

Consulta CU 15-2022 que formula el Servicio de Medio Ambiente y Escena Urbana de la JMD de Moncloa en relación con la aplicación de régimen de fuera de ordenación o infracción urbanística prescrita a edificación sin licencia sita en Avenida Osa Mayor núm. 98.

Régimen urbanístico.

Fuera ordenación relativa/ infracción urbanística.

I.- Antecedentes.-

1.- Se trata de edificación existente en Avenida de Osa Mayor núm. 68 que según el consultante ya existía con anterioridad a los años 1960 y que, una vez comprobado los archivos municipales, no cuenta con licencia municipal otorgada en momento alguno. Se considera que se trata de una infracción urbanística prescrita, pero se han localizado Consultas (se citan las numeradas con 43/05, 54/09 y 05/11) conforme las cuáles pudiera otorgarse el régimen de edificación fuera de ordenación relativa. Igualmente se cita como antecedente el criterio contenido en el Acuerdo núm. 87 de 17.12.1998 de la Comisión de Seguimiento del Plan General sobre régimen aplicable a las infracciones urbanísticas prescritas.

2.- Se entiende por el consultante se está ante una infracción urbanística prescrita, pero le surge duda de si a tal edificación pudiera aplicársele el régimen de edificación fuera de ordenación relativa.

Las cuestiones que se plantean están reiteradamente solucionadas por la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia Madrid, conforme inmediatamente se recuerda, de forma que, ante la inexistencia de licencia debemos acudir al régimen de infracción urbanística prescrita.

II.- Consideraciones jurídicas.

Como se apunta es reiterado el mismo criterio por la Sala de lo contencioso administrativo, Sección 2ª, del TSJ Madrid, con cita de la Sentencia núm. 756/2004 de 13 de mayo , RJCA 2004/881; Sentencia núm. 1286/2008 de 10 de junio , JUR 2009/32310 y Sentencia núm. 515/2014 de 4 de junio JUR 2014/222452, que en lo que interesa recordamos,

“ ...Según Acuerdo de la Comisión de seguimiento del PGOU n2 87 de 17 de diciembre de 1998, en cuanto al régimen aplicable a las situaciones resultantes de infracciones urbanísticas prescritas, sería el previsto en los artículos 2.3.1 a 2.3.3 de las NN.UU. para los edificios fuera de ordenación, pero sólo si se trata de edificios existentes, esto es, a los construidos, en construcción o pendientes de construir con licencia otorgada de acuerdo

con planeamientos anteriores al Plan General, según la definición establecida por el art. 6.6.18 a) de las NN.UU. Dicho régimen no sería de aplicación a situaciones resultantes de infracciones urbanísticas prescritas, en que de conformidad con la interpretación jurisprudencial, el régimen jurídico aplicable a las obras ilegales con infracción prescrita sería 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 ...

TERCERO.

... Examinados los razonamientos expuestos en la Sentencia apelada, así como la argumentación esgrimida por el apelante en apoyo de su pretensión revocatoria de aquella, resulta procedente la íntegra desestimación del recurso de apelación que aquí nos ocupa debido a que, como a continuación razonaremos, siguiendo los acertados razonamientos contenidos en la Sentencia apelada, la parte recurrente-apelante, a juicio de la Sala, parte de un error jurídico de evidente transcendencia y que consiste y concreta en que entiende aplicable el régimen jurídico establecido para los edificios de fuera de ordenación relativa (artículos 2.3.2.1.b) y 2.3.3.2 de las NN.UU. del PGOUM 97) a una edificación o construcción que hubiese sido realizada sin la preceptiva licencia de obras y que hubiese caducado el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

Para la debida comprensión de la problemática jurídica que subyace en la pretensión del recurrente-apelante conviene que, a modo introductorio, realicemos una serie de consideraciones en relación con la denominada " situación de fuera de ordenación ".

