



## **Resolución del Ararteko, de 23 de junio de 2008, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Tolosa que continúe con la tramitación de un expediente de disciplina urbanística.**

### Antecedentes

Una persona pone en nuestra consideración la falta de respuesta municipal a los escritos presentados en los que, entre otras cuestiones, denunciaba la falta de actuación del Ayuntamiento de Tolosa para recuperar la legalidad urbanística respecto a las obras sin licencia para habilitar unas terrazas en la fachada trasera del edificio del nº (...) de la calle (...) de ese municipio.

Tras las denuncias presentadas por el reclamante, el ayuntamiento había incoado un expediente de disciplina urbanística por la ampliación de tres balcones en la fachada del edificio que da al patio de manzana.

El Ayuntamiento de Tolosa consideró –Decreto 465/2004– que las obras de ampliación del balcón del piso (...) no podían ser legalizables por el régimen de protección del patrimonio histórico artístico derivado del Plan Especial de Rehabilitación del Casco Histórico.

En concreto se señalaban dos impedimentos. Por un lado ese plan preveía la consolidación de la parcela, sin anexión alguna, para lo que requería la adaptación a la nueva alineación trasera. Mientras no se produjera la adaptación sólo podían autorizarse obras de mantenimiento. Por otro lado la ordenanza de protección básica consideraba que la sustitución del vuelo de los balcones debía mantener el diseño y materiales. En este caso la obra no es autorizable porque no se han mantenido las características del vuelo original ni se han mejorado.

Como conclusión el ayuntamiento en abril de 2004 resolvió denegar la legalización de las obras del piso (...) de la terraza trasera, y dictó una orden para requerir al promotor de las obras que restituyese el balcón a su estado original advirtiéndole que en caso contrario el ayuntamiento acordaría la ejecución subsidiaria e inició un expediente sancionador por considerar los hechos como una infracción urbanística

Frente a esa resolución consta un recurso de reposición interpuesto por los promotores de las obras solicitando la legalización de los balcones traseros al considerar que eran obras de sustitución de elementos estructurales para mejorar la situación del edificio y respetaban la alineación de la fachada.

A la vista de la información remitida, con fecha de 24 de abril de 2007 nos volvimos a dirigir al Ayuntamiento de Tolosa para solicitar a esa administración local información sobre las actuaciones seguidas con posterioridad a la resolución municipal que expresamente consideraba ilegales las obras realizadas en la terraza y requería su



restitución a la situación original. En el escrito remitido le recordábamos la obligación municipal de continuar con la tramitación de un expediente de disciplina y, en su caso, tomar las medidas para restaurar la legalidad infringida y dar una efectiva respuesta a las peticiones realizadas por este ciudadano.

En su contestación, en un ulterior informe de septiembre de 2007, el ayuntamiento, en contra del criterio anterior, considera que las obras realizadas en el piso (...) se encuentran dentro de la alineación máxima autorizada por el plan especial y con vocación de uniformidad con los balcones (...) y (...). En el escrito remitido reconoce que no han continuado con las medidas de restauración de la legalidad urbanística infringida apelando al principio de igualdad de trato con el resto de balcones a los que no habría exigido la legalización y por que considera que en este momento la infracción habría prescrito.

A la vista de esta información, así como de las demás circunstancias alegadas, y tras analizar sus contenidos, me permito trasladarle las siguientes

### Consideraciones

\* El objeto principal de la intervención de esta institución es la falta de respuesta del Ayuntamiento de Tolosa a las últimas peticiones formuladas por el reclamante para exigir el cumplimiento de la legalidad urbanística.

El escrito de 6 de septiembre de 2006 –reiterado en uno posterior de 31 de agosto de 2007– hace referencia a una solicitud al ayuntamiento para garantizar el respeto de la legalidad respecto a las obras realizadas en la terraza del tercer piso de la calle (...) puesto que no dispone de la correspondiente licencia urbanística.

Debemos significar que no le consta a esta institución que el ayuntamiento haya respondido a los mencionados escritos en lo relativo al cumplimiento de la orden de demolición dictada en abril de 2004.

Hay que mencionar el régimen jurídico que deriva de los artículos 42 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que establecen la obligación de contestar a todas las solicitudes formuladas. El ordenamiento jurídico impone la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación a pesar del eventual vencimiento del plazo previsto.

Así las cosas, el Ararteko considera que es necesario tramitar y dar cumplida respuesta a las denuncias, peticiones u otras demandas presentadas por los particulares en defensa de la legalidad urbanística.





\* Por otro parte en la esfera de la disciplina urbanística, las administraciones municipales detentan la competencia para intervenir en el control de los actos regulados por la ordenación urbanística a través de la inspección urbanística y de las licencias urbanísticas.

