

Expediente: C-53/2022 HF

Servicio de Asesoramiento Municipal e Intervención Urbanística

Municipio: CORBERA

Asunto: Licencia para vallado en parcela con edificación ilegal.

AJUNTAMENT DE CORBERA

PL. MAJOR, 16

46612 CORBERA

En fecha **05/08/2022** ha tenido entrada en el Servicio de Asesoramiento Municipal e Intervención Urbanística (SAMIU), de la Dirección General de Urbanismo (DGU), de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Movilidad (CPTOPM), escrito de **consulta** formulado por el ayuntamiento de CORBERA sobre **posibilidad de otorgar licencia de obras para vallado de parcela en una en la existe edificación sin licencia:**

Direcció General d' Urbanisme

Servici d'Assessorament Municipal i Intervenció Urbanística

Assumpte: **Consulta** sobre llicència de tancament finca rústica amb edificació preexistent al seu interior.

JORDI XAVIER VICEDO, Regidor d' Urbanisme de l'Ajuntament de Corbera, eleva la següent consulta a la Direcció General d'Urbanisme:

En aplicació de la vigent ordenança municipal se sol·licita llicència per a la col·locació de tanca perimetral de finca rústica classificada com a sòl no urbanitzable comú.

Segons les dades del cadastre, dita finca té una superfície aproximada de 4.430 m² i al seu interior ha una edificació, d'ús residencial, que ocupa una superfície de 128 m²s.

No consta que dita edificació s'haja construït amb llicència ni tampoc consta la instrucció de cap expedient de restauració de la legalitat urbanística.

Tampoc s'ha instat per la propietat el procediment de minimització d'impacte territorial.

L'informe tècnic és **desfavorable** per la raó següent: *La realització d'obres en una parcel·la en cas de construccions il·legals, no és sinó la culminació del procés edificador de la construcció il·lícita, pues queda al servei de la mateixa, consolidant el que ha estat il·legalment construït, la qual cosa contravé el tenor de l'Article 256 del DL 1/2021 TRLOTUP.*

En l'esmentat informe tècnic es fa menció al Dictamen del Consell Jurídic Consultiu núm. 99/20015 de 12 de febrer de 2015, còpia del qual s'adjunta.

Contra la denegació de la llicència s'ha interposat **recurs de reposició** en el qual es qüestiona l'informe tècnic, al considerar que l'obra de tancament de la parcel·la no pot considerar-se com un acte de consolidació de l'edificació existent

ANTECEDENTES DE HECHO

Único. Se tienen por reproducidos los obrantes en el escrito de consulta.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PREVIA. La documentación remitida por el consultante es escueta e incompleta, pues ni se ha aportado entero el Dictamen del CJCCV que se invoca ni, tampoco, el recurso de reposición al que se efectúa referencia. Dicha parquedad documental obliga a que la respuesta a la consulta efectuada se sitúe más en el plano teórico que en el del supuesto de hecho concreto que da lugar a la consulta, pero sin que ello reste valor al contenido de las Consideraciones que siguen a los efectos de resolución del mismo; máxime en lo relativo a deslindar/diferenciar el derecho de cualquier propietario de suelo al vallado de su finca del ejercicio de las potestades de los municipios en materia de protección de la legalidad urbanística.

Por otra parte, no constituye objeto del presente informe pronunciarse respecto de si el cerramiento/vallado de una parcela precisa de autorización de la administración (ya sea *ex ante* o *ex post*), exigencia que nadie discute y que, a nivel normativo, consagra el artículo 233.1.e) TRLOTUP² al establecer que está sujeto a declaración responsable el vallado de parcelas. De este modo, las consideraciones que siguen tienen por objeto fundamentar/motivar si la existencia de edificación sin licencia comporta, ineludiblemente, la obligación de la administración actuante de negar la autorización para el vallado de la parcela.

PRIMERA. El derecho del propietario al cerramiento de su finca mediante el vallado de la misma lo reconoce el artículo 388 CC³ español, tratándose de un derecho de hondo arraigo en la sociedad española y respecto del que existe doctrina jurisprudencial unánime sobre su carácter primario y cuya interdicción o matización exige de respaldo legal debidamente fundamentado.

