor condición que las hechos de acuerdo con la ordenación urbanística y que después devienen, por alteración del planeamiento, contrarias a éste, pero sí quedan en una situación análoga a la de fuera de ordenación prevista en el art. 60 del Texto Refundido. Y tal situación implica únicamente la prohibición de las obras que podrían alargar artificialmente la vida de la edificación, que ha de subsistir dentro de lo que pudiera considerarse plazo normal de su vida "natural", durante el cual la utilización de la edificación es perfectamente viable de suerte que resulta lícita la autorización de su uso, autorización esta reglada y que ha de otorgarse con independencia de la calificación de fuera de ordenación que corresponda al edificio o parte correspondiente del mismo".*

*Este criterio Jurisprudencial aplicado para las actuaciones transgresoras cuando ha transcurrido mediante prescripción el plazo de puesta en marcha de las medidas de restauración de la*



*legalidad fue acogido de forma pionera por la Ley 2/1998, de 4 de junio de Ordenación del Territorio y de la Actuación Urbanística de Castilla-La Mancha, siendo seguida por la Ley 5/1999 (LA LEY 2412/1999), de Urbanismo de Castilla y León en el art. 121.4 .*

*Y en esta línea han continuado otras muchas sentencias del TS que de forma más directa han interpretado el citado art. 60 en relación con similar controversia a la planteada en autos, que a continuación transcribimos con la clara intención de poner de manifiesto como los Tribunales ha hecho frente al uso que podía darse a los edificios en situación de "fuera de ordenación", no por cambio de planeamiento sino por ejecución de obras ilegales no susceptibles de poder ser legalizadas por haber transcurrido el plazo para exigir la restauración de la legalidad.*

*Así, tenemos la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª de fecha 12.11.1996, dictada en el recurso de casación núm. 5981/1992 , siendo ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Esteban Álamo que en relación con la denegación de una licencia de apertura para instalar una cafetería en un edificio cuya altura excede de la permitida, señalaba lo siguiente:*

*"Así, en sentencia de 7 de febrero de 1.995 , en la que también se denegaba licencia de apertura para una cafetería por estar el edificio fuera de ordenación, recogíamos lo establecido en sentencias de 20 de diciembre de 1.988 , 29 de marzo 16 de octubre de 1.989 , 18 de abril de 1.990 , 28 de septiembre de 1.993 y 29 de marzo y 21 de julio de 1.994 . El contenido de tal doctrina, concisamente expuesto, es el siguiente: aunque las licencias deben otorgarse o negarse de forma reglada según su ajuste o no a la ordenación urbanística - artículos 57.1 , 58.1 y 78.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1.976- existen casos en los que resulta viable la autorización de obras, o licencia de usos, que no se acomoden a lo previsto en el Plan. Con este tipo de licencia se viene a dar expresión al sentido esencial del Derecho Administrativo que aspira siempre a armonizar las exigencias del interés público con las demandas del interés privado; así, cuando está prevista una transformación de la realidad urbanística que impediría cierto uso, pero, no obstante, aquella transformación no se va a llevar a cabo inmediatamente, el uso mencionado puede autorizarse; con la salvedad, en atención al interés público, de que cuando haya de eliminarse se procederá a hacerlo sin indemnización. Esta es la solución de equilibrio que el Derecho Administrativo significa dentro del ordenamiento jurídico; concretamente en el presente caso en aplicación del artículo 60 del precitado Texto Refundido. La jurisprudencia que citamos viene enlazando estas licencias con el principio de la proporcionalidad que debe existir entre los medios utilizados -contenido del acto administrativo- y la finalidad perseguida -artículos 106.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), 84.2 de la Ley 7/1.985 de 2 de abril (LA LEY 847/1985) reguladora de las Bases de Régimen Local , 83,3 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1.956 , 40.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958, artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (LA LEY 18/1955), etc. En esta dirección también las licencias provisionales -art. 58.2 del Texto de 1.976- constituyen en sí mismas una manifestación de este principio de proporcionalidad en un sentido eminentemente temporal: si a la vista del ritmo de ejecución del planeamiento, una obra, o uso provisional, no va a dificultar dicha ejecución, no sería proporcionado impedirlos; siempre sin derecho a indemnización, cuando ya no sea posible su continuación. También puede*