En ese orden de cosas, el ejercicio de las potestades de disciplina urbanística son de carácter irrenunciable para las autoridades y funcionarios, según establece la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo. En concreto se señala en su apartado segundo lo siguiente:

*“El ejercicio de las potestades reguladas en este título tiene carácter irrenunciable. A tal efecto, las autoridades y los funcionarios están obligados a iniciar y tramitar, en los plazos previstos en cada caso, los procedimientos establecidos para el ejercicio de tales potestades. El incumplimiento de este deber dará lugar a responsabilidad disciplinaria.”*

La disciplina urbanística y la potestad de inspección están indefectiblemente unidas con el efectivo cumplimiento del planeamiento municipal y de la legalidad urbanística. La falta de actuación de los particulares no debe menoscabar esa función pública de defensa de la legalidad urbanística

Por ello esa administración municipal, en la medida que existe una resolución municipal firme al respecto, está obligada a continuar con el cumplimiento de la orden de demolición de las obras realizadas sin licencia y reponer el balcón del edificio a su estado original, en los plazos previstos en cada caso, de conformidad con los procedimientos establecidos para el ejercicio de las potestades de inspección, verificación y control encomendadas.

Por ese motivo, si ese ayuntamiento considera la oportunidad de legalizar las obras realizadas en la terraza, en contra del criterio expuesto en la citada resolución, deberá revisar con carácter previo esa decisión conforme a las reglas del procedimiento administrativo.

\* Sin perjuicio de la obligación formal de continuar el expediente de disciplina urbanística correspondiente, respecto a las consideraciones efectuadas por el Ayuntamiento de Tolosa para justificar que no ha continuado con la tramitación, esta institución considera oportuno hacer alguna matización material.

Respecto a la aplicación del principio de igualdad de trato ante situaciones iguales ese Ayuntamiento es conector de que tal principio sólo es aplicable dentro de la legalidad. El Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1989 de 16 de marzo, afirma que *“la igualdad ha de entenderse como igualdad en la legalidad; es decir, que la posible no aplicación de una ley (en este caso, de un precepto sancionador) a un tercero, no supone la ilegitimidad de su aplicación a aquellos que se sitúan en los supuestos de hecho contemplados en la norma en cuestión”*.



En todo caso, debemos indicar que la aplicación de la normativa debe ser extensible a todos aquellos supuestos en los que exista identidad de objeto. En esos términos el dictamen de la comisión de urbanismo de 12 de marzo de 2004 indica expresamente, en su punto cuarto, que se debe *“requerir a los propietarios de las viviendas (...) dcha. y (...) dcha. a que soliciten la licencia de legalización de las ampliaciones de balcón que han ejecutado en la fachada trasera de sus viviendas”*

Por otro lado, en la respuesta municipal remitida a esta institución el Ayuntamiento considera que el transcurso del tiempo desde la ejecución de las obras y desde la comisión de la infracción impediría al ayuntamiento continuar con este expediente urbanístico.

Sin embargo conviene destacar el hecho de que la resolución administrativa dictada por el decreto 465/2004 es un acto ejecutivo en los términos que prevé el artículo 94 de la LRJAP-PAC.

Los actos administrativos que implican una orden de actuación no prescriben en los términos que recoge la legislación del suelo para las infracciones urbanísticas (artículo 229 LSU) o las operaciones de restauración de la legalidad urbanística (artículo 224.4 LSU).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000\1951) recoge la aplicación de ese plazo de prescripción con la siguiente argumentación:

“La cuestión debe analizarse desde los principios generales que regulan la ejecución de los actos administrativos y en este sentido es de ver que conforme a los artículos 44 y 101 de la LPA los actos de la Administración son inmediatamente ejecutivos, lo que significa que deben llevarse a efecto de manera inmediata, pues toda demora irrazonable pudiera ir contra lo dispuesto en el artículo 102 de la Constitución Española y en concreto contra el principio de eficacia impidiendo cumplir el fin de servir con objetividad los intereses generales que constituyen el soporte de la actuación de la Administración pública.

Por ello, aunque ni la legislación específica urbanística ni la general de procedimiento administrativo prevean plazos de prescripción para ejecutar lo acordado, el principio expuesto, junto a los de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución) fuerzan a entender que la ejecución forzosa se halla sujeta a plazos de prescripción. En la medida en que el acto **administrativo ordenó al constructor el derribo** de un edificio, aquél contiene una **obligación de hacer**, la exigencia de cuya efectividad no puede quedar indefinidamente pendiente en el tiempo sino que por tratarse, en definitiva, de una obligación personal **está sujeta al plazo de prescripción de quince años** del artículo 1964 del Código



Civil, que es el plazo de que la Administración disponía para acudir al mecanismo de ejecución subsidiaria y que fue largamente sobrepasado en el presente caso.”

Así las cosas, el Ayuntamiento debe tener en cuenta que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las órdenes de demolición dictadas están sujetas a un plazo de prescripción de quince años en aplicación del artículo 1964 del Código Civil.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el art. 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

### **RECOMENDACIÓN 12/2008, de 23 de junio, al Ayuntamiento de Tolosa**

Que dé respuesta fundada a los escritos que presentó el reclamante para continuar con la tramitación del expediente de disciplina, y tome las medidas pertinentes para garantizar la legalidad urbanística conforme establece el título VI de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