Sobre esta cuestión se ha planteado la posibilidad, a partir de la “función social” inherente al derecho de propiedad⁴, de condicionar su ejercicio en atención a dicho determinante; pero sin que el condicionado que se imponga pueda ser de tal grado que vacíe su contenido o desvirtúe su ejercicio. La doctrina jurisprudencial al respecto es unánime y reiterada, habiéndose postulado la STC⁵ n.º 148/1991, de 4 de julio (recurso de inconstitucionalidad n.º 982/1985) en el sentido expuesto, al afirmar que ni la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas ni la reglamentaria propia de las administraciones locales pueden vaciar de contenido el derecho de los propietarios al cerramiento de su parcela a partir de consideraciones de índole “social” -aún amparadas por norma legal o reglamentaria- si no se demuestra, de forma clara e indubitable, la existencia de un **nexo causal** entre la función social invocada y la necesidad de impedir el ejercicio del citado derecho.

El Tribunal Supremo (TS) se ha pronunciado en este sentido en numerosas ocasiones. Por todas, así lo ha expresado su conocida sentencia de 04/02/2008:

“...es lo cierto que las disposiciones del Código Civil que invoca la recurrente no pueden ser ignoradas; **ni cabe tachar sin más de ser contrario a la función social de la propiedad el ejercicio del derecho a cercar o cerrar las heredades** que el artículo 388 del citado Código reconoce al propietario. No se cuestiona aquí que el ejercicio de ese derecho está sujeto a licencia, pero partiendo de que el mencionado derecho al vallado de las fincas cuenta con el sustento indudable del Código Civil, **las restricciones que a tal derecho se impongan en los instrumentos de planeamiento urbanístico han de contar también con el adecuado respaldo legal.**

Doctrina extendida, asimismo, a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas. Por todas, la sentencia del TSJCM⁶, de 16/12/1998 (recurso 1998/4613) ya afirmó:

“...partiendo del hecho de que la solicitud de licencia que nos ocupa se refiere a la instalación de una valla metálica, la doctrina del Tribunal Supremo se ha venido manifestando en el sentido de que (...) ante la duda (...) **hay que inclinarse por el derecho de todo propietario a cercar sus fincas por sus límites que establece el artículo 388 del Código Civil**”.

(...)

“La naturaleza jurídica de la licencia estriba en un simple acto de autorización en cuanto que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el administrado, y además **es de carácter reglado**, en cuanto **para decidir su otorgamiento, la Administración carece de libertad, puesto que ha de ceñirse rigurosamente a la normativa establecida**, normalmente la Ley y Ordenanza vigente en el momento de iniciación del expediente, sin que puedan exigirse otros requisitos distintos de las en ellas prevenidos (...) En el supuesto de que un particular defienda como tesis la obtención de tal licencia, **es la Administración la que debe demostrar en el proceso la ilegalidad, ya que la normativa establece la presunción “iuris tantum” a favor del Administrado**, que ostenta “prima facie” una titularidad dominical acreditada en un documento público y fehaciente.”

De este modo, la naturaleza primaria del derecho al cerramiento de parcela junto con el **carácter reglado propio de las procedimientos de otorgamiento de licencia** exigen de la administración que una eventual denegación del otorgamiento de licencia tenga que ser justificada a partir de una ilegalidad impeditiva que, forzosamente, se configure como nexo causal y cuya **carga probatoria** corresponde a la administración tramitante; nexo causal que, por otra parte y visto lo dicho, no puede predicarse respecto de la ontología del derecho al cerramiento sino de las condiciones de su ejercicio. En otras palabras: admitida la legitimidad de la administración para regular el derecho de cerramiento (en términos de forma y modo en que ha de llevarse a cabo)² las objeciones a su autorización únicamente podrán provenir de la normativa que condicione su ejercicio, sin que en ningún caso pueda admitirse denegación de su autorización por causa al margen de aquella.