*afirmarse que ambos tipos de licencias son un último esfuerzo de nuestro ordenamiento jurídico para evitar restricciones no justificadas al ejercicio de los derechos y se fundan en la necesidad de no impedir obras o usos que resulten inocuos para el interés público".*

*Más conexión guarda con la controversia de autos el contenido de la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª de 30 de enero de 1.998, dictada en el recurso de casación núm. 10351/1991 , siendo ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, cuando se pronuncia sobre una licencia de actividad y cambio de titularidad de uso permitido, según el planeamiento, en un local sito en un edificio que se encuentra fuera de ordenación:*

*"La jurisprudencia de este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la razón de ser del precepto establecido en el artículo 60 LS radica en la consagración del desiderátum de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él por el estado de sus elementos componentes antes en pensar en la posibilidad de acometer en el mismo determinadas obras. Todo ello debe armonizarse con el principio de que la desordenación de un edificio no implica ipso facto ni su inmediata desaparición ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, bien por consunción, bien por llevarse a efecto las previsiones urbanísticas. La aprobación del planeamiento determinante de la calificación de fuera de ordenación, y su ejecución real, están separados en el tiempo, lo que obliga a aplicar a esa situación provisional las medidas que hagan compatibles la continuación del uso y funcionamiento de dichos edificios e industrias con el designio legal de que en ellos no se realicen modificaciones que puedan agravar el coste de la ejecución u obstaculización de cualquier otra forma de realización de las previsiones urbanísticas en un grado superior al que se deriva de la situación de hecho existente. Carece, en efecto, de justificación destruir o disminuir por anticipado la prosperidad económica y utilidad social que representa la continuidad del uso y funcionamiento de la industria de bar en el edificio de que ahora se trata, existente al parecer con anterioridad - como muestra la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 6 de mayo de 1988 , a la que antes se hizo referencia - y por ello los artículos 60 y 61 de la Ley del Suelo determinan un tratamiento jurídico dirigido a conseguir la armonización de los intereses en presencia, debiendo evitarse el quebranto que una interpretación rígida de las limitaciones legales supondría para el normal desarrollo de las actividades mercantiles e industriales e incluso un peligroso fracaso de las mismas.*

*En definitiva, el hecho de que un inmueble haya quedado fuera de ordenación no debe impedir un aprovechamiento óptimo del mismo, en utilización de las facultades que dimanen del derecho real que atribuye su uso y disfrute, siempre que con dicho aprovechamiento no se sobrepasen los límites que establece el artículo 60 de la LS respecto de las citadas obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento del valor de expropiación. (En tal sentido, entre otras, las sentencias de 2 de octubre y 22 de mayo de 1991 y de 27 de septiembre de 1985 , en supuestos similares al que se examina)".*





*Esta misma línea jurisprudencial se plasma más claramente todavía en la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª de 3.4.2010, dictada en el recurso de casación núm. 6192/1994 (ponente Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho), recordada por la parte apelante y en relación con el otorgamiento de licencia de primera ocupación a dos viviendas bajo cubierta construidas sin licencia y en contradicción con las prescripciones del planeamiento, pero sin posibilidad de restauración de la legalidad por prescripción de la acción prevista a tal fin, expone el siguiente criterio:*

*"SEGUNDO.- La parte recurrente opone, al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, dos motivos de casación que, sin embargo deber ser analizados conjuntamente, pues en ellos se examina desde distintas perspectivas, la situación de los edificios que erigidos en contra del planeamiento no pueden ser demolidos por haber transcurrido el plazo de cuatro años que el artículo 9 del Real Decreto Ley 16/1981, de 16 de octubre (LA LEY 2268/1981) establece para el restablecimiento de la legalidad urbanística.*

