



Ref: CU 1-18 (sustituye a la CU 2-17)

ASUNTO: Consulta urbanística que plantea el Distrito de Usera en relación con la situación jurídica planteada en un local transformado en vivienda y medidas a adoptar en caso de que se considere que se encuentra en situación ilegal.

Palabras Clave: Transformación de local a vivienda. Licencia de primera ocupación.

Con fecha 4 de enero de 2017 se eleva consulta a la Secretaría Permanente efectuada por el Distrito de Usera relativa a la situación jurídica planteada en un local transformado en vivienda y medidas a adoptar en caso de que se considere que se encuentra en situación ilegal. Posteriormente con fecha 10 de enero de 2018 el Departamento de Servicios Técnicos del Distrito de Usera solicita que se sustituya la consulta urbanística elevada en el 2017 por una nueva que es remitida en la misma fecha. No obstante tras analizar las cuestiones planteadas en ambas consultas se ha comprobado que prácticamente coinciden, en la nueva consulta se hace referencia a antecedentes incluidos en la documentación que se tuvo en cuenta con carácter previo a la concesión de la licencia que no alteran las consideraciones jurídicas sobre las dudas que se habían planteado en la anterior consulta.

La presente consulta se resuelve de conformidad con el artículo 13 del Decreto de 21 de agosto de 2017 de la Alcaldesa por el que se crea la Comisión Técnica de Licencias y se regula su composición y funcionamiento 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.” (...)* 3. *Emitir informe no vinculante en relación con las consultas planteadas por los servicios municipales que intervengan en cualquiera de las formas de control urbanístico municipal, previa valoración de la procedencia de su inclusión en el orden del día de la Comisión para la adopción, en su caso, del correspondiente acuerdo interpretativo”.* 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

Se relatan por el consultante diversos antecedentes administrativos de los que, a efectos de evacuación de esta consulta, interesa destacar:

- La solicitud del administrado de licencia para *transformación de local en vivienda* se ha tramitado en expediente municipal 113/2006/03319 en el que se destaca la existencia de informe técnico municipal desfavorable por cuanto, *...las obras consistentes en y transformaciones de locales a viviendas quedarán sometidas a licencia de primera ocupación, siendo preceptiva la visita de inspección por los servicios técnicos municipales levantándose la oportuna Acta de inspección en virtud del artículo 59 de la vigente Ordenanza de Tramitación de licencias...*
- La licencia de obras para proceder a la transformación se dice otorgada por la Autoridad municipal con fecha 27 de mayo de 2008.
- En las tareas de comprobación de la realidad de las cosas realizadas por los servicios técnicos de la Junta Municipal de Distrito se llega a la conclusión cierta de que el local transformado en vivienda, y en divergencia con los contenidos del proyecto presentado por el administrado en el expediente administrativo que afirmaba se ubicaba en planta baja, ciertamente está ubicado en planta bajo rasante.

CONSIDERACIONES

Primera.- La edificación (de cuatro plantas sobre rasante y una bajo el mismo) está ubicada en calle Antonio López núm. 137 y por lo mismo sometida a las determinaciones de la Norma Zonal 3.1 b) del PGOU de Madrid 1997, esto es Zona



3 Volumetría Específica siendo, en la materia que aquí interesa de los usos el uso cualificado el residencial ex artículo 8.3.2 apartado 2 de las NNUU.

Nos encontramos en el Grado 1º nivel b de la Norma zonal y por ello en el artículo 8.3.11 y 8.3.12 de las mismas NNUU y de tales preceptos resulta que el uso residencial no es posible *en situación de planta inferior a la baja*, a diferencia de los usos de terciario de oficinas, hospedaje y otros servicios terciarios siempre que dispongan de acceso independiente, etc, incluso cabría uso dotacional, pero como decimos, no es posible el uso residencial en planta inferior a la baja.

Luego la licencia que se dice otorgada por resolución de autoridad municipal de fecha 27/05/2008 lo fue, en este punto, con disconformidad a normativa urbanística pues el uso pretendido no era posible en aplicación de las NNUU del PGOU Madrid 1997.