SEGUNDA. Planteada la cuestión en los términos expuestos, procede seguidamente pronunciarse respecto de la legalidad de la denegación del cerramiento objeto de consulta a partir de la justificación utilizada por el ayuntamiento para motivarla. Ya de entrada ha de adelantarse que dicha motivación resulta insuficiente, pues -tal como tiene acreditado la doctrina jurisprudencial invocada en la Consideración anterior- el procedimiento de otorgamiento de licencia para cerramiento de parcela no es el adecuado para resolver otros asuntos o cuestiones urbanísticas ajenas al cerramiento en sí mismo considerado. Así resulta, entre otras, de la sentencia del TSJM³ de 25/01/2005 (JUR 2005/110282), que anula una denegación de licencia de cerramiento de parcela que no había efectuado cesiones en una actuación urbanística) o de la del TSJCL³ de 17/01/2003 (JUR 2003/114716) en parecido sentido; y, sobretodo, de la STS^{3a} de 17/07/1987 (RJ 1987/7518):

“La edificación, entendida estrictamente, implica una construcción que prefigura, más o menos concretamente, un cierto uso del suelo. Puede considerarse como un ejercicio *ad intra* y directo de la facultad de goce del propietario, que opera sobre el terreno comprendido dentro de unos linderos. En cambio **el cercado o vallado del terreno es una manifestación del *ius excludendi alios* integrando así un ejercicio *ad extra* del dominio cuya virtualidad no implica un aprovechamiento. Y el diferente contenido de ambos conceptos justifica un distinto tratamiento urbanístico**. Así las cosas, la alegada inedificabilidad del terreno a la previsión para el mismo de un uso industrial, podrían justificar, sí, la denegación de una licencia de edificación en sentido estricto, pero **no impiden su vallado o cercado dado que éste ni constituye edificación ni proyecta un cierto uso del suelo**”.

El “distinto tratamiento urbanístico” al que se refiere la dicción de la sentencia parcialmente transcrita excluye la posibilidad de que el procedimiento de licencia de cerramiento puede utilizarse para resolver cuestiones **exógenas** al mismo, tal como pretende -y confiesa- el ayuntamiento consultante al afirmar que la denegación de la licencia obedece a la existencia, en la parcela de una construcción sin licencia; puesto que, de autorizarse el cerramiento solicitado, se “...consolidaría el que ha estat il.legalment construït, la qual cosa contravé el tenor de l'article 256 TRLOTUP”.

De suerte que el ayuntamiento, lo que en realidad está haciendo, es intentar proteger la legalidad urbanística a través un procedimiento distinto a los previstos en el Capítulo II del Título Único del Libro III TRLOTUP, específicamente diseñados para dicha finalidad protectora. Tuvo ocasión el ayuntamiento consultante de utilizar dichos procedimientos pero, por lo que parece, **no lo hizo** (y a nadie más son imputables las consecuencias de su inacción, de su *culpa in vigilando*, que a él mismo); lo que, en definitiva, compromete aún más su intento de utilizar un procedimiento totalmente ajeno a los de protección de la legalidad para preocuparse -tarde- por ésta. En ese sentido, su argumento de “consolidación de una ilegalidad” pierde toda solidez si, como pretende, intenta evitar dicha consolidación cometiendo él mismo otra ilegalidad; pues, como afirma la sentencia transcrita *ut supra*, nada tiene que ver el vallado con el aprovechamiento urbanístico materializado en la parcela de forma presuntamente ilegal. Por otra parte, la invocación al contenido del artículo 256 TRLOTUP carece de sentido en tanto las obras solicitadas -las de cerramiento- no figura entre las proscritas por dicho precepto: las de reforma, ampliación o **consolidación**¹³ de lo ilegalmente construido; resultando de ello la inaplicabilidad de la norma al supuesto objeto de consulta.

Finalmente corresponde efectuar comentario en relación al Dictamen del CJCCV¹² aportado por el ayuntamiento consultante. Más allá de que el **orden prelativo de las fuentes del derecho**¹³ sitúe a la Jurisprudencia por encima de lo dictaminado por el órgano consultivo de la Comunidad Valenciana (deviniendo de dicha prelación su irrelevancia a los efectos de responder la consulta), es el propio contenido argumentativo del Dictamen el que, por su **reduccionismo**, impide tomarlo en consideración; especialmente en tanto ignora la doctrina jurisprudencial aquí transcrita (pues debió conocerla y comentarla por ser muy anterior a la fecha del Dictamen) y ni presenta ni aporta argumento alguno que refute lo argumentado por el Tribunal Supremo, **sin que justifique el nexa causal** existente el cerramiento y las proscipciones del artículo 237 LRAU (hoy 256 TRLOTUP); nexa que, como ya se ha demostrado en el párrafo anterior, simplemente no existe, pues **no puede admitirse una interpretación extensiva del concepto “obras de consolidación”** que ampare las de cerramiento como parte de las de edificación, pues ello repugna el carácter reglado que debe presidir el procedimiento de licencia de cerramiento. En cualquier caso, resulta altamente preocupante la ligereza con la que el citado órgano consultivo parece, con su Dictamen, empujar a los ayuntamientos a incurrir en **desviación de poder** y, por ende, en causa de anulabilidad¹⁴ para las resoluciones que instrumenten potestades públicas propias de otros procedimientos para ser ejercidas en procedimiento distinto al legalmente establecido para el desarrollo de aquellas¹⁵. La inacción municipal en el ejercicio de sus potestades de protección de la legalidad urbanística, no puede solucionarla el ayuntamiento consultante mediante la espúrea utilización del procedimiento de licencia para cerramiento de parcela que efectúa.

