

Resolución del Diputado del Común por la que se remite al Ministerio Fiscal informe sobre posibles ilícitos penales detectados en la tramitación de la queja Q14/782.

Q14/782: Resolución del Diputado del Común por la que se remite al Ministerio Fiscal informe sobre posibles ilícitos penales detectados en la tramitación de la queja, tales como estafa inmobiliaria, falsedad documental y prevaricación administrativa, entre otros.

Ilmo. Sr. Fiscal Jefe:

Nos dirigimos a V.I. en relación con el expediente de queja que se tramita en esta Defensoría con la referencia EQ-0782/2014, para poner en conocimiento del Ministerio Público los siguientes hechos, los cuales pudieren incardinarse en algunas figuras delictivas.

Dado que el art. 32 de la Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común, intitulado, denuncia de hechos presuntamente delictivos, establece:

"Cuando el Diputado del Común, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta presumiblemente delictiva, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal."

Por ello, le evaquo el siguiente informe, como resumen de parte de lo actuado hasta la fecha en la queja:

I.- En junio de 2014, el ciudadano-promotor de la queja (...), EQ-0782/2014, acudió a esta Institución denunciando la inactividad, formal y material, de los responsables de la Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Telde, así como también, que se le había transmitido un inmueble de forma irregular, quejándose, además, que el Notario autorizante de la escritura pública de compraventa de su inmueble no le había protegido como consumidor y usuario y denunciando, además, una presunta estafa inmobiliaria.

II.- Con fecha de (...)/07/2014, el interesado en el EQ-0782/2014 presentó la ampliación de datos solicitada por la Diputación del Común, con el fin de realizar la tramitación de la oportuna investigación, consistente en la copia simple de la escritura pública autorizada por el Notario don Guillermo Croissier Naranjo, para el protocolo de don Pedro Javier Viñuela Sandoval, de (...) de julio de 2008 nº (...).

III.- Admitida la queja a trámite, el (...)/09/2014 se solicitó, de forma nominativa, al Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Telde que informara sobre el procedimiento de Disciplina Urbanística expte. (...)/**2008**, tanto de su tramitación como de su estado, en ese momento, con solicitud de copia debidamente foliada y compulsada.

IV.- El día (...)/10/2014, tuvo entrada en el Diputado del Común un informe

del Jefe de los Servicios de Urbanismo del citado ayuntamiento, comunicando un informe jurídico sobre los trámites seguidos en el procedimiento de Disciplina Urbanística expte nº (...)/2008, sin que se acompañara la copia compulsada solicitada del expediente administrativo y sin explicación alguna al respecto.

V.- Con fecha de (...)/10/2014, el promotor de la queja nos realizó una ampliación de datos consistente en la Orden de Demolición de parte del inmueble adquirido por él, mediante la escritura pública antes referenciada, inmueble que constituye su vivienda.

VI.- Mediante oficio de (...)/11/2014 de esta Defensoría, se solicitó al Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Telde que explicara las notificaciones realizadas en el procedimiento de Disciplina Urbanística, (sancionador) dado que había caducado varias veces y su tramitación había sufrido demoras más allá de cualquier plazo razonable.

VII.- El (...)/12/2014 se recibió el informe municipal requerido en el punto anterior.

VIII.- Trasladado la anterior información municipal al interesado para que lo conociera y efectuara las alegaciones oportunas, con fecha de abril, julio y noviembre del año 2015, fue realizando varias aportaciones y ampliaciones de datos al expediente de queja.

IX.- Por lo anterior, en noviembre de 2015 esta Institución solicitó información complementaria al nuevo Concejal de Urbanismo, comprensiva de:

Al objeto de continuar con la tramitación de la misma, rogamos se remita informe en el que se explique cómo es posible que no se ha podido notificar los actos administrativos correspondientes al representante de la mercantil (...) SL, cuando el mismo es funcionario de ese Ayuntamiento, así como las razones de ello, la relación de los responsables de dicha gestión.

Igualmente, interesa al Diputado del Común que nos trasladen copia debidamente compulsada del Acta de Replanteo de la Obra; nos indiquen el funcionario que acudió a la incoacción, o, en su defecto, que nos trasladen copia debidamente autenticada de la solicitud del promotor informando del comienzo de las obras, que como dice el art. 221 del Reglamento de Gestión y Ejecución del Sistema de Planeamiento de Canarias, (aprobado por Decreto 183/2004, de 21 de diciembre) establece con claridad los responsables de los trámites y las gestiones a realizar, que dispone:

El comienzo de cualesquiera obras o usos al amparo de una licencia requerirá, en todo caso, comunicación previa al Ayuntamiento con al menos diez días de antelación, a la que se adjuntará el correspondiente proyecto de ejecución si la solicitud de licencia se hubiera presentado acompañada de un proyecto básico.

Si en el plazo de diez días desde la comunicación no se hubiere personado un representante de los servicios técnicos municipales a efectos de señalar las alineaciones y rasantes, podrá levantarse el acta de replanteo, firmada

por el promotor, técnicos directores y en su caso, la empresa constructora, e iniciarse las obras.

