



Resolución 2019R-710-18 del Ararteko, de 1 de abril de 2019, por la que recomienda al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián que dé respuesta efectiva a las denuncias urbanísticas por cierres de balcón sin licencia urbanística.

Antecedentes

- Una persona somete a la consideración del Ararteko la actuación municipal del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián para restablecer la legalidad urbanística en el edificio ubicado en el (...) tras una denuncia por las obras de derribo de un tabique en la fachada y el cierre y uso de un balcón en una de sus viviendas.

La persona reclamante presentó una denuncia urbanística, con fecha de 6 de julio de 2017, al objeto de poner en conocimiento de los servicios de inspección urbanística las obras de demolición del frente de la fachada en una de las terrazas de la vivienda A (...), sin disponer de la correspondiente licencia urbanística. En su denuncia exponía que la sustitución del cerramiento de la terraza resultaba contraria a la legalidad urbanística ya que implicaba un incremento de la edificabilidad urbanística en el edificio.

En respuesta a su denuncia el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián le informó de la incoación de un expediente sancionador y de un segundo expediente dirigido a restablecer la legalidad urbanística. El expediente incoado para restablecer la legalidad urbanística fue informado favorablemente al considerar que las obras realizadas sin licencia habían consistido únicamente en el derribo de un tabique en la zona interior de la vivienda. De ese modo, tras imponer una sanción por la obra realizada no incluida en la licencia, se procedió al archivo de la denuncia presentada.

La reclamante acude al Ararteko al objeto de plantear su desacuerdo con esa decisión ya que, según alegaba en sus escritos, las obras denunciadas consistían en la alteración de la fachada y en el incremento de la edificabilidad de la vivienda que, conforme con los criterios del planeamiento municipal, no resultarían legalizables.





- Con fecha de 28 de mayo de 2018, el Ararteko solicitó información al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián al objeto de conocer las actuaciones seguidas en el expediente dirigido a restablecer la legalidad urbanística en la vivienda A (...).

Con fecha de 6 de junio de 2018, el Ararteko recibió un informe de la responsable del servicio jurídico-administrativo de edificación y rehabilitación del Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián en el que se daba cuenta del expediente administrativo seguido al respecto. En ese informe se mencionaban las siguientes actuaciones relevantes para este caso:

- Con fecha de 16 de junio de 2017 se había solicitado licencia para reforma de la vivienda A (...), en la que se proyecta la demolición de toda la vivienda.
- Con fecha de 6 de julio de 2017, la promotora de la queja denuncia la realización de una obra de reforma integral en la vivienda A (...). La denuncia plantea que esa obra incluye el derribo en la fachada trasera del tabique de cierre de una de las terrazas, lo cual supone incrementar la superficie edificada. El acta de la UCON de la Guardia municipal 186/2017, de fecha de 11 de julio de 2017, certifica la realización de obras sin licencia consistentes en la reforma integral de la vivienda y *"derribo de tabique fachada en uno de los balcones"*.
- Con fecha de 19 de julio de 2017, tras comprobar que la obra de demolición de un tabique de la fachada no dispone de licencia urbanística, el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián incoa un expediente para restablecer la legalidad urbanística e insta a que se presente la correspondiente licencia respecto al tabique fachada de uno de los balcones. Con fecha de 17 de julio de 2017, se incoa un expediente sancionador por el derribo del tabique fachada.

En un escrito de 18 de agosto de 2017, el promotor de la obra señala que el balcón de la fachada trasera origen del expediente se había incorporado con anterioridad a la vivienda por lo que, en las obras en ejecución no se había demolido el tabique de la fachada. Asimismo señala que en esa comunidad hay 74 balcones cerrados.

Con fecha de 29 de agosto de 2017 se insta a la legalización de un tabique decorativo interior que no estaba incluido en el proyecto de obras de reforma.



- Con fecha de 16 de octubre de 2017, la arquitecta técnica de edificación municipal informa favorablemente la solicitud de licencia ya que el proyecto *"justifica que las obras no incluidas en la licencia inicial de reforma de vivienda, consisten en una modificación de la tabiquería en la zona de fachada en el interior de la vivienda"*.
- Con fecha de 31 de octubre de 2017, se acuerda una sanción por la realización de obras. Según el informe a las alegaciones, las obras de derribo están amparadas en la licencia de reforma *"salvo en la demolición de un pequeño tabique decorativo en la estancia comedor-cocina"*.

De ese modo, las actuaciones de legalización de las obras realizadas se han centrado en el derribo de un tabique interior sin tener en cuenta que la denuncia se refería al derribo del tabique existente entre la vivienda y la terraza existente en la fachada trasera tal y como se recoge en el acta municipal. La única referencia que consta es la declaración del promotor de la obra que certifica que el derribo del tabique y la elaboración de un cierre de aluminio del balcón se habían realizado con anterioridad.

