

Servei d'Assessorament Municipal i Intervenció Urbanística

Expedient: C-53/2022 HF

Municipi: CORBERA

Assumpte: Llicència per a tanca en parcel·la amb edificació il·legal.

AJUNTAMENT DE CORBERA

PL. MAJOR, 16
46612 CORBERA

En data **05/08/2022** ha tingut entrada en el Servei d'Assessorament Municipal i Intervenció Urbanística (SAMIU) de la Direcció General d'Urbanisme (DGU) de la Conselleria de Política Territorial, Obres Públiques i Mobilitat (CPTOPM) un escrit de **consulta** formulat per l'Ajuntament de Corbera sobre la **possibilitat d'atorgar llicència d'obres per al tancament d'una de parcel·la en una edificació sense llicència**:

Direcció General d'Urbanisme

Servei 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 hi 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.

ANTECEDENTS DE FET

Únic. Es tenen per reproduïts els que figuren en l'escrit de consulta.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRÈVIA. La documentació remesa pel consultant és concisa i incompleta, perquè ni s'ha aportat sencer el Dictamen del CJCCV que s'invoca ni, tampoc, el recurs de reposició al qual es fa referèn-

cia. Aquesta parquedat documental obliga a situar la resposta a la consulta efectuada més en el pla teòric que en el del supòsit de fet concret que dona lloc a la consulta, però sense que això reste valor al contingut de les consideracions següents a l'efecte de resoldre'l, màximament pel que fa a delimitar/diferenciar el dret de qualsevol propietari de sòl al tancament de la seua finca de l'exercici de les potestats dels municipis en matèria de protecció de la legalitat urbanística.

D'altra banda, no constitueix objecte del present informe pronunciar-se respecte de si el tancament d'una parcel·la necessita autorització de l'Administració (ja siga *ex ante* o *ex post*), exigència que ningú discuteix i que, normativament, consagra l'article 233.1.e del TRLOTUP² quan estableix que està subjecte a declaració responsable el tancament de parcel·les. D'aquesta manera, les consideracions següents tenen per objecte fonamentar/motivar si l'existència d'edificació sense llicència comporta, ineludiblement, l'obligació de l'Administració actuant de negar l'autorització per al tancament de la parcel·la.

PRIMERA. El dret del propietari al tancament de la seua finca mitjançant una tanca el reconeix l'article 388 de CC³ espanyol, i es tracta d'un dret de profund arrelament en la societat espanyola i respecte del qual hi ha doctrina jurisprudencial unànime sobre el seu caràcter primari, i la interdicció o la matisació del qual exigeix un suport legal degudament fonamentat.

Sobre aquesta qüestió s'ha plantejat la possibilitat, a partir de la "funció social" inherent al dret de propietat,⁴ de condicionar el seu exercici a aquest determinant, però sense que el condicionament que s'impose pugua ser d'un grau que buide el seu contingut o desvirtue el seu exercici. La doctrina jurisprudencial sobre aquest tema és unànime i reiterada: l'STC⁵ núm. 148/1991, de 4 de juliol (recurs d'inconstitucionalitat núm. 982/1985), s'ha postulat en el sentit exposat, afirmant que ni la potestat legislativa de les comunitats autònomes ni la reglamentària pròpia de les administracions locals poden buidar de contingut el dret dels propietaris al tancament de la seua parcel·la a partir de consideracions d'índole "social" –fins i tot emparades per norma legal o reglamentària– si no es demostra, de manera clara i indubtable, l'existència d'un **nexe causal** entre la funció social invocada i la necessitat d'impedir l'exercici del dret esmentat.

El Tribunal Suprem (TS) s'ha pronunciat en aquest sentit en nombroses ocasions. Per totes, així ho ha expressat la seua coneguda Sentència de 04/02/2008:

"...és la veritat que les disposicions del Codi Civil que invoca la recurrent no poden ser ignorades; **ni cal titular sense més de ser contrari a la funció social de la propietat l'exercici del dret a encerclar o tancar les heretats** que l'article 388 de l'esmentat Codi reconeix al propietari. No es qüestiona ací que l'exercici d'aquest dret està subjecte a llicència, però partint que l'esmentat dret al tancament de les finques compta amb el suport indubtable del Codi Civil, **les restriccions que a aquest dret s'imposen en els instruments de planejament urbanístic han de comptar també amb l'adequat suport legal**.