A salvo de algunos antecedentes históricos, los orígenes de la situación de fuera de ordenación se sitúan en la Ley del Suelo de 1956, en cuyo artículo 48 se disponía que aquellos edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del planeamiento urbanístico y que resultaran disconformes con el mismo serían calificados como fuera de ordenación. A partir de esta calificación, a tales bienes se les aplicaba un régimen restrictivo que impedía que la propiedad acometiera obras de consolidación, aumento de volumen, modernización y, en general, las que supusieran un incremento de su valor de expropiación; permitiendo, por el contrario, la ejecución de aquellas reparaciones que exigiera la higiene, el ornato y la conservación del inmueble, tolerando su uso en tanto en cuanto no desapareciese físicamente la construcción o instalación...

En resumen, la situación de fuera de ordenación podía definirse como la que se producía, con el carácter de sobrevenida, respecto de aquellas edificaciones e instalaciones erigidas que, por mor de la aprobación o modificación de un determinado plan, dejaban de ser conformes con la ordenación urbanística, y a los cuales se les aplicaba, desde ese momento, un régimen restrictivo respecto de las obras que en estos

bienes se permitían, con el objeto de que los mismos desapareciesen una vez se extinguiesen las posibilidades razonables de vida de sus elementos, o que al menos, cuando se expropiasen en el futuro, no vieran incrementado su valor de expropiación, manteniendo el uso que estuviesen desempeñando.

Por su parte, en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 se recogió dicha figura de fuera de ordenación en términos análogos a lo previsto en la Ley de 1956 -artículos 60 y 61 -. También en el Texto Refundido de 1992 -artículo 137- se reguló la situación de fuera de ordenación en similares términos que, en las anteriores disposiciones, si bien se introdujo un importante matiz, al reconocerse al Plan la posibilidad de disponer de un régimen distinto al general establecido en la Ley, lo que la doctrina vino a denominar como la deslegalización de la figura.

Por último, significadamente tras la sentencia del TC núm. 61/1997, han sido las Comunidades Autónomas las que, en sus respectivas legislaciones urbanísticas, han recogido el testigo iniciado en 1956 regulando la situación de fuera de ordenación. Así, y por lo que se refiere al tratamiento que de dicha figura se acomete en la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, debemos citar el artículo 64 de la misma, que bajo el epígrafe de " Efectos de la entrada en vigor de los Planes ", establece que la entrada en vigor de los Planes de Ordenación Urbanística producirá, de conformidad con su contenido, entre otros, el siguiente efecto:

" b) La declaración en situación de fuera de ordenación de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación, en los términos que disponga el Plan de Ordenación Urbanística de que se trate.

A los efectos de la situación de fuera de ordenación deberá distinguirse, en todo caso, entre las instalaciones, construcciones y edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación, en las que será de aplicación el régimen propio de dicha situación legal, y las que sólo parcialmente sean incompatibles con aquélla, en las que se podrán autorizar, además, las obras de mejora o reforma que se determinen. Son siempre incompatibles con la nueva ordenación, debiendo ser identificadas en el Plan de Ordenación Urbanística, las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional o impidan la efectividad de su destino "

En este sentido, el artículo 2.3.1 de las NN.UU. del PGOUM 97 establece que: " Los edificios existentes erigidos con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico, que resultaren disconformes con el mismo, serán calificados como fuera de ordenación ". Por su parte, el artículo 2.3.2, a los efectos de determinar el régimen de obras permisible, diferencia dos grados para la situación de fuera de ordenación:

a) Fuera de ordenación absoluta: Que tendrá lugar en aquellos edificios que ocupen suelo afecto a dotaciones públicas, de carácter general o local, disconformes con las mismas.

Se excluyen de este supuesto los edificios para los que el planeamiento urbanístico establece una alineación remitida para sustitución o reconstrucción de acuerdo con el art. 6.3.4.e), que se someten al régimen de los edificios en situación de fuera de ordenación relativa.

b) Fuera de ordenación relativa: Que tendrá lugar en aquellos edificios en los que la disconformidad se produce por causas distintas de las señaladas en el apartado a) precedente ".

En todo caso, la característica esencial o razón de ser de este régimen de fuera de ordenación es la de dar una respuesta a las situaciones transitorias generadas con motivo de la aprobación de un nuevo Plan, sin que ello suponga la demolición a costa del afectado de los edificios, sino que las limitaciones únicamente persiguen no incrementar el coste de expropiación o de indemnización por edificios o usos que deben desaparecer en virtud de un sistema de gestión urbanística.