Al margen de ello, o en su adicción, debe decirse que el artículo 7.1.4 apartado 4 se incumple por cuanto no está, en el caso, autorizado como uso compatible el de residencial en plantas bajo rasante, ni tampoco el artículo 7.3.8 apartado 3 puede legitimar la situación que se dice existente pues la edificación de que se trata, por lo informado, no es *vivienda unifamiliar*, por lo que juega la regla general de tal precepto de forma que *...ninguna vivienda de nueva edificación tendrá pieza habitable alguna en plantas inferiores a la baja o con el piso en nivel inferior al del terreno en contacto con ella...*

Segundo.- Tal licencia municipal, suponemos aprobatoria de las obras pretendidas por el administrado en el expediente municipal 113/2006/03319, podría considerarse *acto nulo* por aplicación del artículo 47.1 f) ó g) de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común y, en su caso, como acto anulable por aplicación del artículo 48.1 de la misma, pero por el momento despliega todos sus efectos dado que no ha sido recurrida, revisada o anulada por autoridad judicial.

Si se sostiene que el acto es nulo por aplicación del artículo 47.1 de la LPAC (que entendemos es posible) podría aplicarse el procedimiento de *revisión de actos nulos* por el trámite procedimental del artículo 106.1 de la Ley 30/2015 que, entre otras cosas implica el preceptivo Dictamen del órgano Consultivo de la Comunidad de Madrid así como plantearse la cuestión de las posibles indemnizaciones derecho del administrado a que se refiere el artículo 106.4 LPAC. (Adelantamos que caso de ser favorable el dictamen del órgano consultivo puede también sostener que aún cuando el daño al administrado sería *efectivo, evaluable económicamente e individualizado*, podría argumentarse que se trata de daño que el administrado tiene el deber jurídico de soportar, siendo relevante que en la documentación facilitada por el administrado en su Proyecto sometido a la licencia, según se nos dice, se creó la apariencia de que el local estaba situado en planta baja siendo ello incierto).

Sin embargo, dado el tiempo transcurrido desde la actuación que se cita en 8 años no es posible acudir al cauce del artículo 107 de la misma Ley 39/2015 LPAC y por cuanto no cabe duda que el otorgamiento de tal licencia tiene naturaleza de acto favorable para el interesado y han pasado más de cuatro años.



Tercero.- Pero la utilización de una vivienda no sólo precisa de la inicial licencia de obras para adecuación/transformación de las condiciones físicas de la edificación a tal uso sino que, además, licencia de primera ocupación, que es licencia municipal independiente, pues, dice el artículo 151 de la Ley 9/2001 de Suelo de Madrid (LSCM), ... *están sujetas a licencia urbanística ...la primera utilización y ocupación de edificios e instalaciones en general ...* y lo determinado en el artículo 63 de la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid (OMTLU) de 23/12/2004 en su redacción de 29/04/2014.

El dato que en la licencia otorgada en mayo de 2008 no se hiciera referencia expresa a la necesidad de la adicional de *primera ocupación* (el producto resultante de la actuación del administrado se nos dice ha dado lugar a una nueva vivienda en planta inferior a la baja) no implica su exención, antes al contrario es suficiente la publicación en Boletín oficial, tanto de la LSCM como de la OMTLU, para que la obligación legal de tal licencia y su obtención sea oponible al administrado.

La finalidad de la licencia de primera ocupación (que deberá tener toda vivienda que pretenda ser legal urbanísticamente) ya vino indicada en STSJ de Madrid, Sección 2ª Sala de lo contencioso administrativo de 1997, RJCA "... *Las licencias de primera ocupación o utilización tienen por objeto autorizar la puesta en uso de los edificios, a cuyos efectos debe acreditarse que los mismos han sido ejecutados de conformidad con el proyecto y condiciones en que las licencias fueron otorgadas y que se encuentran debidamente terminados y aptos según las condiciones urbanísticas de su destino específico (art. 94 de la Ordenanza de Tramitación de Licencias).*

La licencia de primera ocupación tiene, pues, como función la de controlar si la obra permitida según el proyecto licenciado es la que concretamente se autorizó..."

y aún cuando pudiera entenderse que tal vivienda fue efectivamente ejecutada conforme a la licencia otorgada en mayo de 2008 los mismos servicios municipales que procedan a tal comprobación pueden indicar que el uso de residencial en planta inferior a la baja, en la edificación en cuestión, es contrario a las determinaciones de las NNUU del PGOU de Madrid 1997 pues como dice el artículo 155 apartado 4º de la Ley del Suelo madrileña ...*los usos, mientras persistan estarán sujetos a inspección municipal, pudiendo los servicios técnicos correspondientes formular por escrito los reparos de legalidad, seguridad o salubridad, sobrevenida incluso, que procedan ...*

pudiendo añadirse, en esta caracterización de la situación planteada, la cita de otras dos resoluciones de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Madrid.

