

Consulta CU 14-2022 que formula el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana de la JMD de Moncloa en relación con la pretensión de cerramiento de parcela privada de uso público zona verde y pasaje-viario ubicado bajo rasante de propiedad privada.

Parámetros edificación. Cerramientos.

I.- Antecedentes. -

1.- En la citada consulta se describe la actuación urbanística pretendida, *“la comunidad de propietarios pretende cerrar, durante el horario nocturno, los pasajes ubicados bajo rasante Plaza José Moreno Villa, Calle Martín de los Heros y Plaza de los Cubos, espacio con forma de “L” y una superficie aproximada de 771,31 m², en concreto con ubicación de tres cierres puertas antipánico de forma que las vías de evacuación en caso de incendio estén siempre expeditas”*

Se traslada también por el consultante el régimen urbanístico de los suelos, de titularidad privada, pero calificados en el correspondiente Plano de Ordenación del vigente PGOUM 1997 como *zona verde básica de sistema local y existente*, así como la Ordenanza Zonal aplicable que lo es *“Conjunto Princesa”* la NZ 3 Grado 1º, nivel D.

Con tales antecedentes se solicita el criterio de la Comisión de Seguimiento e Interpretación de la Ordenanza municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas, en su caso de su Secretaría Permanente, sobre:

- 1.- quién es el órgano competente para autorizar y/o dar eficacia a la actuación urbanística descrita atendiendo a que implica una intervención parcial sobre una zona verde.
- 2.- cuál es el título habilitante que ampare la actuación: licencia o declaración responsable.

2.- Las cuestiones que se plantean son caso particular sin que se suscite un problema de interpretación de normativa urbanística que haga necesaria la intervención de la Comisión de Seguimiento e Interpretación de la OMTLU dadas sus competencias definidas en el Decreto de Alcaldía de 21 de agosto de 2017. No obstante, lo anterior a efectos de evacuación de la consulta de que se trata, por la Secretaría Permanente de la Comisión, se emite el presente Informe –no vinculante- para trasladar su criterio en relación con las cuestiones planteadas, ello en base al artículo 13.3 del Decreto de Alcaldía de 21 de agosto de 2017, y sin perjuicio del criterio que deban manifestar otros órganos municipales

II.- Consideraciones jurídicas.

1.- Con carácter previo, y aun cuando no se ha planteado en la consulta, debe resaltarse que la titularidad jurídica privada de los suelos en análisis traslada la cuestión desde la óptica de la gestión de sus dotaciones públicas por el Ayuntamiento de Madrid, a la actuación de los particulares obligados a la conservación de los suelos de su propiedad (al parecer, en el caso, Comunidad de Propietarios “Conjunto Inmobiliario calle Princesa 3”) pues, y aun cuando el Plano de Ordenación del PGOUM 1997 califique los suelos como zona verde básico no es una red local “obtenida” por la Administración con aplicación de alguno de los métodos que, a tal fin, establece el artículo 90 y siguientes de la Ley 9/2001 de Suelo de Madrid en la materia de “obtención de redes públicas” de forma que la titularidad privada de los suelos no es discutible.

Ello nos lleva a lo que ya se razonó en evacuación de anterior consulta urbanística, referencia CU- 01-2022 (se trataba de posibilidad de cerramiento de parcela privada destinada a uso público zona verde) y que, en lo que interesa, recordamos,

“...Su titularidad privada es clara siguiendo las determinaciones del Registro de la Propiedad, sin perjuicio de que el planeamiento impusiera al propietario una servidumbre legal o limitación del dominio cual es el uso público de la plaza privada zona verde.

2.- Siendo propiedad privada es el artículo 388 del Código civil el que reconoce a todo propietario, el derecho de “cerramiento de heredades”, ello sin perjuicio de las servidumbres existentes.

De forma más particularizada al caso el artículo 13 de la “Ordenanza municipal sobre Uso y Conservación de Espacios Libres” de 29 junio 1984 BAM de 3 de mayo de 1984 y BAM de 21 de febrero de 1985 señala, ...1. El uso de los espacios libres privados se ajustará a lo dispuesto en los Estatutos aprobados por la Comunidad de Propietarios, pudiendo proceder a su cerramiento vallado en la forma que determinen las normas u ordenanzas municipales..., por lo que entendemos asiste a la Mancomunidad en cuestión derecho a pretender el vallado de la finca de su propiedad.