- Trasladada esa información a la persona reclamante, ésta ha vuelto a insistir en trasladar su desacuerdo con el incumplimiento de la legalidad urbanística en este supuesto. En concreto, con la falta de intervención municipal respecto a la eliminación del tabique exterior, existente en la fachada trasera, con la correspondiente ampliación de la superficie edificada, y con la modificación del cierre del balcón.

Asimismo, la denunciante reclama la necesidad de garantizar la defensa del cumplimiento de la legalidad urbanística en cuanto a cerramientos de terrazas en fachada en esa comunidad de propietarios de otros inmuebles de esa urbanización. La reclamante se refiere a que también ha denunciado ante el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián otros cierres de balcones edificios colindantes. Así, señala las obras de cierre de balcón -ejecutadas en las viviendas B (...) y en C (...)- que han supuesto un incremento de la edificabilidad en esas viviendas.

En el caso B (...), la reclamante expone que el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián ha procedido al archivo de la denuncia presentada al no poder acreditar la fecha exacta de la realización del cierre existente. El ayuntamiento concluye que no cabe ordenar la demolición del cierre del balcón porque existen indicios del transcurso de más de cuatro años desde su ejecución. En todo caso, indica que la obra quedaría en situación de disconformidad con el planeamiento.



En el caso C (...), la reclamante considera necesario concluir el procedimiento para restablecer la legalidad urbanística. Ante la denuncia presentada en este caso por el cierre de la terraza y el derribo del tabique para unir los dos espacios, el ayuntamiento informado desfavorablemente su ejecución por no resultar autorizables. De ese modo, mediante resolución de 25 de noviembre de 2016, el ayuntamiento acordó una orden de demolición de las obras y su reposición a su estado original. Al no haber cumplido la orden, el ayuntamiento ha acordado la imposición de hasta diez multas coercitivas, la última de 11 de diciembre de 2018. Sin embargo, la reclamante ha sido informada del archivo de esas actuaciones, sin que consten las medidas correspondientes para proceder a ejecutar subsidiariamente la reposición del cierre efectuado.

A la vista de esta reclamación, tras analizar el planteamiento de la queja y de la información remitida por el ayuntamiento, el Ararteko estimado oportuno realizar las siguientes consideraciones:

Consideraciones

- El objeto principal de la reclamación hace referencia a la actuación municipal seguida por el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián para restablecer la legalidad urbanística respecto a las obras de derribo del tabique en la fachada y el cierre y uso de un balcón en la vivienda A (...).

También, se traslada su discrepancia con las actuaciones municipales de disciplina urbanística en otros inmuebles de la urbanización en los que se han realizado obras de cierre de balcón, con el correspondiente incremento de la edificabilidad. Es el caso del número B (...) y del número C (...).

La persona reclamante insiste en la necesidad de tomar las medidas correspondientes para garantizar el efectivo cumplimiento de la legalidad urbanística en cuanto a los cerramientos de terrazas y el correspondiente incremento de la edificabilidad en las mencionadas direcciones.

- 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 obligación de dar respuesta, y tomar las medidas oportunas para recuperar la legalidad urbanística, debe situarse al margen de las posibles controversias que puedan subyacer entre denunciante y denunciado. Una de las características de las licencias urbanísticas es su carácter neutro, es decir, que se otorgan sin perjuicio de las situaciones o controversias jurídico-privadas, por lo que las eventuales diferencias entre las partes deben quedar al margen de la tramitación urbanística.

Por ello, esa administración municipal está obligada a iniciar y tramitar, en los plazos previstos en cada caso, los procedimientos establecidos para el ejercicio de las potestades de inspección, control y sancionadoras encomendadas.

- En ese caso, el artículo 221 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, señala el procedimiento para legalización de las actuaciones clandestinas. En el caso del procedimiento para legalizar las obras establece que, dentro del plazo de tres meses, deberá resolver y notificar esa decisión. En el caso de que se declare no legalizable la actuación deberán tomarse las medidas necesarias para restablecer la legalidad urbanística.

Por otro lado, las operaciones de restauración de la ordenación urbanística, respecto a las obras, están sujetas a los plazos de prescripción recogidos en el artículo 224 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

- Por su parte, la denuncia urbanística, en el ejercicio de la acción pública existente en materia de defensa de la legalidad urbanística en esta materia, debe implicar la tramitación de un expediente administrativo en los términos de la legislación urbanística conforme a las reglas previstas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.