Doctrina estesa, així mateix, a la jurisprudència dels tribunals superiors de les comunides autònomes. Per totes, la sentència del TSJCM⁶ de 16/12/1998 (recurs 1998/4613) ja va afirmar:

"...partint del fet que la sol·licitud de llicència que ens ocupa es refereix a la instal·lació d'una tanca metàl·lica, la doctrina del Tribunal Suprem s'ha manifestat en el sentit que (...) davant del dubte (...) **cal inclinar-se pel dret de tot propietari a encerclar les seues finques pels seus límits que estableix l'article 388 del Codi Civil**".

(...)

"La naturalesa jurídica de la llicència consisteix en un simple acte d'autorització en la mesura que remou els obstacles que s'oposen al lliure exercici d'un dret del qual ja és titular l'administrat, i a més **és de caràcter reglat**, perquè **per a decidir-ne l'atorgament l'Administració manca de llibertat, ja que ha de cenyir-se rigorosament a la normativa establida**, normalment la llei i ordenança vigent en el moment d'iniciació de l'expedient, sense que puguin exigir-se altres requisits diferents dels que s'hi preveuen (...) En el cas que un particular defense com a tesi l'obtenció d'aquesta llicència, **és l'Administració la que ha de demostrar en el procés la il·legalitat, ja que la**

normativa estableix la presumpció *ius tantum a favor de l'administrat*, que posseeix *prima facie* una titularitat dominical acreditada en un document públic i feient."

D'aquesta manera, la naturalesa primària del dret al tancament de parcel·la, juntament amb el **caràcter reglat propi dels procediments d'atorgament de llicència**, exigeixen de l'Administració que una eventual denegació de l'atorgament de llicència haja de ser justificada a partir d'una il·legalitat impeditiva que, forçosament, es configure com a nexa causal i la **càrrega probatòria de la qual** correspon a l'administració tramitant; nexa causal que, d'altra banda i vist el que s'ha dit, no pot predicar-se respecte de l'ontologia del dret al tancament, sinó de les condicions del seu exercici. En altres paraules: admesa la legitimitat de l'Administració per a regular el dret de tancament (en termes de la manera en què ha de dur-se a terme),² les objeccions a la seua autorització únicament podran provindre de la normativa que condicione el seu exercici, sense que en cap cas pugua admetre's una denegació de la seua autorització per una causa al marge d'aquella.

SEGONA. Plantejada la qüestió en els termes exposats, correspon seguidament pronunciar-se respecte de la legalitat de la denegació del tancament objecte de consulta a partir de la justificació utilitzada per l'Ajuntament per a motivar-la. Ja d'entrada ha d'avançar-se que aquesta motivació resulta insuficient, perquè –tal com acredita la doctrina jurisprudencial invocada en la consideració anterior– el procediment d'atorgament de llicència per a tancament de parcel·la no és l'adequat per a resoldre altres assumptes o qüestions urbanístics aliens al tancament en si mateix considerat. Així es desprén, entre altres, de la Sentència del TSJM³ de 25/01/2005 (JUR 2005/110282), que anul·la una denegació de llicència de tancament de parcel·la que no havia efectuat cessions en una actuació urbanística, o de la del TSJCL⁴ de 17/01/2003 (JUR 2003/114716), en un sentit semblant, i, sobretot, de l'STS¹⁰ de 17/07/1987 (RJ 1987/7518):

"L'edificació, entesa estrictament, implica una construcció que prefigura, més o menys concretament, un cert ús del sòl. Pot considerar-se com un exercici *ad intra* i directe de la facultat de gaudi del propietari, que opera sobre el terreny comprés dins d'unes fites. En canvi **el tancament del terreny és una manifestació del *ius excludendi alios*, i integra així un exercici *ad extra* del domini la virtualitat del qual no implica un aprofitament. L'el diferent contingut dels dos conceptes justifica un diferent tractament urbanístic**. Així les coses, l'al·legada inedificabilitat del terreny a la previsió per a aquest d'un ús industrial podria justificar, sí, la denegació d'una llicència d'edificació en sentit estricte, però **no impedeix el seu tancament, atés que aquest ni constitueix edificació ni projecta un cert ús del sòl**".

