



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 9 / 2 0 0 5

(Pleno)

La Laguna, a 17 de enero de 2005.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento en relación con la *Proposición de Ley de Viviendas emplazadas en suelo rústico (EXP. 251/2004 PPL)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Mediante escrito de 2 de diciembre de 2004, la Presidencia del Parlamento, al amparo de lo dispuesto en los arts. 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo (LCCC) y 137.2 del Reglamento de la Cámara, interesa por el procedimiento ordinario (art. 20.1 LCCC) preceptivo Dictamen sobre la Proposición de Ley (PPL) referenciada en el encabezado y que, como exige el art. 11.1.A.c) LCCC, ha sido tomada en consideración por la Cámara en sesión celebrada los días 24 y 25 de noviembre de 2004, según expresa el escrito de solicitud de Dictamen.

2. La iniciativa, que parte del Cabildo de El Hierro al amparo de lo dispuesto en los arts. 12.5 del Estatuto y 135 del Reglamento de la Cámara, persigue añadir una disposición adicional primera.bis al Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (TR-LOTENC), que pretende la regularización de las edificaciones "no amparadas por licencias urbanísticas no incluidas en el censo del Decreto territorial 11/1997", conforme el régimen que detalla la propia PPL.

La pretensión de regularización nace de una realidad concreta que se manifiesta en la Exposición de Motivos de la PPL y que no es otra que "la imposibilidad de las Administraciones, en general, para cumplir la Ley" (el Texto Refundido citado)

---

\* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

buscándose la causa en la inexistencia de una “campaña informativa al ciudadano” a quien no se le puede exigir “en términos absolutos” el conocimiento de la ley; en que existe un derecho fundamental afectado que no es otro que el de la vivienda; y en una suerte de principio general conforme al cual “destruir una riqueza creada por el hombre resulta contranatura”.

Por otra parte, el pretendido régimen de regularización se fundamenta en determinados criterios, de carácter objetivo y temporal, de necesaria concurrencia para que pueda ser aplicado. A saber; que las viviendas sin licencia no fueron incluidas en el censo del Decreto 11/1997; y que su construcción debió ser iniciada antes de la entrada en vigor de la Ley 19/2003, de 13 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias (entrada en vigor que se produjo el 16 de abril de 2003, disposición final tercera id.).

## II

1. Las pretendidas razones de excepcionalidad pierden su fundamento desde el momento en que ya en el año 1997 (Decreto 11/1997, de 31 de enero) se procedió a una regularización extraordinaria de viviendas sin licencia mediante el oportuno censo. Regularización que fue asumida por el TR-LOTENC (disposición adicional primera) para que la legalización de las mismas fuera operada a través de los oportunos instrumentos de planeamiento.

Desde luego, habrá materias cuya lejanía del interés cotidiano de los ciudadanos motiva un desconocimiento general y específico de las determinaciones que les afecten. Pero pocas materias hay en las que haya más información oficial y oficiosa que la entrada en vigor de las nuevas normas urbanísticas, pues se trata de una materia que afecta a todo aquel que tiene un bien patrimonial cuyo alcance económico es susceptible de variación en el contexto del plan de ordenación en cada caso vigente. Sin contar, por supuesto, que “la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento” (art. 6.1 del Código Civil); menos aún cuando en casos como éste, por la materia y el tiempo transcurrido, la presunción no es de la ignorancia, sino del conocimiento y del incumplimiento de la norma para conseguir la consolidación de derechos en contra de la legalidad.

No son de aceptación, pues, las razones aducidas para justificar la pretensión ejercida.

No cabe la creación y ablación de derechos sino dentro de la Constitución (CE) y el resto del Ordenamiento jurídico a los que los "ciudadanos y los poderes públicos están sujetos" (art. 9.1 CE); también garantiza la Constitución los principios de "legalidad (...) y la interdicción de la arbitrariedad", a los que están sometidos, nuevamente, tanto los ciudadanos como los poderes públicos. Los ciudadanos deben cumplir la ley, pero también los poderes públicos. La ley también tiene límites, no sólo materiales sino formales, tanto de índole constitucional como de principios generales y de derechos fundamentales; particularmente el de igualdad, en los términos que se verán después.