X.- Vencido el plazo para contestar a la información requerida en el apartado anterior, en enero de 2016 se le recordó, al Concejal de Urbanismo municipal, su deber legal de colaborar con las investigaciones del Diputado del Común, requiriéndole para que se remitiera la información solicitada sin más dilación.

XI.- El (...)/01/2016 y (...)/03/2016, tuvieron entrada sendos informes del Ayuntamiento de Telde, relativos a la petición de información referida en el apartado anterior.

XII.- En Mayo de 2016, visto lo investigado hasta esa fecha, se solicitó la siguiente información al ayuntamiento:

Se agradece la remisión de informe de ese ayuntamiento, al tiempo que solicitamos conocer, en relación con lo que nos ha trasladado de la Jefa de Servicio de Urbanismo, registrado de salida del servicio el (...)/01/2016 y nº (...), quién es la persona física Administradora de la mercantil (...) S.L. a la que se le dirigieron las notificaciones del procedimiento sancionador sin éxito.

Asimismo, dado que a la pregunta de la documentación de la preceptiva Acta de Replanteo de la obra que invade parcialmente el dominio público de la carretera, se nos ha respondido que no existe, nos deben de comunicar la relación nominativa de los responsables de la tramitación de la licencia de obras concedida, así como de las medidas disciplinarias a tomar por la omisión de ese requisito que es de obligado cumplimiento.

Igualmente, para el funcionario (...), relacionada con la mercantil (...) SL, que nos informen cómo le notifican las nóminas mensuales y en qué lugar, así como, de la compatibilidad que tiene para ejercer su profesión fuera del ayuntamiento.

XIII.- El (...)/06/2016 tuvo entrada el informe municipal dando respuesta al apartado anterior.

XIV.- Dado el estado de tramitación de la queja, con fecha de (...)/07/2016 se remitió una Resolución de esta Defensoría al Concejal de Gobierno del Ayuntamiento de Telde, en los siguientes términos.

<<(…)

De la documentación recibida, acompañada de dos informes: el del Jefe de Servicio de la Dependencia de Personal, (fechado el (...)/06/2016 y REF: (...), Ngdo: Personal) y el de la Jefa de los Servicios de Urbanismo, de (...)/06/2016, (referencias: Sección, Disciplina urbanística, expdte. (...)/08 S/Ref: 782/14 y (...)) por lo que debemos solicitarle que realice las gestiones internas necesarias en esa Administración, en relación con la presente **Resolución** que se le remite, para la adopción de los actos administrativos consecuentes y la actividad municipal a

realizar, en respuesta a la misma.

- Del informe del Jefe de Servicio de la Dependencia de Personal.

De dicho informe, se destaca que el funcionario de administración especial-Arquitecto Técnico, (...), desempeña en la actualidad, con carácter accidental, la Jefatura de Servicio de (...), según Resolución nº (...)/2014 de 25 de septiembre, y que, no tiene compatibilidad para el ejercicio de la actividad profesional libre, ni la ha tenido en el pasado.

Pues bien, mediante la escritura pública nº (...), del protocolo de Pedro Javier Viñuela Sandoval, autorizada por el Notario don Guillermo Croissier Naranjo de (...) de julio de 2008, compareció el funcionario con DNI (...), *en representación de la mercantil (...), S.L., unipersonal, como Administrador único, mercantil dedicada a la promoción inmobiliaria, al objeto de vender la vivienda que se decía terminada en aquella fecha, la cual había realizado la citada sociedad limitada unipersonal, copia de dicha escritura se acompaña a los efectos de su constatación.*

Por lo anterior, se debe de incoar el procedimiento disciplinario oportuno, a la vista de que, a pesar de conocerse en esa Administración el ejercicio de actividades incompatibles por el citado funcionario, hasta la fecha no se ha informado de que se ha actuado como procede en Derecho, por lo que se insta el ejercicio de las competencias disciplinarias oportunas, hasta ahora omitidas.

Además, en los múltiples actos administrativos dictados por esa Administración municipal con el fin del restablecimiento de la legalidad alterada por la obra ilegal, expedientes de Disciplina Urbanística (...)/2008, siempre se consignó que se informaba *al interesado representante de la mercantil de que dispone de (...)* y *Apercibir a la entidad mercantil (...) S.L., en la persona de su representante que (...)*, por ejemplo, en la providencia de incoación del restablecimiento del Orden jurídico perturbado de (...)/02/2014, de la Concejalía de Gobierno de Urbanismo, por lo que ese ayuntamiento ha conocido, en todo momento, que el funcionario con DNI nº (...), representante apoderado de la mercantil infractora, estaba realizando actividades incompatibles con su puesto de trabajo y función, pero sin embargo no ha actuado, por lo que si se permanece en la inactividad, no quedará más remedio que ponerlo en conocimiento de la autoridad correspondiente.

- Del informe de la Jefa de los Servicios de Urbanismo.