Precisamente, la circunstancia de que la declaración de fuera de ordenación no implique su demolición inmediata, sino que se espera a la extinción natural de la construcción o instalación así calificada, manteniéndose su uso, es el factor clave que descarta su indemnizabilidad, como así ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en constantes pronunciamientos, declarando " que el interés general es digno causante del sacrificio causado sobre la propiedad " (sentencias del TS de 26 de diciembre de 1978 , 13 de febrero de 1991 y 15 de abril de 1987).

Llegados a este punto, bien pronto se advierte que el supuesto de hecho que aquí nos ocupa (edificación ejecutada sin licencia de obra y producida la caducidad del ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística) nada tiene que ver con el presupuesto de hecho que fundamenta la aplicación de fuera de ordenación. Se trata de situaciones diametralmente opuestas y conductas particulares que distan mucho en su origen.

Es cierto, sin embargo, que una antigua jurisprudencia se inclinaba por la aplicación del régimen de fuera de ordenación a las edificaciones ilegales, una vez transcurridos los plazos previstos para instar las medidas de restablecimiento de la legalidad. Ahora bien, dicha previsión se efectuaba desde la óptica de qué si no se les aplica régimen de fuera de ordenación, iban contar con un tratamiento jurídico más favorable que si se aplicase dicho régimen. En este sentido, a modo de ejemplo, puede transcribirse la sentencia del TS de 5 de diciembre de 1987, al declarar -FJ 4- que:

" En una situación análoga a la descrita han de quedar aquellas construcciones que naciendo ya en la ilegalidad no van a poder ser destruidas por haber transcurrido el plazo durante el cual la Administración puede ordenar la demolición -artículos 184 y siguientes del Texto Refundido. Estos edificios -o la parte correspondiente de los mismos- no quedan legalizados por el transcurso del tiempo: a pesar de la imposibilidad de restaurar el orden jurídico perturbado mediante la demolición, las obras continúan siendo ilegales, no son susceptibles de legalización, quedando en una situación de persistencia tolerada, pero con los mismos límites del régimen de "fuera de ordenación", aplicable por analogía. Resultaría absurdo que obras ilegales ab initio fueran de mejor condición que las hechas legalmente, aunque con posterioridad, por modificación del planeamiento, hayan devenido fuera de ordenación ".

Por eso, más recientemente, la doctrina jurisprudencial tiende a poner de relieve las diferencias o disimilitudes, tanto conceptuales como jurídicas, existentes entre los supuestos de fuera de ordenación acaecidos como consecuencia de un nuevo planeamiento y los supuestos de edificios, obras e instalaciones, resultantes de infracciones urbanísticas prescritas, por cuyo motivo no pueden ser idénticos los regímenes jurídicos a los que se hayan sometidos.

En este sentido, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de Supremo de 29 de junio de 2001 (rec. 8357/1996), que en su Fundamento Jurídico cuarto declara:

" No pueden prosperar, en tal estado de cosas, los motivos que se formulan. Los mismos tratan de modificar los fundamentos de hecho establecidos en la sentencia que se recurre, lo que no es admisible en casación y priva de valor a las sentencias que se invocan. 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 periclitio. 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 ".

En definitiva, el hecho de que el transcurso del plazo legal impida toda reacción que persiga la desaparición de las obras no legitimadas por título administrativo suficiente, solo significa por sí mismo la aceptación por la Ley de la permanencia de dichas obras. En modo alguno cabe de ello deducir o extraer de tal hecho, además, la consecuencia de la legalización ex lege de las obras. Las obras así llevadas a cabo seguirán siendo ilegales por disconformes con la ordenación urbanística aplicable.

Como vemos, 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 expresamente se dice en la Sentencia citada de 29 de junio de 2001 ...

En este sentido y en lógica consonancia con la doctrina jurisprudencial expuesta, el Acuerdo de la Comisión de seguimiento nº 87 de 17 de diciembre de 1998, expresamente citado por el recurrente-apelante, referido al régimen aplicable a las situaciones resultantes de infracciones urbanísticas prescritas, estableció que:

" 1º El régimen previsto en los artículos 2.3.1 a 2.3.3 de las NN.UU. para los 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, según la definición establecida por el art. 6.6.18 a) de las NN.UU. Por consiguiente, dicho régimen no es de aplicación 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.