Ello puede y debe realizarse sin perjudicar la servidumbre legal existente, esto es el uso público de la parcela privada zona verde. Ese uso público y general no supone, en nuestro criterio, que el espacio deba estar abierto ininterrumpidamente las 24 horas de cada día, pues por mera analogía los verdaderos parques públicos de titularidad municipales (sean incluso los de nivel básico o distrital a que se refiere el artículo 7.8.3 de las NNUU del

PGOU 1997) pueden ser objeto de limitación en su uso público, sea por razones climatológicas, sanitarias, seguridad, etc.) lo que presupone sean susceptibles de vallado o cerramiento...

Los criterios a aplicar, en cuanto a horarios de apertura y cierre, condiciones de cerramiento que aseguren la accesibilidad de los servicios públicos de policía y emergencias, etc., por mera analogía, serán los que sostenga y venga aplicando la Dirección General de Gestión del agua y Zonas Verdes del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad respecto de parques y zonas verde de dominio municipal, dadas las competencias que a la misma asigna el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 4 de julio de 2019, BOCM 22/07/2019 a su apartado 9º subapartados 1.3 y 1.4, no siendo esta Secretaría órgano municipal competente para apuntar criterios a este respecto..”.

4.- La conservación de la parcela zona verde uso público, afirmada su titularidad privada (y mientras se mantenga está situación de titularidad privada pues más operativo -para la funcionalidad de la parcela- sería proceder a su adquisición por el Ayuntamiento, sea de forma gratuita y con acuerdo de la Mancomunidad cedente en aplicación del artículo 90 a) de la Ley 9/2001 Ley del Suelo Madrid y, una vez recibida por el Ayuntamiento e integrada en sus inventarios, realizar éste la conservación de la zona verde) , corresponde a la Mancomunidad de Propietarios que se cita, ello conforme el artículo 2.2.4 y 2.2.6 apartado 1 de NNUU del PGOU 1997. Mas concretamente el artículo 15 de la citada Ordenanza municipal de Uso y Conservación Espacios Libres indica, ... 1. La conservación y mantenimiento de los espacios libres privados, correrá a cargo de los propietarios o comunidades de propietarios. 2.- En todo caso el Ayuntamiento ejercerá sobre estos espacios la oportuna labor de vigilancia para garantizar que los mismos guarden las debidas condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. 3.- A tales efectos, los propietarios o comunidades de propietarios deberán facilitar el libre acceso a los mismos de policía municipal o vigilantes que el Ayuntamiento designe, a través de las Juntas Municipales de Distrito ...”

En tal sentido puede citarse la Sentencia núm. 236/2019 de 27 de marzo, Sección 2ª Sala contencioso administrativo del TSJ Madrid, JUR 2019/130103, FD 4º, “... Como principio general se ha de partir del hecho de que la calificación para un uso público de una finca no supone, desde luego, la ablación de la propiedad privada. Las facultades del derecho de propiedad que reconoce el art. 33 de la Constitución se ejercen dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley o, en virtud de ella, por los planes de ordenación con arreglo a la clasificación y calificación urbanística de las fincas, de manera que el planeamiento general puede asignar un uso público a unos terrenos o a una finca

de propiedad privada. Pero dado el destino atribuido a la parcela, de dotacional público, para zonas verdes y espacios libres, como habrá de incorporarse al demanio público, ello habrá de ser operado a través de la correspondiente compensación o equivalente, bien mediante el procedimiento expropiatorio donde se establezca la indemnización correspondiente por la extinción del derecho de propiedad, esto es, a través de los mecanismos previstos en la legislación urbanística aplicable (ver art. 90 y siguientes de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid), lo que corresponde a la fase de ejecución del planeamiento...”