- Sentencia de la Sección 2ª Sala contencioso administrativo de 22 de mayo de 2013, RJCA 2013/975 ...*Debe indicarse que como señala la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de Octubre de 1.999 (RJ 1999, 6978) la finalidad de la licencia de primera ocupación, explicitada de modo genérico en el primer párrafo del artículo 21.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (*



RCL 1956, 85), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 es confrontar la obra - edificio o instalación- realizada con el proyecto que sirvió de soporte a la licencia otorgada en su día, y en su caso, si efectivamente se han cumplido las condiciones lícitas establecidas en la licencia de obra. Es decir mediante la licencia de primera ocupación, de naturaleza estrictamente reglada, se controla el efectivo cumplimiento de la licencia de obras, que obviamente debe existir, ya que la conformidad de la ejecución de la obra con el proyecto aprobado que sirvió de base al otorgamiento de la licencia, constituye el contenido de la actividad de control realizada , tal como viene reiteradamente declarando el Tribunal Supremo en sentencias de Sentencias de 4 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 6299) , 6 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 8101) , 26 de Enero de 1987 , 21 de Octubre de 1987 , 30 de Enero de 1989 y 16 de Julio de 1992 (RJ 1992, 6469) ,

Añadiendo que tal licencia no podrá obtenerse por silencio administrativo ... que la licencia de Primera Ocupación no puede obtenerse por silencio sin "el acta de conformidad" , y ello, en base a la redacción inequívoca del artículo 153.6º de la LSM que expresamente especifica que "el plazo para la resolución de la licencia será de un mes desde el levantamiento del acta de inspección de conformidad, que se interrumpirá en todo caso, hasta que se produzca de ser necesaria, la calificación ambiental. Esta interrupción no podrá ser superior a 3 meses".... Si el acta es de disconformidad por no adaptarse la obra al proyecto licenciado o al ordenamiento urbanístico, jamás podrá operar la institución del silencio positivo, que como ya hemos dicho, tampoco puede operar antes de que la Administración inspeccione y levante acta de conformidad. En éste último caso, se podrá impugnar la inactividad de la Administración por no haber realizado la visita de inspección ni elaborado la correspondiente Acta de Conformidad o de No Conformidad En el caso presente no existe dicha acta de conformidad por lo que en ningún caso puede entenderse adquirida la licencia de primera ocupación por silencio positivo..."

- y la Sentencia de 17 de marzo de 2011, Sección 2ª de la Sala de lo contencioso administrativo del mismo TSJ Madrid, RJCA 2011/489, ... asimismo la finalidad esencial de la licencia de primera ocupación , exigida por el art. 1.10 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 (RCL 1978, 1986) es la de comprobar objetivamente si la construcción se ajusta a la licencia de obras , la cual se integra, por un lado, por la autorización de un determinado proyecto y, por otro, por un eventual condicionamiento de su ejecución; por lo tanto el control que la Administración actúa sobre la construcción a través de la licencia de primera utilización, consiste en comprobar si lo edificado se ajusta a los términos, proyecto y condiciones lícitas en que la licencia de obras fue otorgada

...

...Es decir si hay arrendatarios que ejercen una actividad no permitida como es la



terciaria de oficinas, debe ser el Ayuntamiento quien controle la legalidad del ejercicio de la actividad de cada local, denegando la licencia de actividad si se ejerce en un local con respecto a un uso no permitido y dictar orden de cese de actividad y clausura de los establecimientos que incumplen la normativa en su caso... ”.

Esa denegación de licencia de primera ocupación entendemos debería producirse expresamente, ello sin perjuicio de las acciones que asistan al administrado, en su caso, para pretender responsabilidad patrimonial de la Administración por anormal funcionamiento del servicio público pues, es una realidad no contestable, que con fecha mayo de 2008 se concedió la licencia de obras para transformar el local en vivienda, siendo esta otra cuestión que tendría su cauce procedimental por la vía regulada en la Ley 40/2015 de 1 de octubre artículos 32 y siguientes.