En ese sentido, tras valorar las cuestiones denunciadas, el órgano competente debe considerar, de manera congruente con lo solicitado, la incoación del correspondiente expediente de disciplina urbanística o, en caso contrario, concluir con la resolución desestimatoria de la pretensión del solicitante.

Sin perjuicio de las actuaciones iniciadas por el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián, mencionadas en los antecedentes, es preciso recordar que las denuncias, peticiones u otras demandas presentadas por los particulares deben tramitarse hasta la completa restitución de la legalidad urbanística denunciadas, dentro de los términos previstos en la legislación urbanística.

- Conviene precisar que en el caso de la obras de derribo de un tabique exterior en la fachada y la integración del balcón en la vivienda A (...) ante la denuncia presentada, el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián debería haber comprobado e informado expresamente a través de sus servicios urbanísticos, si las obras denunciadas (tanto la sustitución del cierre existente del balcón como la retirada del tabique exterior y el incremento de la edificabilidad que esa obra conlleva), estaban amparadas por alguna licencia y, en su caso, si resultan adecuadas con las normas urbanísticas municipales.

En esos términos, el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián debería haber dado una respuesta expresa a la denuncia relativa a las obras ejecutadas en el tabique exterior, tal y como consta en el acta de inspección de 11 de julio de 2017, y al incremento de la edificabilidad dentro de los plazos previstos en la legislación urbanística.

- Hay que señalar que el artículo 31 del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia/San Sebastián señala, respecto a los criterios generales de cómputo de la edificabilidad física, que los espacios abiertos como balcones o terrazas computarán en el 50%. De ese modo, el cierre de esos espacios implica un incremento en la edificabilidad que debe ser debidamente analizado por el Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián respecto al cierre del balcón en la vivienda A (...).





Asimismo, la existencia de una obra de cierre del balcón realizada con anterioridad, aun la acreditación fehaciente del transcurso del plazo de cuatro años, no supondría en ningún caso su consolidación. Tal y como se señala en el artículo 224 de la Ley 2/2006, en su párrafo cuarto, tras el transcurso del plazo para la restauración de la ordenación urbanística, las obras realizadas quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación fijado en la legislación urbanística. En esos casos, cualquier acto posterior que implique su reforma, ampliación o consolidación, requerirá, si fuera posible la legalización, la previa aprobación de un proyecto de adecuación a la legalidad urbanística.

También se debe referir que las ordenes de ejecución, una vez dictadas y firmes en vía administrativa, son actos que deben ejecutarse, tal y como señala el artículo 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Es por ello por lo que la falta de ejecución de las órdenes de reposición conlleva el ejercicio irrenunciable de la potestad de disciplina para la restauración de la legalidad urbanística. En esos casos, el artículo 224.6 establece los mecanismos para garantizar su ejecución. La imposición de hasta diez sucesivas multas coercitivas por plazos de un mes, el traslado de testimonio al Ministerio Fiscal en el supuesto de existir indicios de que los hechos fueran constitutivos de delito de desobediencia. En todo caso, transcurrido el plazo para el cumplimiento voluntario derivado de la última multa coercitiva impuesta, *"la Administración actuante estará obligada a ejecutar subsidiariamente la reposición de la realidad física alterada, con cargo al infractor"*.

De ese modo, la disciplina urbanística y la potestad de inspección están indefectiblemente unidas al 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 último, respecto a la necesidad de hacer frente al problemática general de los cierres de balcones, es preciso señalar que la institución del Ararteko incorporó en su informe anual del año 2004 una recomendación general dirigida a los ayuntamientos vascos.





En esa resolución, la institución del Ararteko señalaba *“que los ayuntamientos deben utilizar los instrumentos de regulación de que disponen para hacer frente a esta situación, de tal manera que, mediante las ordenanzas de edificación u otros instrumentos reglamentarios que consideren pertinentes, regulen de manera específica, sobre este asunto, tras efectuar un análisis detallado de la realidad de su municipio”*.

A ese respecto cabe mencionar la reciente aprobación inicial de la Modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, el pasado 28 de febrero de 2019, en cuanto que afectará al cómputo de edificabilidad en el caso de los cierres de balcones en viviendas existentes. Según esa propuesta se permitirá la incorporación a las viviendas de una superficie de vuelos abiertos de 5 m² *“siempre que se garantice un tratamiento arquitectónico unitario y adecuado a la fachada del edificio”*.

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

El Ararteko recomienda al Ayuntamiento de Donostia/San Sebastián que, en aplicación de los trámites y plazos previstos en el artículo 221 y siguientes de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, dé una respuesta efectiva a las denuncias urbanísticas presentadas por la persona reclamante en relación con los cierres de balcón, con la retirada o sustitución del tabique exterior y el incremento de la edificabilidad que podría conllevar.