En relación al mismo, la Jefa de los Servicios de Urbanismo responde a la cuestión de la documentación preceptiva a la realización de la obra, en relación con el Acta de Replanteo de la misma, (la cual se ha construido dentro de la línea de edificación, afectando además, a la zona de servidumbre de la carretera del lugar y, otra parte, dentro del dominio público de la carretera) que no se tiene esa información por cuanto pertenece al ámbito privado, ello no impide que la hubiera solicitado al promotor de la obra, o, ante su negativa, al colegio de arquitectos, demarcación de Gran Canaria; o también, al Director de Obra, pues habiéndose situado a la edificación proyectada dentro de la parte del terreno en el que no se podía disponer para tal fin, la colaboración es necesaria, en orden a aclarar la responsabilidad de cada uno.

No obstante ello, lo que esta Institución quería indagar era quién era el técnico municipal que debió acudir, en su caso, para verificar las alineaciones y rasantes de la obra proyectada, y autorizada con licencia municipal, tal y como lo dispone el art. 221 del Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias, Decreto 183/2004, de 21 de septiembre por el que se aprobó, publicado en el B.O.C. Nº 17 de 26 de enero de 2005, que expresa:

"El comienzo de cualesquiera obras o usos al amparo de una licencia requerirá, en todo caso, comunicación previa al Ayuntamiento con al menos diez días de antelación, a la que se adjuntará el correspondiente proyecto de ejecución si la solicitud de licencia se hubiera presentado acompañada de un proyecto básico.

Si en el plazo de diez días desde la comunicación no se hubiere personado un representante de los servicios técnicos municipales a efectos de señalar las alineaciones y rasantes, podrá levantarse el acta de replanteo, firmada por el promotor, técnicos directores y en su caso, la empresa constructora, e iniciarse las obras."

Por lo que, a la vista de dicho norma, la cual liga el comienzo de la obra al requisito ineludible de su comunicación, con 10 días de antelación, *en todo caso*, y, si dentro de dicho plazo no se ha personado el representante de la Administración municipal, (que es el supuesto presente, por no haber comunicado el promotor de la obra su comienzo) se podrá levantar el Acta de Replanteo, firmada por el promotor, técnicos directores y en su caso, la empresa constructora, para iniciar las obras, la disposición está ligando el comienzo de las obras a esos dos requisitos: señalar las alineaciones y rasantes, por el técnico municipal, y al levantamiento del Acta de Replanteo, por los agentes que lo tienen que hacer, por lo que esa Administración municipal está legitimada para solicitar el Acta de Replanteo de la obra, ya ilegal, al haberse realizado dentro de zona no apta para edificar, según la Ley de Carreteras de Canarias, 9/1991, de 8 de mayo, afectando la misma al dominio público, a la zona de servidumbre y quizás a la de protección de la carretera, por cuanto el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, en adelante TRELITENC, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, le legitima para solicitar dicho acta.

Así, parece conveniente recordar el contenido de los siguientes preceptos del TRELITENC.

Artículo 164. Principios de la intervención administrativa en el uso del suelo y la edificación.

1. *La legitimidad de la ejecución de los actos de parcelación, urbanización, construcción y edificación, así como de cualquier otro de transformación o uso objetivo del suelo y subsuelo presupone dos requisitos esenciales:*

a) *La vigencia de la ordenación idónea conforme a este Texto Refundido para legitimar la actividad de ejecución.*

b) *La cobertura en proyecto técnico aprobado administrativamente, cuando sea legalmente exigible.*

2. *La intervención administrativa del uso del suelo y de la construcción y edificación, así como **las potestades de protección de la ordenación y de sanción de las infracciones a la misma, serán de ejercicio inexcusable.***

3. *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 estos deberes podrá dar lugar a responsabilidad.***

Artículo 173. Funciones de inspección.

1. *La inspección para la protección del medio urbano y natural es una potestad de ejercicio inexcusable, dirigida a comprobar que los actos privados o públicos de uso de los recursos naturales o de ocupación, de edificación y uso del suelo se ajustan a la legalidad.*

2. *En el ejercicio de sus funciones, los inspectores tendrán, a todos los efectos, la condición de agentes de la autoridad, estando facultados para requerir y examinar toda clase de documentos relativos al planeamiento y su*

ejecución, comprobar la adecuación de los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y subsuelo a la normativa de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística aplicable y obtener la información necesaria para el cumplimiento de su cometido. Las administraciones públicas y los particulares estarán obligados a prestarles la colaboración que precisen.

3. Reglamentariamente se establecerán los objetivos concretos de estas inspecciones.

No cabe duda, de que, de los citados preceptos, esa Administración municipal podía, y todavía puede, solicitar el Acta de Replanteo de la obra que invade el dominio público y la servidumbre de la carretera, antes mencionada, *por lo que se debe de actuar en consecuencia.*

Además, y dado que el Cabildo de Gran Canaria, mediante Resolución (...) /15 de 30/01/2015, del Consejero de Gobierno de Obras Públicas e Infraestructuras, (expediente OC-(...)/14) ha acordado desestimar la solicitud de (...) S. L., para la legalización de obra e impedir la demolición de la misma en la carretera GC-131, P.K. 0+(...), margen izquierdo, en el término municipal de Telde, declarando que parte del edificio está en dominio público de carretera, que todo el edificio está delante de la línea límite de edificación, y además, que la vivienda del promotor de la presente Queja está situada dentro de la servidumbre de la carretera, es por ello, por lo que se debe recordar el contenido del artículo 180. 1 y 2. del TRELOTENC, que expresa:

1. *La Administración sólo podrá adoptar válidamente las medidas cautelares y definitivas de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico perturbado mientras los actos y usos estén en curso de ejecución y dentro de los cuatro años siguientes a la completa y total terminación de las obras o el cese en el uso.*

2. *La limitación temporal del número anterior no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los siguientes actos y usos:*

a) *Los de parcelación en suelo rústico protegido o comprendido en un Espacio Natural Protegido.*

b) *Los de construcción, edificación o uso del suelo y subsuelo, cuando hayan sido ejecutados o realizados:*

1) *Sin licencia urbanística y, en su caso, calificación territorial previa o contraviniendo las determinaciones de ellas, cuando una y otra sean preceptivas, sobre cualquiera de las categorías de suelo rústico establecidas en el apartado a) del artículo 55 de este Texto Refundido.*

2) *En dominio público o en las zonas de protección o servidumbre del mismo.*

Por tanto, estando ante el apartado 2) del 180.2 del TRELOTENC, procede adoptar y seguir con los actos consecuentes con dicha disposición.

- De la gestión ineficaz de ese ayuntamiento ante la ilegalidad urbanística detectada.

En fecha de (...) **de mayo de 2008**, el negociado de Disciplina Urbanística recibió notificación de la Sección de Urbanismo en la que se solicitaba un levantamiento topográfico municipal, para poder ubicar la obra respecto de la realidad física de la vía y compararla con la planimetría en vigor, todo ello en relación con la Obra Mayor del expediente (...) /2006, para el edificio de dos viviendas en la calle Los Barros (Lomo Magullo), cuya **Licencia de Obra** Mayor había sido **notificada** al promotor el día (...) **de febrero de 2007**.

Desde el (...) /05/2008, ya sabía la Sección de Urbanismo y el negociado de

Disciplina Urbanística, que el promotor del edificio (... S.L., sociedad unipersonal), no había comunicado el inicio de la obra, y por ende, no había podido acudir el técnico municipal para medir las alineaciones y rasantes, tal y como establece la normativa vigente, la cual ya hemos reflejado.

No obstante ello, desde el expediente administrativo **nº (...)/2005**, incoado a (...), S. L. por la realización de obras invadiendo el Dominio Público de Carreteras, (cuya copia foliada y debidamente compulsada se solicita) ya se conocía, tanto por el servicio de Disciplina Urbanística, como por la Sección de Urbanismo, el hecho ilegal del comienzo de la obra sin los títulos habilitante para ello, *cuestión que se solicita su aclaración.*

Tampoco, a pesar de ello y como se ha expuesto, se solicitó el Acta de Replanteo. Sin embargo, *el promotor de la obra sí solicitó la renovación de la licencia el día (...) **de diciembre de 2008***, cuando ya el Técnico municipal había informado, el (...) de mayo de 2008, que la construcción se encontraba ejecutada sólo en su estructura y tabiquería, y que, recomendaba paralizar las obras hasta la realización del levantamiento taquimétrico. A la solicitud de renovación de la obra por el promotor antes citada, interesa conocer qué se le contestó y quién lo hizo, cuya copia debidamente compulsada se solicita.

El **(...) de febrero de 2009**, se emitió informe técnico municipal, siendo notificado el mismo el (...) de abril de 2009, (informe que se solicita su traslado, así como de la notificación efectuada, de ambos, su copia debidamente compulsada) en el que se dispuso:

- *La alineación de la citada obra no coincide con la del PGOU para la parcela.*
- *La obra en ejecución está fuera de la alineación en 2,45 m por una parte y 2,70 m por otra.*
- *Que con fecha de (...)/XII/09 el promotor solicita Final de Obras y Devolución de Fianza y se aporta certificado final de obras de fecha de visado 16/junio/2008.*
- *Con fecha (...)/01/2011 se emite informe Técnico municipal en el que se determina que no se puede conceder el final de obras.*

El **(...) de febrero de 2011**, más de dos años más tarde del informe técnico municipal de (...)/02/2009, mediante el cual se había puesto de manifiesto la irregularidad, se emitió providencia de incoación de Procedimiento Sancionador nº (...) a la mercantil (...) S.L., motivada en el que la alineación de la obra no coincide con el Plan General para la parcela, y que estaba fuera de alineación, acordándose la **caducidad del procedimiento el 28 de septiembre de 2011**.

Con posterioridad, y casi tres meses más tarde, el **12 de diciembre de 2011**, se incoó un nuevo procedimiento sancionador, al no haber prescrito la infracción. Sin embargo, cerca de dos años más tarde, el **11 de noviembre de 2013** se emitió un nuevo Decreto con nº (...)/2013 en el que se volvió a declarar **la caducidad del procedimiento** sancionador en beneficio, de nuevo, de la entidad mercantil (...) S.L., y en contra del interés general.