*La sentencia de instancia argumenta que la construcción ilegal, transcurrido ese plazo de cuatro años no por ello se transforma en legal y no puede amparar la persistencia de usos contrarios al plan, y esta tesis, expuesta con esta generalidad es acertada. Esta Sala ha declarado en sentencia de 22 de diciembre de 1998 que "el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del uso ilegal, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística". El uso contrario al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso declara la sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1999 que, si según el artículo 21 (LA LEY 18/1955)-1 d) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL (LA LEY 18/1955)) la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licencia de primera ocupación es el que el citado precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso.*

*Ciertamente, el artículo 21.2 RSCL (LA LEY 18/1955) comienza diciendo que en todo tipo de licencias a que se precepto se refiere se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana, pero tratándose de licencia de primera ocupación esta Sala ha declarado que es en la licencia de obras, que debe preceder a ella, donde la Administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras en la de primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, sin que pueda aprovechar la ocasión de pronunciarse sobre la licencia de primera ocupación para revisar la de obras, ( sentencias de 10 de marzo de 1999 y 14 de*



*diciembre de 1998 ). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona.*

*La consecuencia expuesta no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo en ella desde su construcción, y ni siquiera supone una traslación automática para aquella edificación del régimen establecido en el artículo 60.1 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (LA LEY 611/1976), (TRLR) puesto que, como ha declarado esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1999 , "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 se diferencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 TRLR en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo", 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 184.3 TRLR, 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".*

*También se refiere a esta cuestión y con el mismo tenor la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª de fecha 29.6.2001, dictada en el recurso de casación núm. 8357/1996 , siendo ponente el Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, y lo hace con el siguiente tenor con ocasión del enjuiciamiento de sendas licencias de obra y de apertura otorgadas para tres salas de minicine y cafetería:*

*"En cualquier caso, la sentencia recurrida acierta de lleno cuando considera que "no se trata en el presente caso de obras realizadas con arreglo a un determinado planeamiento que por la modificación de éste quedaron fuera del mismo, sino de obras realizadas sin licencia y contra el Plan vigente en el momento de su ejecución y que si bien no pueden ser demolidas, por prescripción de la acción administrativa, no deben servir de justificación a otras posteriores, asimismo contrarias a la legalidad urbanística".*

*Dicha doctrina es correcta y ajustada a la que hemos establecido en la jurisprudencia más reciente de esta Sala, que se aparta claramente de la tesis que se postula en los motivos que examinamos, y lleva a su perecimiento. 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, pero su régimen se debe diferenciar del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 del TRLS en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo, 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 184.3 TRLS, 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. La sentencia del pasado 20 de diciembre de 2000 precisó - respecto de las licencias de actividades - que una actividad que carece de licencia no es, en sentido estricto, una actividad fuera de ordenación sino, en primer lugar, una actividad clandestina, que no puede verse favorecida por el régimen de fuera de ordenación, que se refiere a las edificaciones o actividades amparadas en licencia que sólo por cambio del planeamiento pasan a ser disconformes con el mismo*

*A un aspecto colateral, como es el de la actividad clandestina o fuera de ordenación, se refiere la STS, Sala 3ª, Sec. 5ª, de 20.12.2000, dictada en el recurso de casación núm. 7848/1995, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Pedro-José Yague Gil, señalando lo siguiente:*

*"Finalmente, se alega infracción del artículo 60 de la Ley del Suelo, por cuanto, en opinión del recurrente, la inidoneidad del emplazamiento no debe ser obstáculo para el otorgamiento de la licencia, pese a que el edificio se encuentre fuera de ordenación.*

*Con independencia de que el precepto aplicable a las actividades no es el artículo 60 sino el artículo 61, que alude a las industrias, una actividad que carece de licencia no es una actividad fuera de ordenación sino, en primer lugar, una actividad clandestina, que no puede verse favorecida por el régimen de fuera de ordenación, que se refiere a las edificaciones o actividades amparadas en licencia que sólo por cambio del planeamiento pasan a ser disconformes con el mismo.*