El "diferent tractament urbanístic" al qual es refereix la dicció de la sentència parcialment transcrita exclou la possibilitat que el procediment de llicència de tancament pugua utilitzar-se per a resoldre qüestions **exògenes** a aquest, tal com pretén –i confessa– l'ajuntament consultant quan afirma que la denegació de la llicència obeeix a l'existència en la parcel·la d'una construcció sense llicència; ja que, si s'autoritza el tancament sol·licitat, es "...consolidaria el que ha sigut il·legalment construït, la qual cosa contravé el tenor de l'article 256 del TRLOTUP".

De manera que l'Ajuntament el que en realitat està fent és intentar protegir la legalitat urbanística a través un procediment diferent dels previstos en el capítol II del títol únic del llibre III del TRLOTUP, específicament dissenyats per a aquesta finalitat protectora. L'ajuntament consultant va tindre l'ocasió d'utilitzar aquests procediments però, pel que sembla, **no ho va fer** (i a ningú més són imputables les conseqüències de la seua inacció, de la seua *culpa in vigilando*, que a ell mateix); fet que, en definitiva, compromet encara més el seu intent d'utilitzar un procediment totalment alié als de protecció de la legalitat per a preocupar-se –tard– per aquesta. En aquest sentit, el seu argument de "consolidació d'una il·legalitat" perd tota solidesa si, com pretén, intenta evitar aquesta consolidació cometent ell mateix una altra il·legalitat; perquè, com afirma la sentència transcrita *ut supra*,

res té a veure el tancament amb l'aprofitament urbanístic materialitzat en la parcel·la de forma presumptament il·legal. D'altra banda, la invocació al contingut de l'article 256 del TRLOTUP manca de sentit en la mesura que les obres sol·licitades –les de tancament– no figuren entre les proscriptes per aquest precepte: les de reforma, ampliació o **consolidació**¹¹ d'allò que s'ha construït il·legalment, de la qual cosa resulta la inaplicabilitat de la norma al supòsit objecte de consulta.

Finalment correspon efectuar un comentari en relació al Dictamen del CJCCV¹² aportat per l'ajuntament consultant. Més enllà que l'**ordre prelatiu de les fonts del dret**¹³ situe la jurisprudència per damunt d'allò que ha dictaminat l'òrgan consultiu de la Comunitat Valenciana (i d'aquesta prelatió prové la seua irrellevància a l'efecte de respondre la consulta), és el mateix contingut argumentatiu del dictamen el que, pel seu **reduccionisme**, impedeix prendre'l en consideració; especialment perquè ignora la doctrina jurisprudencial ací transcrita (ja que havia de conèixer-la i comentar-la per ser molt anterior a la data del dictamen) i no presenta ni aporta cap argument que refute els arguments del Tribunal Suprem, **sense que justifique el nexa causal** existent entre el tancament i les proscripcions de l'article 237 de l'LRAU (hui 256 del TRLOTUP); nexa que, com ja s'ha demostrat en el paràgraf anterior, simplement no existeix, perquè **no pot admetre's una interpretació extensiva del concepte "obres de consolidació"** que empare les de tancament com a part de les d'edificació, pel fet que això repugna al caràcter reglat que ha de presidir el procediment de llicència de tancament. En qualsevol cas, resulta altament preocupant la lleugeresa amb què l'esmentat òrgan consultiu sembla, amb el seu dictamen, espantar els ajuntaments a incórrer en **desviació de poder** i, per tant, en causa d'anul·labilitat¹⁴ per a les resolucions que instrumenten potestats públiques pròpies d'altres procediments per a ser exercides en un procediment diferent del legalment establert per al desenvolupament d'aquelles.¹⁵ La inacció municipal en l'exercici de les seues potestats de protecció de la legalitat urbanística no pot solucionar-la l'ajuntament consultant mitjançant l'espúria utilització del procediment de llicència per a tancament de parcel·la que efectua.