Constituye un innegable estímulo al infractor que sean las propias instituciones públicas las que promuevan que la consecuencia del incumplimiento de la ley no sea otro que el de legalizar el comportamiento del infractor, ignorando a quienes sí la han cumplido y por ese cumplimiento han sido privados o limitados en sus derechos urbanísticos. Pero más grave es aún que ese incumplimiento ha sido determinado por la omisión de las Administraciones implicadas en el control de la legalidad urbanística (Ayuntamientos; Cabildos y la propia Comunidad) del cumplimiento de sus obligaciones legales de supervisión, tutela y defensa de la legalidad urbanística.

No es preciso ser demasiado prolijo en la cuestión. Los arts. 173 a 239 TR-LOTENC disponen de una variadísima suerte de técnicas de inspección, garantía, protección de la legalidad, reestablecimiento del orden jurídico perturbado, infracciones y sanciones urbanísticas, órganos asesores y de garantía, y convenios inter administrativos para la defensa de la legalidad urbanística. Se aprueba una Ley con vocación de aplicación generalizada según se supone, para luego hacer una aplicación testimonial de la misma. La propia Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (arts. 55 a 72) contempla por lo demás, y dicho sea adicionalmente, el régimen jurídico de las relaciones inter administrativas (Ayuntamientos; Cabildos; Comunidad); la impugnación de sus actos y acuerdos; y la obligación que tienen tales Administraciones de promover la información y participación ciudadanas.

Podrán o no llevarse a efecto las modificaciones pretendidas. Ahora bien, de lo que ya no puede haber la menor duda desde este instante es que la normativa proyectada busca establecer un régimen de excepción generalizada a la propia legislación actualmente en vigor en esta materia. Ha de insistirse que, en cualquier caso, éste será el resultado que arrojará inevitablemente la aprobación de la

normativa propuesta; y se ignore o no este dato por quienes corresponda su aprobación, lo seguro es que la PPL no hace expresa esta valoración y no contiene la menor motivación, ni explícita ni implícita, del auténtico cambio de criterio propiciado por ella.

2. Pero es que tampoco los propios parámetros temporales de los que parte la PPL son aceptables.

Se toma como límite de la legalización la del inicio de la construcción de la vivienda que debió ser antes de la entrada en vigor de la Ley 19/2003, de Directrices de Turismo. No existe vinculación alguna entre la realidad existente, el fin que se persigue y este dato temporal que persigue un único fin: alargar el plazo lo más posible para que las viviendas legalizables sean el mayor número. Podría haberse tomado otra fecha, más lógica y razonable, como la de la entrada en vigor del TR-LOTENC, cuya disposición final primera, justamente, hace referencia al Decreto 11/1997 cuyo régimen jurídico la PPL pretende extender, con matizaciones, a las viviendas sin licencia no amparadas por el censo creado por el mencionado Decreto.

Sin contar con que primero habrá que acreditar de algún modo que las viviendas empezaron a ser construidas antes de la fecha indicada, sin que tampoco se diga con qué límite. Partiendo del hecho de que lo que se trata es de abordar una realidad distinta de la que pretendía abordar el Decreto 11/1997, lo pertinente sería que la regularización comprendiera la de aquellas viviendas cuya construcción se iniciara desde la entrada en vigor del mencionado Decreto (17 de marzo de 1997) hasta la entrada en vigor del TR-LOTENC (15 de mayo de 2000), relacionada de algún modo con el Decreto 11/1997. Pero no es así; la primera fecha no existe, por lo que serían legalizables las viviendas que no pudieron ser legalizables al amparo del Decreto 11/1997; la segunda fecha no tiene justificación, en cuanto necesaria conexión con los fines que persigue la PPL.

Por otra parte, no deja de ser grave que sea la entrada en vigor de la citada Ley 19/2003, de Directrices de Turismo, la que se tome como fecha límite para la regularización, no sólo porque esta ley es restrictiva respecto del uso del suelo para nuevas instalaciones turísticas, sino porque su disposición final octava modifica la Ley 6/2002, de 12 de junio, sobre Medidas de ordenación territorial de la actividad turística en la isla, entre otras, de El Hierro.

### III

1. La jerarquía normativa es uno de los principios vertebradores del sistema de fuentes que cuenta, por lo demás, con expresa previsión constitucional (art. 9.3); como también es sabido que las normas jurídicas se derogan por otras posteriores (art. 2.2 del Código Civil). Mediante ley se puede, lógicamente, modificar o derogar leyes anteriores. Pero este básico aserto no es suficiente para explicar la adecuación constitucional de la medida, articulada como PPL, que se pretende.