*El presente caso es muy distinto. Se trata de una actividad no amparada en licencia, que pretende posteriormente legalizarse cuando el planeamiento no lo permite. En tal caso, la licencia debe, sin más, denegarse.*

*También los Tribunales Superiores de Justicia se han referido a esta misma cuestión, siendo un ejemplo la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de fecha 13-5-2004, nº 756/2004 (LA LEY 113071/2004), rec. 360/2002 (Pte: López de Hontanar Sánchez, Juan Francisco) que al respecto expone el siguiente criterio, luego reiterado también en STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, de fecha 3.11.2004, nº 1655/2004, rec. 3016/2004 (Pte: López de Hontanar Sánchez, Juan Francisco),*



*"Y si las acción de restauración de la legalidad ha prescrito ha de señalarse que esta circunstancia no sería obstáculo para denegar la licencia de actividad. Pues si bien es cierto que la situación de edificios fuera de ordenación es aplicable, exclusivamente, a los edificios existentes, esto es, a los construidos, en construcción o pendientes de construir con licencia otorgada de acuerdo con planeamientos anteriores al presente Plan General y por consiguiente, dicho régimen no es de aplicación directa a situaciones resultantes de infracciones urbanísticas prescritas. De conformidad con la interpretación jurisprudencial, el régimen jurídico aplicable a las obras ilegales con infracción prescrita es, actualmente, el contenido en el art. 60.2 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976 (LA LEY 611/1976). En cuanto a los usos que puedan implantarse en estos espacios podrá concederse licencia de instalación de actividades para aquéllas 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 pueda realizarse conforme al plan y se cumplan las condiciones de seguridad, salubridad y medioambientales que estén establecidas reglamentariamente".*

*También con similar tenor depone la STSJ Región de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 24-10-2002, nº 886/2002, rec. 148/2000 (Pte: Quiñonero Cervantes, Enrique), como así lo hacía la STS, Sala 3ª de 22 mayo 1991 (EDJ 1991/5389).*

***De toda esta Jurisprudencia se infiere el criterio o principio de que en el caso de encontrarnos ante una edificación "fuera de ordenación" por haberse ejecutado en contra de una licencia y del planeamiento y no ser susceptible de poderse restaurar la legalidad urbanística por haber prescrito o caducado la acción prevista para tal fin no podrá denegarse la licencia de primera ocupación si el uso pretendido con la misma se encuentre entre los previstos y autorizados en la zona, amén de que tampoco con ocasión de resolverse sobre dicha licencia podrá enjuiciarse y valorarse si las obras ejecutadas se ajustan o no a la licencia urbanística de obras, toda vez que en el momento de resolver sobre dicha licencia de primera utilización u ocupación se parte de que la edificación en cuestión se encuentra en situación de "fuera de ordenación"; siendo ello cierto, también lo es que dicha licencia de primera ocupación y el uso autorizado, estará sometido al régimen previsto en el art. 64.2 de la LUCyL y en el art. 185.2 y 3 del RUCyL, es decir que las obras que pudieran solicitarse en relación con dicha licencia o uso solicitado, solo podrán ser autorizadas si se corresponden con las obras a que se refieren sendos preceptos. "***

Dada la evidente similitud que en cuanto su objeto presentan una licencia de Primera Ocupación y una licencia de Funcionamiento (no en vano el artículo 63 de la Ordenanza de Tramitación de Licencias se refiere a ambas como una única licencia), entendemos que los pronunciamientos que se contienen en las Sentencias arriba citadas, si bien referidos a la licencia de Primera Ocupación, son extensibles a la licencia de Funcionamiento, por lo que, en virtud de los mismos, podemos formular la siguiente



## CONCLUSIÓN

La circunstancia de haber ejecutado obras con respecto a las cuales se hubiese producido la caducidad de la acción de la Administración para poder proceder al restablecimiento de la legalidad urbanística no puede justificar por sí sola la denegación de la licencia de funcionamiento instada, por lo que, por sí misma, no sería impeditiva para su otorgamiento.

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, 22 de junio de 2017