La situación que se describe en la consulta, la misma titularidad privada de una parte de una parcela ... calificada de zona verde uso público, lo que acredita es que se viene de un sistema de ejecución urbanística superado por los criterios de la vigente Ley 9/2001 de 17 de julio de Suelo de Madrid por cuanto los terrenos destinados a “zona verde de uso público”, en cuanto pretendidas redes públicas locales de equipamientos zonas verdes y espacios libres del artículo 36.2 b) de la LSM, deberían ser cedidos a la Administración actuante, artículos 18.2b), 86.3 d) y 90 a) de la LSM 2001, y las obligaciones de conservación de la urbanización y terrenos cedidos deberían seguir el régimen previsto en los artículos 136 y 137 de la misma LSM y no perpetuar una conservación privada de las mismas. ...”

Manteniéndose pues la titularidad privada de los suelos este es el marco normativo en el que pudiera autorizarse el cerramiento que se pretende por el administrado obligado a la conservación de los mismos.

Sobre idéntica cuestión se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia 2144/2014 de 31 Oct. 2014, Rec. 320/2011, en los siguientes términos:

“CUARTO. Pues bien, a la vista de lo actuado la Sala entiende que tiene razón la apelante en que no existe en el presente supuesto confrontación entre dictámenes periciales realizados a su instancia y practicados por peritos de la Administración pues solo se han emitido estos últimos.

De otro lado si bien el planeamiento de Estepona califica como zona verde públicas los terrenos que han sido vallados por la actora y constan como de su propiedad dicha previsión tiene el efecto de restringir el uso y edificabilidad de aquéllos, pero la Administración no puede hacerlos suyos por la simple aprobación del plan, sino que tendrá que obtenerlos a través de la expropiación o por el sistema que corresponda.

En definitiva, si de acuerdo con el planeamiento aprobado, la vocación de dichas fincas es convertirse en zona verde, para llevar a cabo tal finalidad deberá el Ayuntamiento previamente, expropiar dichos terrenos, sobre los que, por otro lado, en ningún momento se discute su titularidad privada, no alterándose su naturaleza privada por la aprobación de un instrumento de planeamiento.

En conclusión, si los terrenos cuestionados no han sido expropiados para convertirlos en zona verde, siguen siendo de titularidad privada, sin que el Ayuntamiento pueda menoscabar los derechos de propiedad de sus legítimos propietarios, excepto el del uso que de los mismos puedan hacer estos al tener restringido el ius edificandi.

En tal sentido, y como establece el Tribunal Supremo en sentencia de fecha de 3 de octubre de 1991, "Debe tenerse en consideración que la simple ejecución de unas obras sin haber obtenido la previa licencia no constituye por sí infracción urbanística, ya que se trata de un mero requisito de carácter formal que tiene por exclusiva finalidad autorizar dichas obras. Por ello la falta de solicitud de licencia es subsanable y la autoridad administrativa debe posibilitar dicha subsanación cuando advierta la omisión. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1985, señala que "como quiera que la falta de O[^] licencia no supone necesariamente que los actos de edificación o de uso del suelo infrinjan la ordenación ^ urbanística, la ley no dispone como medida fatal e ineludible la drástica demolición en todo caso, sino que prevé un procedimiento encaminado a verificar si la actividad se ajusta o no a la ordenación aplicable, mediante el examen de la solicitud de licencia que el interesado habrá de formalizar en el plazo de dos meses, bajo apercibimiento de demolición o de impedimento definitivo de los usos, todo lo cual debe ser precedido, como es lógico y con el fin de impedir que la actuación ilícita prosiga, por la suspensión inmediata de aquellos actos de edificación o uso del suelo".

QUINTO. - Como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de enero 1990 (ROF: 15536/1990):

"El que el solar se encuentre destinado en el planeamiento a sistema de áreas libres como senda o zona verde no empecé a, que en tanto no se lleve a efecto la ejecución del Plan, plasmado en realidad lo que es mera previsión, pueda el propietario cerrar el mismo y, con mayor motivo limpiarlo de los escombros que en él existen, sin que por ello se pudiera prejuzgar su futura utilización".