Debemos partir de ciertas premisas. La PPL no afronta un hecho nuevo añadiendo una nueva adicional al TR-LOTENC. La regulación que se pretende persigue interferir en la aplicación de las medidas represoras previstas en el propio TR-LOTENC y en el régimen, asimismo previsto en el TR-LOTENC (arts. 55 y 62 a 67), del suelo rústico, ignorando que ese TR-LOTENC contempla la “reclasificación de suelos rústicos en urbanizables” como uno de los supuestos de revisión del planeamiento vigente [art. 46.1.d) TR- LOTENC].

Por ello, más que un régimen *adicional* se trata de un régimen *singular* caracterizado objetiva (viviendas sin licencia) y subjetivamente (infractores de la legalidad urbanística), excepcional (pues la situación a la que se pretende hacer frente de forma novedosa ya cuenta en la propia Ley que se pretende adicionar con mecanismos y técnicas para afrontar la realidad de hecho que se pretende abordar); incluso podría decirse que estamos en presencia de una *ley de caso único* (que son aquellas que tienen por objeto un “hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el Legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro”, STC 166/1986, de 19 de diciembre), para las que el juicio de constitucionalidad es particularmente severo, puesto que quiebra las reglas de producción de las normas jurídicas y, por extensión, es lesiva del principio constitucional de igualdad en la ley (art. 14 CE).

En efecto, este principio constitucional no proscribire “diferenciaciones o singularizaciones, sino (...) evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin discernible en la norma diferenciadora (...) de modo que la ley singular -supuesto el mas intenso de la ley diferenciadora- debe responder a una situación excepcional igualmente singular y que su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad

de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta (...) a fin de excluir la creación arbitraria de supuestos de hecho que sólo resultarían singulares en razón de esa arbitrariedad" (STC cit.).

Pues bien, llegados a este punto ha de convenirse que se pretende afrontar una situación que no es nueva. Lo que realmente se persigue es que las viviendas ilegales que no tuvieron acceso al censo creado por el Decreto 11/1997 tengan el mismo régimen de protección que las viviendas que sí pudieron tener acceso al mencionado censo, con las singularidades que detalla la norma adicional objeto de la PPL. Al margen de las singularidades que se citan, se trata de aplicar el mismo régimen jurídico a dos situaciones objetivamente distintas: viviendas inscritas en el censo y las que no se pudieron inscribir. Lo que implica, más allá de cualquier otra consideración, una vulneración del principio constitucional antes mencionado, pues no se puede otorgar idéntico régimen jurídico a situaciones que son objetivamente distintas.

2. Debe entenderse bien, sin embargo, el sentido de las precedentes apreciaciones: este Consejo Consultivo, desde luego, no pone en duda, como no puede ser menos, la existencia de posibles situaciones de necesidad social que merezcan y deban ser atendidas, y de este modo no puede discutirse la legitimidad del Legislador para arbitrar soluciones y hasta la propia técnica empleada consistente en extender el ámbito de una excepción podría consiguientemente no ser ilícita en sí misma.

Lo que sí le parece a este Consejo Consultivo es que operaciones de esta índole, para poder ser aceptadas sin reparos, requieren inexcusablemente atender cuando menos a un doble orden de exigencias fundamentales, que se proyectan tanto sobre la finalidad como sobre el contenido de la PPL y que ésta no atiende.

Ha de proporcionarse, en primer término, una fundamentación clara y precisa, adecuada y suficiente, particularmente reforzada en estos casos, de las determinaciones que incorpora la PPL y los ámbitos abarcados y acotados por ella. Una vez constatada la insuficiencia de una fundamentación rigurosa y la ausencia de una delimitación estricta de los supuestos que la regulación propuesta pretende abarcar, no se presenta a decir verdad nada sencilla la tarea de llegar a identificar los criterios de objetividad y razonabilidad que todo juicio de igualdad en la Ley impone y requiere.

Y, por otro lado, al contenido de las determinaciones propuestas igualmente le es exigible un grado de determinación y concreción suficiente que ahora mismo falta también: las imprecisiones e incertidumbres pugnan con la mínima seguridad jurídica impuesta incluso a los productos provenientes del Legislador, pudiendo resultar por lo demás como consecuencia indirecta, y a su vez indeseada para los propios promotores de la iniciativa, y por paradójico que ello parezca, la imposibilidad de cumplir lo previsto en la propia disposición modificada, a partir de su propia generalidad y ambigüedad.