Cuarto.- Finalmente, y considerando que la situación urbanística de la vivienda es contraria a las determinaciones de las NNUU del PGOU de Madrid, no es que el Ayuntamiento tenga o no posibilidad de decidir si interviene o no interviene en ejercicio de su potestad de intervención en el uso del suelo a que se refiere el artículo 7 de la Ley 9/2001 LSCM sino que esa potestad, y su concreta facultad de *proteger la legalidad urbanística para la reintegración del orden urbanístico conculcado, con reposición de las cosas a su estado anterior..*, es obligación legal para el Ayuntamiento. La inspección urbanística, dice el artículo 190 de la LSCM, ... *es una potestad de ejercicio inexcusable.*

En el caso no puede olvidarse que existe un acto administrativo expreso, licencia de mayo de 2008 que autorizó las obras de transformación (obras que entendemos han sido terminadas y la vivienda utilizada) por lo que deberá destruirse, por cauce jurídico adecuado la presunción de legalidad que asiste a aquél acto administrativo, ello antes de producir cualquier orden municipal de ejecución tendente a restablecer las cosas a su estado anterior. Acudimos al artículo 199 de la Ley 9/2001 LSCM *...si las obras estuviesen terminadas, las licencias cuyo contenido constituya o legitime alguna de las infracciones graves o muy graves definidas en la presente ley deberán ser revisadas por el órgano municipal correspondiente en los términos y condiciones y procedimientos previstos por la legislación reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas...* (no se olvide que el artículo 204 apartado 3 b) de la ley 9/2001 LSCM dice que *...son infracciones graves ...la implantación y desarrollo de usos incompatibles con la ordenación urbanística aplicable).*

En el apartado segundo de estas consideraciones ya hemos apuntado el cauce procedimental, aplicable para intentar la *revisión de la licencia* de obra/transformación otorgada en mayo de 2009 sólo podrá intentarse por el cauce de vicio de nulidad de pleno derecho de la licencia de entre las causas señalados en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015 dado el lapso de tiempo ya transcurrido desde la concesión del título, en definitiva aplicación del procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo. Entendemos pues inaplicable el cauce del artículo 195 de la



LSCM amén de que tales obras pudieron ser efectivamente realizadas con sujeción estricta a la licencia concedida por lo que, en nuestro juicio, esta no es la vía de reacción jurídica adecuada.

La pretensión de ejercicio de potestades de disciplina urbanística, en el momento presente en que la edificación realizada tiene título con eficacia en Derecho (al menos por el momento) sólo podrá producirse en a la ocupación de la vivienda sin la previa obtención de la licencia de primera ocupación, pues las obras realizadas tienen título en vigor y eficaz.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto pueden señalarse las siguientes conclusiones en relación con la cuestión objeto de consulta:

- 1.-** La vivienda existente en planta bajo rasante en la edificación de referencia precisaría de la obtención de licencia de primera ocupación, con independencia de si este requisito ha sido o no mencionado en la licencia municipal que amparó las obras de transformación.
- 2.-** En el momento presente la existencia y eficacia de licencia municipal de obras otorgada por autoridad municipal en fecha 27 de mayo de 2008 expediente municipal 113/2006/03319, sólo puede destruirse, caso de su consideración de haber sido otorgada en contradicción a Derecho, y dado el plazo de tiempo transcurrido, por aplicación del procedimiento de revisión de oficio de los actos nulos previsto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento administrativo común de las Administrativas Públicas. Al margen quedan los posibles procedimientos de responsabilidad patrimonial que resulten frente al Ayuntamiento por anormal funcionamiento del servicio para el caso de generación de perjuicios al administrado al declarar la nulidad de la licencia de obras en su día concedida.
- 3.-** Mientras tenga existencia y eficacia el título jurídico licencia de obras de transformación no podrá imponerse al administrado, ni en ejecución subsidiaria actuar la Administración municipal, en imposición de la obligación de reposición física de las cosas a la situación anterior en ejercicio de potestades de protección de legalidad y disciplina urbanística.
- 4.-** Las potestades de intervención administrativa en protección de la legalidad urbanística y de disciplina urbanística no son optativas para el Ayuntamiento sino que son de ejercicio inexcusable por lo que, conocida la situación y realidad de las cosas que se resume en una existencia y utilización de vivienda ubicada en planta bajo rasante en contravención de las Normas urbanísticas del PGOUM de 1997, deberían iniciarse los procedimientos previstos en la Ley 9/2001 Suelo de la Comunidad de Madrid en requerimiento de la preceptiva licencia de primera ocupación y, una vez resulto en acto administrativo que tal ocupación no es posible



por razones urbanísticas, acudir a los procedimientos de disciplina urbanística e imposición del cese de tal utilización de la vivienda.

La presente consulta recoge el criterio orientativo y no vinculante (artículos 13 y 14 Decreto de Alcaldesa de fecha 21 de agosto de 2017) 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, 17 de enero de 2018