Asimismo, en nuestra Sentencia de 28 de junio de 2004 (Rec. 5722/97) llegamos a la conclusión siguiente en un caso semejante al de autos:

"Así pues, en tanto se procede a ejecutar el planeamiento u obtener el terreno por el procedimiento que en el caso concreto resulte pertinente, ello no impide el derecho del propietario a obtener determinados usos y o realizar determinadas construcciones en dicho terreno, pues el principio de ejecutividad inmediata del Planeamiento (art. 131 del TRLS) no alcanza a impedir todo tipo de uso u obra, sino que, por contra, art. 136 del TRLS admite aquello que puedan catalogarse como provisionales, bajo determinadas condiciones (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1995)."

Segundo.- En cuanto a la naturaleza del título habilitante nuestro criterio es que lo es la "declaración responsable del administrado" (sin perjuicio de la obligada comprobación posterior por la Administración ex artículo 159 de la Ley 9/2001 LSM) ello por indicación del artículo 155 f) de la vigente Ley 9/2001 de Suelo de Madrid y por cuanto la preceptividad de licencia lo es tan sólo, y exclusivamente, en las actuaciones relacionadas en el artículo 152 de la misma Ley 9/2001 LSM; en su consonancia, artículo 69 de la Ley 39/2015 de Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), siendo pues innecesaria licencia urbanística previa. En igual sentido resulta del Anexo II A) de la Ordenanza municipal 6/2022 de 26 de abril de Licencia y Declaraciones Responsables Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid, que tiene una delimitación negativa, ... *por declaración responsable todas aquellas actuaciones no sujetas a licencia.*

Tercero.- En relación con la cuestión planteada respecto a la determinación del órgano municipal competente para intervenir en la actuación urbanística pretendida por el administrado, en su caso interpretación de los contenidos de los Acuerdos de la Junta de Gobierno julio 2019 de delegación competencias en Distritos o, en su caso, Áreas de Gobierno, no es competencia de esta Secretaría Permanente emitir criterio al respecto (excede sin duda de los contenidos competenciales que fijó el Decreto Alcaldía de 2 de agosto de 2017).

De otro lado téngase en cuenta que los posibles conflictos negativos de competencia entre órganos municipales de distintas Área de gobierno (residenciable en la Coordinación General de Alcaldía por determinación del Acuerdo de la Junta de Gobierno de 5 septiembre 2019 BOCM 20/09/2019 a su Anexo, 3º, apartado 2.3 e) *...resolver las dudas que pudieran surgir en la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Junta de Gobierno de organización y delegación de competencias pudiendo adoptar las resoluciones correspondientes para garantizar la plena efectividad de los mismos...*, o en su caso Dirección General de Alcaldía por determinación del mismo Anexo, 10ª, a su apartado 1. e) *...tramitar los conflictos de atribuciones que deba resolver el Pleno o el Alcalde ...).*

III.- Conclusión.

1.- El vallado de una parcela/suelos de titularidad privada calificada urbanísticamente como verde básico-zona verde es posible, sea por justificadas razones de seguridad, climatológicas, sanitarias, higiénicas, contaminación acústica generada al uso residencial de colindantes, etc., es posible, entendiéndose que la servidumbre legal impuesta por el planeamiento no implica la apertura de la zona verde de forma ininterrumpida todas las horas del día y todos los días del año, pudiendo tomarse por analogía los criterios que señale, en la actualidad, el Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, en la actual Dirección General del Agua y Zonas Verdes, y aplicables en relación con los parques municipales y zonas verdes de titularidad demanial municipal.

El título habilitante para practicar el cerramiento en cuestión lo es la declaración responsable, sin perjuicio de la obligada posterior comprobación por la Administración municipal ex artículo 159 de la Ley 9/2001 de Suelo de Madrid

2.- Siendo la parcela de titularidad privada, en tanto no se adquiera por el Ayuntamiento de Madrid o se constituya una Entidad urbanística de conservación, la conservación de la misma, la implantación del vallado/cierre, funcionalidad de su apertura y cierre en relación con el uso público, corresponde a la Comunidad de Propietarios actual propietario de los suelos quién, además, deberá facilitar el libre acceso, al espacio, de policía municipal o vigilantes que el Ayuntamiento designe, a través de las Juntas Municipales de Distrito.