Por tanto, ante tantas irregularidades administrativas, y los costes administrativos que ello ha generado para el erario público, se ha de decir, que si el Técnico municipal el (...) de mayo de 2008 emitió un informe que fue notificado al negociado de Disciplina Urbanística, por medio del cual se expuso que: *la Construcción se encuentra en la siguiente fase "ejecutada la estructura y tabiquería" recomendándose paralizar las obras hasta la realización del Levantamiento Taquimétrico*, Disciplina Urbanística debió de paralizar en ese momento la obra en ejecución, todo ello, para cumplir con la legalidad vigente, evitándose así males mayores, como los que ya han ocurrido, como es la

existencia de un edificio construido y con certificado final de obra de junio de 2008, el cual hoy no dispone de licencia de primera ocupación ni de las respectivas cédulas de habitabilidad, causando una gran inseguridad jurídica y graves perjuicios a los compradores de las fincas resultantes del edificio.

Pero, y a mayor abundamiento, el art. 176 del TRELITENC, intitulado *Medida cautelar de suspensión de actos de parcelación, urbanización, construcción, edificación o uso del suelo sin los presupuestos legales legitimantes o contraviniendo sus condiciones*, expresa:

1. *Cuando un acto de parcelación, urbanización, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo que no sea objeto de orden de ejecución y esté sujeto a previa licencia urbanística o cualesquiera otras aprobaciones o autorizaciones se realice, implante o lleve a cabo sin dicha licencia o aprobación y, en su caso, sin la calificación territorial y las demás autorizaciones sectoriales precisas o contraviniendo las condiciones legítimas de unas y otras, **el Alcalde** o el Director de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural **deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese en el acto o uso en curso de ejecución o desarrollo.***

Cuando el acto sea edificatorio y el uso residencial, la orden prevista en el párrafo anterior sólo podrá dictarse respecto de la actividad constructiva y no del uso residencial preexistente.

2. **La notificación de la orden de suspensión podrá realizarse, indistintamente, al promotor, al propietario de la urbanización, construcción, edificación o suelo, o al responsable del acto de que se trate y, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución o de desarrollo y esté relacionada con las obras, el inmueble, la actividad o el uso.**

Inmediatamente después de practicada la notificación y sin solución de continuidad, deberá procederse al precintado de las obras, la construcción o edificación, la instalación o el establecimiento, actividad o uso, así como, en su caso, de la maquinaria y los materiales afectos a aquéllas. También, inmediatamente, se darán las órdenes correspondientes para la no concesión del suministro de los servicios de energía eléctrica, agua, gas, telefonía y cable.

3. *Cuando la orden de suspensión notificada en cualquiera de las formas señaladas sea desatendida, la Administración actuante deberá disponer la retirada de la maquinaria y los materiales a que se refiere el número anterior para su depósito en el lugar habilitado al efecto, corriendo por cuenta del promotor, propietario o responsable los gastos de la retirada y el depósito.*

4. **El incumplimiento de la orden de suspensión dará lugar, mientras persista, a la imposición de hasta diez multas coercitivas impuestas por períodos de diez días y cuantía, en cada ocasión, del cinco por ciento del coste de las obras y, en todo caso y como mínimo, de 100.000 pesetas. Del incumplimiento se dará cuenta al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad penal que pudiera proceder.**

A la vista de ello, del informe técnico antes mencionado de (...)/05/2008, procedía la inmediata suspensión y precinto de la obra, pero así no se ha actuado, pese a que las normas son muy claras y no dejaban lugar para otra interpretación, beneficiándose así al infractor y promotor de las obras, y perjudicando al interés general, por lo que se debe de exigir las responsabilidades correspondiente en los servicios de negociado de Disciplina Urbanística y en la Sección de Urbanismo.

Por su parte, el art. 177 del TRELITENC rubricado *Restablecimiento del orden jurídico perturbado. Coordinación con el ejercicio de la potestad sancionadora*, dispone:

1.- *El restablecimiento del orden jurídico territorial, urbanístico y medioambiental*

perturbado por un acto o un uso objeto de la suspensión a que se refiere el artículo anterior o cualquier otro realizado sin la concurrencia de los presupuestos legitimadores de conformidad con este texto refundido, aun cuando no esté ya en curso de ejecución, tendrá lugar mediante la legalización del acto o uso suspendido o, en su caso, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada.

2. El acuerdo de iniciación del expediente de restablecimiento de la legalidad urbanística se notificará inmediatamente al interesado, confiriéndole un plazo de dos meses para que solicite los títulos administrativos autorizatorios que resulten legalmente exigibles o su modificación si las obras o usos pudieran ser compatibles con la ordenación urbanística aplicable. A tal efecto, y en los supuestos en que el planeamiento vigente al tiempo de la incoación del expediente de legalización difiera del planeamiento vigente en el momento de la ejecución de las obras, se aplicará el régimen urbanístico más favorable a las obras realizadas, sin perjuicio de que estas queden en situación legal de fuera de ordenación si no resultan compatibles con el planeamiento vigente.

La acreditación del ajuste de las obras o usos al ordenamiento aplicable al terreno y, en su caso, la obtención de los títulos administrativos autorizatorios exigibles, determinará la legalización de las obras o usos, debiendo procederse al archivo de las actuaciones, decayendo automáticamente las posibles medidas cautelares que se hubiesen adoptado.