Como resultado de estas limitaciones absolutamente infranqueables, se impone sin la menor duda una indudable constricción en las medidas dispuestas a los efectos pretendidos, así como la proscripción de una desfiguración o un vaciamiento de los propios conceptos de que se sirve la normativa urbanística general (la misma imprecisión resultante de las categorías empleadas de edificación, vivienda y edificación residencial) dentro de la que la PPL aspira a insertarse por medio de la modificación de su disposición adicional primera. Sin una correcta y precisa articulación de la excepción que ahora pretende ampliarse por medio de la PPL sometida a nuestra consideración, en suma, no es posible superar las objeciones planteadas en este Dictamen.

3. Al margen de tales consideraciones generales, tampoco la PPL es aceptable desde la, en principio, loable finalidad de garantizar el derecho a la vivienda digna de los ciudadanos infractores, como se desprende de la Exposición de Motivos de la PPL. Al margen de que los derechos (sobre todo si son principios rectores de la política social y económica) deben conseguirse dentro de y no a pesar del sistema constitucional, ese derecho tiene por objeto, justamente, otorgar a todo ciudadano una vivienda digna. Lo que implica que de las medidas propuestas por la PPL (si quiere ser coherente con su propia exposición) deberían quedar excluidas las segundas y ulteriores residencias, así como cualquier otra edificación que no tenga por finalidad la que persigue el art. 47 de la Constitución, como establecimientos comerciales, mercantiles, industriales etc.; especialmente los turísticos, objeto de limitación singular en leyes especiales.

La PPL, pues, no guarda la debida proporcionalidad entre el objetivo a perseguir y el alcance de las medidas utilizadas para ello. De donde se deduce que el

verdadero fin de la PPL es el de otorgar una nueva *amnistía urbanística* a los infractores urbanísticos utilizando cauces y modos de dudosa constitucionalidad.

4. El aspecto troncal de la cuestión reside en que ya la misma situación fue objeto de medidas normativas (Decreto 11/1997) que permitieron una *amnistía urbanística* que pretende ahora ser renovada, lo cual sugiere una última consideración complementaria.

En efecto, ha de tenerse presente que podría resultar aplicable también al caso la doctrina de que si bien es constitucionalmente posible que las normas prevean excepcionalmente y de forma transitoria regímenes singulares específicos que de suyo implican una quiebra de las reglas generales de aplicación a los mismos supuestos de hecho, tal situación “transitoria y excepcional sólo puede coexistir con el sistema común (...) por una sola vez” (STC 302/1993, de 21 de octubre, concerniente a pruebas específicas singulares de acceso a la función pública, con quiebra parcial de los principios de mérito y capacidad). En el caso que nos ocupa, la excepcionalidad del hecho ya fue objeto de regularización mediante el Decreto 11/1997, por lo que no cabría ahora la reproducción del mismo mecanismo. No ha nacido esta doctrina constitucional inequívoca en el preciso ámbito que ahora nos ocupa, aunque podría esgrimirse y extrapolarse a él, siquiera como argumentación complementaria, tal como antes se indicó.

5. Finalmente, al margen de lo anteriormente expuesto, la PPL plantea varias cuestiones conexas cuya consideración ayudarían a sostener su razonabilidad.

La primera, es que se desprende de la Exposición de Motivos que algunas viviendas en la misma situación que las que ahora se pretende legalizar fueron demolidas en su día al amparo de la legalidad que ahora se pretende excepcionar y que no lo hubieran sido en los términos de la PPL.

La segunda, es que si se quiere actuar con un cierto trato simétrico en la ilegalidad, habría que dar trámite favorable también a las peticiones de licencia cursadas en el mismo periodo de tiempo a que la PPL hace referencia y desestimadas, justamente, en cumplimiento de la misma ley que ahora, mediante la PPL, se pretende excepcionar.

Por último, se aprecia en la PPL la ausencia de medidas correctoras, preventivas y/o sancionadoras (dotación de medios complementarios de inspección; sistema



eficaz de denuncias de la ilegalidad urbanística; tutela efectiva de la Comunidad sobre las Corporaciones locales etc.) que impidan que la situación fáctica que ha motivado la presentación de la PPL vuelva a reiterarse en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

## C O N C L U S I Ó N

La Comunidad Autónoma de Canarias ostenta plenas competencias y puede en consecuencia incidir sobre la materia objeto de ordenación. Pero, por las razones expresadas en los Fundamentos II y III de este Dictamen, la Proposición de Ley sometida a la consideración de este Consejo, en los términos que viene propuesta, no es conforme a Derecho.