Com a afegit, es recorda a l'Ajuntament que la legislació valenciana recull un procediment específic de regularització d'habitatges en sòl no urbanitzable respecte dels quals ha transcorregut el termini per a l'exercici de la potestat de restauració de la legalitat urbanística: la minimització d'impactes ambientals i territorials (art. 228 a 231 del TRLOTUP). Es recomana a aquesta corporació que estudeie la possibilitat de tramitar un dels procediments de minimització (individualitzada o col·lectiva) amb vista a regularitzar la situació urbanística de l'edificació de referència.

CONCLUSIONS

ÚNICA. No pot emparar-se una denegació de llicència per a tancament de parcel·la a partir de la invocació de l'article 256 del TRLOTUP, perquè –com s'afirma en les consideracions del present informe– les obres proscriptes per aquesta norma no inclouen les de tancament de la parcel·la on hi haja una edificació il·legal per a la qual haja prescrit l'acció de restauració de la legalitat urbanística.

Respecte de la contestació d'aquesta consulta, l'article 5.7 del Decret 8/2016, del Consell, pel qual s'aprova el Reglament dels òrgans territorials i urbanístics de la Generalitat, estableix, entre les atribucions d'aquesta direcció general, la d'"evacuar (amb els previs informes tècnics o, fins i tot, dictamen de l'òrgan urbanístic o territorial de la Generalitat que es considere oportú) les consultes que, en qüestions de planificació o legislació urbanística i d'ordenació del territori, o la seua aplicació, li formulen els ajuntaments o entitats del sector públic de la Comunitat Valenciana. **Les consultes, en cap cas, tindran caràcter vinculant**".

D'altra banda, se l'informa que, amb la finalitat que siguen accessibles per a qualsevol persona i servisquen d'ajuda als municipis en la seua labor d'aplicació de la legislació urbanística, les respos-

tes de la Direcció General d'Urbanisme a consultes efectuades per ajuntaments a partir de l'any 2020 es publiquen en la web de la Conselleria en l'adreça següent:

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

EL DIRECTOR GENERAL D'URBANISME

¹Entrada en registre general de la CPTOPM en data 02/08/2022.

²Decret legislatiu 1/2001, de 18 de juny, del Consell, d'aprovació del text refós de la Llei d'ordenació del territori, urbanisme i paisatge.

³Codi Civil, article 388: "**Tot propietari podrà tancar o encercar les seues heretats** per mitjà de parets, rases, tanques vives o mortes, o de qualsevol altra manera, sense perjudici de les servituds constituïdes sobre aquestes."

⁴Vegeu l'article 33.2 Constitució Espanyola: "1. Es reconeix el dret a la propietat privada i a l'herència. 2. **La funció social d'aquests drets delimitarà el seu contingut**, d'acord amb les lleis. (...)."

⁵Sentència del Tribunal Constitucional.

⁶Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa.

⁷Per exemple: poden els ajuntaments, mitjançant una ordenança, regular les característiques del tancament; de tal manera que, en segons quins emplaçaments, no s'admeta una tanca metàl·lica, i el tancament haja de materialitzar-se mitjançant una tanca vegetal.

⁸Tribunal Superior de Justícia de Madrid.

⁹Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó.

¹⁰Sentència del Tribunal Suprem.

¹¹El concepte d'**obres de consolidació** ha sigut delimitat jurisprudencialment referint-se a **aquelles que tenen per objecte el finançament, el reforç o el relleu d'elements danyats per a assegurar l'estabilitat de l'edifici, amb possibles alteracions menors de la seua estructura i distribució**, sempre que no estiguen incloses en les **obres** de reestructuració parcial o total del conjunt de l'edifici. Així resulta de les sentències del TS de 08/06/1998 (RC 6387/1992) i 21/05/1999 (RC 3346/1993), entre altres.

¹²Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana.

¹³Vegeu l'article 1.6 del Codi Civil.

¹⁴Vegeu l'article 48.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

¹⁵Vegeu l'article 70.2 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa: s'entén per **desviació de poder** l'exercici de potestats administratives per a fins diferents dels fixats per l'ordenament jurídic.