3. Denegada la legalización por el órgano administrativo competente o cuando la misma no haya sido instada en el plazo anteriormente señalado, así como en los supuestos donde resulte manifiestamente improcedente la posible legalización, se dictará resolución constatando la ilegalidad del uso o de la obra y la imposibilidad de proceder a su legalización, ordenándose al interesado que proceda a su demolición, al restablecimiento de lo ilegalmente modificado, o a la cesación definitiva del uso, en su totalidad o en la parte pertinente, si las obras o los usos fueran total o parcialmente incompatibles con la ordenación, en el plazo máximo de dos meses desde la recepción de la notificación de tal acuerdo.

4. El incumplimiento voluntario y culpable de la orden de restauración de la legalidad por el interesado en el plazo fijado al efecto determinará la obligación de incoar el procedimiento sancionador por parte del órgano administrativo competente.

5. Con independencia de lo anterior, si la administración actuante estima que la actuación realizada pudiera ser constitutiva de ilícito penal, dará cuenta al Ministerio Fiscal a efectos de la exigencia de la responsabilidad penal que resultara, en su caso, procedente.

Por tanto, siendo de carácter reglado e inexcusable la potestad que el Ordenamiento jurídico vigente otorga a la Administración pública para actuar ante las construcciones y usos del suelo ilegales, ese ayuntamiento debió de actuar a tiempo, no existiendo margen discrecional para no hacerlo.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 37.1 de la Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común, **RESUELVO** remitir a V.S.

El siguiente,

RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES

- De que las potestades de protección de la ordenación y de sanción de las infracciones a la misma, son de ejercicio inexcusable.
- De tramitar, en los plazos previstos en cada caso, los procedimientos establecidos para el ejercicio de la potestad de protección de la ordenación y de sanción de las infracciones a la misma.

- De que, la inspección urbanística está para la protección del medio urbano y natural, y su función es de ejercicio inexcusable.
- De acordar la suspensión de las obras ilegales desde que se detecten las mismas.
- De precintar las obras ilegales detectadas.
- De ejercitar la potestad disciplinaria ante el funcionario que ha realizado actividades incompatibles con su puesto de trabajo.

Y la,

RECOMENDACIÓN

- De solicitar el Acta de Replanteo de la obra ilegal a los organismos y personas citadas en la presente.
- De adoptar las medidas disciplinarias correspondiente, por la actuación tardía de Disciplina Urbanística ante la obra ilegal, y, por la reiterada caducidad de los procedimientos sancionadores tramitados, en relación con la obra ilegal.

De conformidad con el art. 37.3 de la referida Ley del Diputado del Común, que señala:

“En todos los casos, dichas autoridades y el referido personal vendrán obligados a responder por escrito en término no superior al de un mes. Aceptada la resolución, se comunicará al Diputado del Común las medidas adoptadas en cumplimiento de la misma. En caso contrario, deberá motivarse el rechazo de la sugerencia, advertencia, recomendación o recordatorio de deberes legales.”

Por último, pongo en su conocimiento, que esta Resolución será publicada en la página web de esta Institución www.diputadodelcomun.org., cuando se tenga constancia de su recepción por esa Administración, o en su defecto a la semana de su emisión, por lo que solicito su informe de respuesta lo antes posible, atendiendo a los criterios de *Buena Administración*, criterio que confluye con el de la *Transparencia Administrativa*.>>

XV.- En febrero del presente ejercicio se solicitó, al Notario autorizante de la compraventa de la vivienda relacionada con la presente queja, la cual va a ser demolida, información relativa al Acta de Finalización de obra otorgada ante él el (...)/07/2008.

XVI.- El 20/03/2017, el promotor de la queja presentó Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 7 de febrero de 2017 por la que se estimó, parcialmente, su recurso de apelación y acordó, entre otras cosas, la resolución del contrato compraventa de su vivienda, todo ello, por las irregularidades urbanísticas en que incurrió el promotor de la obra.

XVII.- Con fecha de 23 de marzo pasado tuvo entrada la copia simple de los documentos solicitados al Notario antes mencionado en el apartado XVI.

XVIII.- El 25 de abril del año 2017, el interesado en la queja presentó ampliación de datos.

- Los anteriores hechos son la gestión burocrática de la tramitación de la

queja, ahora nos disponemos a poner en conocimiento los hechos significativos a valorar por el Ministerio Fiscal-

La cuestión principal es si el comportamiento omisivo de los responsables del departamento de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Telde pudiera incardinarse en el lícito penal de la prevaricación administrativa u otro tipo penal, amén de que el promotor de la edificación, de la que trata esta queja pudiera haber ocultado deliberadamente las irregularidades urbanísticas que cometió, quizás prevaleciéndose de su puesto de funcionario de la corporación municipal, para cometer engaño suficiente en el comprador de la vivienda, transmitiéndole un inmueble, que como califica la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, en su resolución de 7 de febrero de 2017, *no era una vivienda desde el punto de vista jurídico*, conclusión con la que esta Diputación del Común está totalmente de acuerdo, pudiendo también existir falsedad en documento público, cuando se ha declarado y protocolizado documentos destinados a servir al tráfico jurídico totalmente mendaces.

Es por ello, por lo que resaltamos los hechos más significativos que nos han llevado a la conclusión anterior.