2º En cuanto a los usos que puedan implantarse en estos espacios, se ratifica el criterio mantenido en el acuerdo 109, de fecha 14 de marzo de 1995, del Grupo Técnico de Asesoramiento para la aplicación del anterior PGOUM. Consecuentemente, en estos espacios podrá concederse licencia de instalación de actividades para aquellas 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 párrafo segundo del anterior apartado primero y se cumplan las condiciones de seguridad, salubridad y medioambientales que estén establecidas reglamentariamente "...

Por tanto, de cuanto queda dicho se desprende que el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento: (i) Tiene como efecto el impedir al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, 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 (ii) Sólo serán autorizables 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 resultando posibles obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, ni siquiera aunque vengan exigidas por las disposiciones aplicables a la actividad en que ellas se ejerza.

En consecuencia, los usos o actividades pretendidas en las edificaciones sin licencia, además de la necesidad de que no se opongan a los permitidos por el planeamiento para la zona de que se trate, se requiere que no precisen de la realización de obras que excedan de las estrictamente autorizables (pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, el ornato, la conservación del inmueble y las obras tendentes al mantenimiento de las condiciones de seguridad).

Obviamente, de cuanto queda expuesto bien pronto se advierte, en contra de lo postulado por la parte recurrente, que en modo alguno será aplicable a las edificaciones

sin licencia el régimen jurídico de obras previsto por el artículo 2.3.3.2 de las NN.UU. del PGOUM 97 para los edificios existentes en situación de fuera de ordenación relativa, que obedecen a un supuesto muy diferente al de las edificaciones sin licencia, y cuya amplitud exceden de las admitidas por la doctrina jurisprudencial para los supuestos de edificaciones ilegales....

Por otra parte, si para los supuestos de edificaciones fuera de ordenación absoluta el artículo 2.3.3.1.d de las NN.UU. del PGOUM 97 previene que únicamente serán admisibles las actividades existentes a la entrada en vigor del PGOU, no siendo admisibles la concesión de licencias para la nueva implantación o cambio de actividades, con mayor razón dicha prohibición deberá aplicarse a supuestos como el presente en el que la edificación o construcción siempre se mantuvo en la ilegalidad. Recuérdese como la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2001 viene a imponer la aplicación de un régimen más riguroso que el previsto para las estrictas situaciones de fuera de ordenación por disconformidad sobrevenida del planeamiento, de tal forma que el transcurso de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia sólo confiere al propietario de la edificación la facultad inherente 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 esté disfrutando, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata...”

Y este criterio jurisprudencial es mantenido en la más reciente Sentencia núm. 488/2022 de 22 de julio de la misma Sección 2ª de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ Madrid, de forma que el criterio del Acuerdo núm. 87 de 17.12.1998 de la Comisión de Seguimiento del Plan General es el aplicable, como conforme a Derecho, lo que nos conduce, dada la inexistencia de licencia alguna en el tiempo en el caso consultado, a la aplicación del “régimen de infracción urbanística prescrita” que, con aplicación del artículo 60.2 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 abril 1976, sólo permite obras de mera conservación (...pequeñas reparaciones que exigiere la higiene, ornato y conservación del inmueble...) en la edificación ilegal.

III.- Conclusión.

En las edificaciones ilegales por cuanto no consta la existencia de licencia urbanística que las ampare, cuando ha prescrito la acción de la Administración municipal para restaurar la ilegalidad urbanística, el régimen aplicable, conforme reiterada jurisprudencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en consonancia con lo indicado en el Acuerdo núm. 87 de 17 diciembre 1998 de la Comisión de Seguimiento del Plan General, lo es el de la infracción urbanística prescrita y por lo mismo las únicas obras posibles en tal edificación lo

son *pequeñas reparaciones que exigiere la higiene, ornato y conservación del inmueble*, sin que resulte aplicable el régimen establecido en las Normas Urbanísticas del PGOUM 1997 de fuera de ordenación relativa.