Como añadido, se recuerda al ayuntamiento que la legislación valenciana recoge un procedimiento específico de regularización de viviendas en Suelo no Urbanizable, respecto de las que ha transcurrido el plazo para el ejercicio de la potestad de restauración de la legalidad urbanística: la minimización de impactos ambientales y territoriales (art. 228 a 231 TRLOTUP). Se recomienda a esa corporación que estudie la posibilidad de tramitar uno de los procedimientos de minimización (individualizada o colectiva) en orden a regularizar la situación urbanística de la edificación de referencia.

CONCLUSIONES

ÚNICA. No puede ampararse una denegación de licencia para cerramiento de parcela a partir de la invocación del artículo 256 TRLOTUP, pues -como se afirma en las Consideraciones del presente informe- las obras proscritas por dicha norma no incluyen las de vallado de la parcela en la que exista una edificación ilegal para la que haya prescrito la acción de restauración de la legalidad urbanística.

Respecto de la contestación de esta consulta, el artículo 5.7 del Decreto 8/2016, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de los Órganos Territoriales y Urbanísticos de la Generalitat, establece, entre las atribuciones de esta Dirección General, la de “evacuar (previos los informes técnicos o, incluso, dictamen del órgano urbanístico o territorial de la Generalitat que se considere oportuno) las consultas que, en cuestiones de planificación o legislación urbanística y de ordenación del territorio, o su aplicación, le formulen los ayuntamientos o entidades del sector público de la Comunitat Valenciana. **Las consultas, en ningún caso, tendrán carácter vinculante**”.

Por otro lado, se le informa de que, con el fin de que sean accesibles por cualquier persona y sirvan de ayuda a los municipios en su labor de aplicación de la legislación urbanística, las contestaciones de la Dirección General de Urbanismo a consultas efectuadas por Ayuntamientos a partir del año 2020, se publican en la web de la Conselleria en la siguiente dirección:

<http://politicaterritorial.gva.es/es/web/urbanismo/consultes-presentades-per-ajuntaments>

EL DIRECTOR GENERAL DE URBANISMO

¹Entrada en registro general de la CPTOPM en fecha 02/08/2022.

²Decreto Legislativo 1/2001, de 18 de junio, del Consell, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje.

³Código Civil, artículo 388: **Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades** por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas.

⁴Véase artículo 33.2 Constitución Española: 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. **La función social de estos derechos delimitará su contenido**, de acuerdo con las leyes. (...).

⁵Sentencia del Tribunal Constitucional.

⁶Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

⁷Por ejemplo: pueden los ayuntamientos, mediante ordenanza, regular las características del vallado; de tal modo que, en según que emplazamientos, no se admita valla metálica; debiendo el vallado materializarse mediante seto vegetal.

⁸Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

⁹Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

¹⁰Sentencia del Tribunal Supremo.

¹¹El concepto de **obras de consolidación** ha sido acotado jurisprudencialmente refiriéndose a **aquellas que tienen por objeto el afianzamiento, refuerzo o relevo de elementos dañados para asegurar la estabilidad del edificio, con posibles alteraciones menores de su estructura y distribución**, siempre que no estén incluidas en las **obras** de reestructuración parcial o total del conjunto del edificio. Así resulta de la sentencias del TS de 08/06/1998 (RC 6387/1992) y 21/05/1999 (RC 3346/1993) entre otras.

¹²Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana.

¹³Véase artículo 1.6 del Código Civil.

¹⁴Véase artículo 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁵Véase artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Se entiende por **desviación de poder** el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.