1. Durante el año 2006, la entidad (...), S.L, sociedad unipersonal. Solicitó Licencia de Obra Mayor, expdte (...)/2006, para construir un edificio de dos plantas, con dos viviendas entre medianeras, emplazado en la Carretera de Telde-Cazadores (Los Barros Lomo Magullo) en el municipio de Telde, notificándose la Licencia al promotor el (...)/02/2007, la cual fue expedida el (...)/02/2007.

2. Consta en el expediente de queja, como en los registros y expedientes administrativos del Ayuntamiento de Telde, que el representante de la mercantil (...) es (...), con DNI (...), funcionario de Administración Especial- Arquitecto Técnico, (...), que en la actualidad desempeña, con carácter accidental, la Jefatura de Servicio de (...), según Resolución nº (...)/2014 de 25 de septiembre.

3. Obra en el Ayuntamiento de Telde el expediente administrativo nº (...)/2005 incoado a (...) S.L. por la realización de obras invadiendo el Dominio Público de Carreteras, que esta Diputación del Común ha solicitado al Ayuntamiento de Telde, su copia compulsada, mediante la resolución de 15/07/2016, y que no ha sido remitido hasta la actualidad, sin explicación alguna al respecto.

4. Que comenzada la obra autorizada por la Licencia del expte. (...)/2006, en fecha de **(...) de mayo de 2008**, el negociado de Disciplina Urbanística recibió un informe del Técnico municipal de fecha (...)/04/2008, de la Sección de Urbanismo, en el que recomendaba la paralización de la Obra hasta la realización de un Levantamiento Topográfico municipal, todo ello, con el fin de ubicar la obra con precisión, dada las dudas que se tenían sobre su emplazamiento, ***Obra que en ese momento se encontraba en estructura y tabiquería***, recomendando la paralización de las mismas, comunicación que al parecer también dirigió a la promotora.

5. El 16/06/2008, se emitió el Certificado Final de la Dirección de la Obra, firmado por don (...), como Arquitecto Técnico y, por otro Arquitecto superior, don (...).

6. Con fecha de (...)/07/2008, fue otorgada la escritura pública de compraventa del inmueble que el promotor de la presente queja adquiriría, promovida por (...) S.L., en la que compareció el funcionario del Ayuntamiento de Telde, don (...), como Administrador único de la mercantil.

7. El (...)/12/2008, el promotor de la Obra, (...) S.L., solicitó al Ayuntamiento de Telde la renovación de la Licencia de Obra Mayor otorgada el (...)/02/2007.

8. De la tramitación errática de los procedimientos sancionadores por el Negociado de Disciplina Urbanística, los cuales no han logrado imponer sanción alguna a (...) S.L.:

El (...) de febrero de 2009, se emitió informe técnico municipal, siendo notificado el mismo el (...) de abril de 2009, (informe que se solicitó su traslado a esta Institución, sin que se haya remitido) en el que se dispuso:

- La alineación de la citada obra no coincide con la del PGOU para la parcela.
- La obra en ejecución está fuera de la alineación en 2,45 m por una parte y 2,70 m. por otra.
- Que con fecha de (...)/XII/09, el promotor solicita Final de Obras y Devolución de Fianza y se aporta certificado final de obras de fecha de visado 16/junio/2008.
- Con fecha 31/01/2011 se emite informe Técnico municipal en el que se determina que no se puede conceder el final de obras.

El 14 de febrero de 2011, más de dos años más tarde del informe técnico municipal de (...)/02/2009, mediante el cual se había puesto de manifiesto la irregularidad, se emitió providencia de incoación de Procedimiento Sancionador nº (...) a la mercantil (...) S.L., motivada en el que la alineación de la obra no coincide con el Plan General para la parcela y, que la misma estaba fuera de alineación, acordándose la **caducidad del procedimiento el (...) de septiembre de 2011**.

Con posterioridad, y casi tres meses más tarde, sin explicarse las razones de la demora, el (...) de diciembre de 2011, se incoó un nuevo procedimiento sancionador, al no haber prescrito la infracción. Sin embargo, cerca de **dos años más tarde**, el (...) de noviembre de 2013 se emitió un nuevo Decreto, con nº (...)/2013, en el que se volvió a declarar **la caducidad del procedimiento** sancionador en beneficio, de nuevo, de la entidad mercantil (...) S.L., y en contra del interés general.

Como colofón final está que el Cabildo de Gran Canaria dictó Resolución de 30/01/2015 nº (...)/15, expte. OC-(...)/14 Del Consejero de Gobierno de Obras públicas e Infraestructuras desfavorable a la solicitud de (...) S.L., intitulada para la legalización de obra para impedir su demolición, en la que dispuso, sic (...) *el edificio de dos plantas de altura no puede ser legalizado*

conforme a la normativa de carreteras, al situarse el mismo por delante de la línea límite de edificación establecida por el planeamiento municipal.

A la vista de lo expuesto, y que, existe Orden de demolición parcial de la Obra autorizada por la Licencia de Obra Mayor de (...)/02/2007, y que, el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, en adelante TRELOTENC, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, dispone.

- *Artículo 164. Principios de la intervención administrativa en el uso del suelo y la edificación.*

1. *La legitimidad de la ejecución de los actos de parcelación, urbanización, construcción y edificación, así como de cualquier otro de transformación o uso objetivo del suelo y subsuelo presupone dos requisitos esenciales:*

a) *La vigencia de la ordenación idónea conforme a este Texto Refundido para legitimar la actividad de ejecución.*

b) *La cobertura en proyecto técnico aprobado administrativamente, cuando sea legalmente exigible.*

2. *La intervención administrativa del uso del suelo y de la construcción y edificación, así como **las potestades de protección de la ordenación y de sanción de las infracciones a la misma, serán de ejercicio inexcusable.***

3. *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 estos deberes podrá dar lugar a responsabilidad.***

- Por su parte, el art. 173.1 del TRELOTENC dispone:

1. *La inspección para la protección del medio urbano y natural es una potestad de ejercicio inexcusable, dirigida a comprobar que los actos privados o públicos de uso de los recursos naturales o de ocupación, de edificación y uso del suelo se ajustan a la legalidad.*

- El art. 176 del TRELOTENC, intitulado *Medida cautelar de suspensión de actos de parcelación, urbanización, construcción, edificación o uso del suelo sin los presupuestos legales legitimantes o contraviniendo sus condiciones*, expresa:

1. *Cuando un acto de parcelación, urbanización, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo que no sea objeto de orden de ejecución y esté sujeto a previa licencia urbanística o cualesquiera otras aprobaciones o autorizaciones se realice, implante o lleve a cabo sin dicha licencia o aprobación y, en su caso, sin la calificación territorial y las demás autorizaciones sectoriales precisas o contraviniendo las condiciones legítimas de unas y otras, el Alcalde o el Director de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural **deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese en el acto o uso en curso de ejecución o desarrollo.***

Cuando el acto sea edificatorio y el uso residencial, la orden prevista en el párrafo anterior sólo podrá dictarse respecto de la actividad constructiva y no del uso residencial preexistente.

2. **La notificación de la orden de suspensión podrá realizarse, indistintamente, al promotor, al propietario de la urbanización, construcción, edificación o suelo, o al responsable del acto de que se trate y, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución o de desarrollo y esté relacionada con las obras, el inmueble, la actividad o el uso.**

Inmediatamente después de practicada la notificación y sin solución de continuidad, deberá procederse al precintado de las obras, la construcción o edificación, la instalación o el establecimiento, actividad o uso, así como, en su caso, de la maquinaria y los materiales afectos a aquéllas. También, inmediatamente, se darán las órdenes correspondientes para la no concesión del suministro de los servicios de energía eléctrica, agua, gas, telefonía y cable.

3. Cuando la orden de suspensión notificada en cualquiera de las formas señaladas sea desatendida, la Administración actuante deberá disponer la retirada de la maquinaria y los materiales a que se refiere el número anterior para su depósito en el lugar habilitado al efecto, corriendo por cuenta del promotor, propietario o responsable los gastos de la retirada y el depósito.

4. **El incumplimiento de la orden de suspensión dará lugar, mientras persista, a la imposición de hasta diez multas coercitivas impuestas por períodos de diez días y cuantía, en cada ocasión, del cinco por ciento del coste de las obras y, en todo caso y como mínimo, de 100.000 pesetas. Del incumplimiento se dará cuenta al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad penal que pudiera proceder.**

- Lo señalado por el art. 177 y en especial, los apartados 3 y 4, del TRELITENC.

- El art. 179.3 del TRELITENC: *En ningún caso la Administración puede dejar de adoptar tales medidas, las cuales deberán ordenarse aun cuando no proceda exigir la responsabilidad por infracción a este Texto Refundido.*

Como también, lo dispuesto por el art. 180.2 apartado 2) del TRELITENC: La limitación temporal del número anterior no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de los siguientes actos y usos:

2) *En dominio público o en las zonas de protección o servidumbre del mismo.*

- Por último, el art. 188.1. del TRELITENC expresa:

Toda acción u omisión tipificada como infracción en este texto refundido dará lugar a la adopción por las administraciones públicas competentes de las medidas siguientes:

a) *Las precisas para la protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado.*

b) *Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad penal y disciplinaria administrativa.*

c) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora salvo cuando el interesado haya procedido voluntariamente al restablecimiento del orden jurídico infringido en los términos del artículo 182 del presente texto refundido.

d) Las pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

2. En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas dirigidas a reponer los bienes afectados al estado anterior a la comisión de la infracción.

Dado los términos taxativos e imperativos de los preceptos expuestos, no cabe duda alguna que, desde, por lo menos, el (...)/05/2008 se podía, y además se debía, paralizar y precintar la Obra en ejecución, por el Negociado de Disciplina Urbanística, Servicio que tenía la noticia al respecto; sin embargo, así no se ha actuado, provocando toda una suerte de actos jurídicos, negocios y situaciones jurídicas claudicantes por falta de respeto al Ordenamiento jurídico vigente.

Por todo ello,

Resuelvo trasladar el presente informe al Ministerio Fiscal y comunicar, al promotor de la queja, dicho traslado.

Atentamente,

Jerónimo Saavedra Acevedo
DIPUTADO DEL COMÚN