



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 1 / 2 0 0 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 23 de enero de 2007.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Los Realejos en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía nº 3651/02, de 12 de septiembre, por el que se resuelve conceder licencia municipal a A.O.R., por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido en la legislación urbanística (EXP. 480/2006 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen es la Propuesta de Resolución, formulada en el procedimiento de revisión de oficio instruido por el Ayuntamiento de Los Realejos a instancia de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN), que se dirige a declarar la nulidad de pleno Derecho de la licencia municipal de obra mayor concedida por el Decreto 3651/02, de 12 de septiembre de 2002, del Alcalde Presidente.

2. La preceptividad del Dictamen, su carácter obstativo de la declaración de nulidad que se pretende y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan del art. 11.1.D.b) de su Ley reguladora en relación con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. El acto firme que se pretende revisar proviene de un órgano de una Administración municipal; por consiguiente, según ordena el art. 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo, el Dictamen debió ser solicitado por el Alcalde. Sin embargo, la

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

solicitud de Dictamen aparece firmada por el Presidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Independientemente de que éste reúna también la condición de Alcalde del Ayuntamiento, es en esta última condición en la que debió solicitar el Dictamen.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan un Dictamen sobre el fondo.

II

1. En el año 1998 la finca propiedad de M.A.O.R., sita en Tigaiga, en (...) de Icod El Alto, identificada como la parcela nº (...), con una cabida de 2.030 metros cuadrados, y con una casa tradicional campesina con más de cien años de antigüedad, de una planta de altura y con 81'15 metros cuadrados de superficie construida, en situación de fuera de ordenación, estaba situada en suelo clasificado como rústico de protección por las Normas Subsidiarias del Planeamiento General del Municipio de Los Realejos.

2. Esta clasificación como suelo rústico de protección se debía a que la Ley 12/1994, de 19 de noviembre, de Espacios Naturales de Canarias (LEN), al proceder a la reclasificación de los espacios naturales, había declarado como el Paisaje Protegido T-34 el de Los Campeches, Tigaiga y Ruiz (disposición adicional primera.1 y Anexo) donde se hallaba dicha finca, por lo que, conforme a su art. 19.2., ese suelo debía ser clasificado como rústico. La LEN delegaba la gestión de los Espacios Naturales en los Cabildos Insulares (art. 37.3), a cuyo fin creaba los Patronatos Insulares de Espacios Naturales Protegidos, órganos colegiados adscritos al respectivo Cabildo Insular (art. 38.1) entre cuyas funciones figuraba la de informar los proyectos de obras que se pretendiera ejecutar en el ámbito de los Espacios Naturales Protegidos [art. 38.2.e)].

3. Conforme a la entonces vigente Ley 5/1987, de 7 de abril, sobre la Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias (LSR), el suelo rústico de protección era el que poseyera un valor natural, ecológico o paisajístico, y aquel otro que afectara a monumentos o conjunto del Patrimonio Histórico-Artístico y su entorno o necesario para la protección de acuíferos [art. 8.c)]. En el suelo rústico no podían realizarse construcciones que no estuviesen concreta y expresamente autorizadas por el planeamiento (art. 9.1), aunque excepcionalmente se permitían las construcciones aisladas destinadas a vivienda unifamiliar agrícola y residencial ubicadas en los lugares donde no existiera la

posibilidad de que se formara un núcleo de población [arts. 9.2, d) y 12.3]. Estas construcciones estaban sometidas a autorización previa de la Dirección General de Urbanismo la cual no eximía de obtener la licencia municipal de obras [art. 11.2 a) y e)].

4. M. solicitó esa autorización para rehabilitar la casa tradicional, la cual le fue concedida por la Resolución nº 1138, de 15 de julio de 1998, con base en el art. 9.2, d) LSR y el art. 60 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLRSOU), aprobado por el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril; precepto este último que permitía las pequeñas reparaciones que exigiera la conservación de los inmuebles fuera de ordenación.

5. El 15 de mayo de 1999 entró en vigor la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias (LOT) puesto que se publicó el día anterior en el Boletín Oficial de Canarias nº 61 (disposición final tercera).

La LOT derogó la LSR [disposición derogatoria 1: a): 3)], y dispuso que desde su entrada en vigor eran de inmediata aplicación, cualquiera que fuera el planeamiento de ordenación y, en su caso, el instrumento de gestión de Espacios Naturales Protegidos que estuviera en vigor, sus Títulos II, III y VI. La LOT dentro del suelo rústico de protección contemplaba el de protección paisajística [art. 55.a).2) LOT actualmente art. 55.a).2) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, TRLOTEN, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo]. Con carácter general en las categorías de suelo rústico de protección contempladas en el art. 55.a) sólo son posibles las construcciones que expresamente legitimen el planeamiento y sean compatibles con el régimen de protección a que dicho suelo esté sometido. En el suelo rústico de protección natural, paisajística y cultural, así como en el suelo rústico de protección del entorno de Espacios Naturales Protegidos, y de itinerarios, sólo serán posibles con carácter general y sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación ambiental y otras normas sectoriales, los usos y las actividades que sean compatibles con la finalidad de protección y los necesarios para la conservación y, en su caso, el disfrute público de sus valores [art. 63.1 a) y b) LOT; ahora, art. 63.1.a) y b) TRLOTEN]. En este suelo la eficacia de las licencias municipales está sujeta a la condición legal suspensiva de prestación de garantía por importe mínimo de los costes de demolición o desmantelamiento y de inscripción en el Registro de la Propiedad del carácter precario de las construcciones e instalaciones. El otorgamiento de dichas licencias

conlleve el deber de demolición o desmantelamiento y de restauración de los terrenos y de su entorno sin indemnización, a requerimiento del órgano urbanístico actuante (art. 63.1, último párrafo LOT; actualmente art. 63.1, último párrafo TRLOTEN).

Además, en el suelo rústico incluido en Espacios Naturales Protegidos o en sus zonas periféricas de Protección el régimen de usos será el especialmente establecido por sus instrumentos de ordenación, sin que en ellos puedan otorgarse licencias sin un informe emitido por el órgano al que corresponde su gestión, y que en caso de que fuere negativo tendrá carácter vinculante (art. 63.5 LOT recogido con la misma numeración en el TRLOTEN).

Como determinaciones de ordenación de directa aplicación se dispone que en el suelo rústico no pueden realizarse construcciones con características tipológicas o soluciones estéticas propias de las zonas urbanas y que todas las construcciones deben estar en armonía con las tradicionales en el medio rural canario [art. 65.1 b) y f) LOT, ahora con la misma numeración en el TRLOTEN].

Todo proyecto de edificación o uso objetivo del suelo rústico necesita de una previa calificación territorial, que es el instrumento de ordenación que precisa, para un concreto terreno y con vistas a dicho proyecto o uso no prohibido, el régimen del suelo rústico definido por el planeamiento urbanístico o la ordenación de los recursos naturales aplicable.

La calificación territorial es otorgada por el Cabildo Insular a través de un procedimiento en el que se ha de emitir un informe municipal y se ha de abrir un período de información pública (art. 27.1 y 2 LOT, ahora con la misma numeración en el TRLOTEN). Las licencias urbanísticas otorgadas sin la previa obtención de dicha calificación territorial son nulas de pleno derecho (art. 170.4 LOT, idéntico en el TRLOTEN).

6. La LOT entró en vigor, como se dijo, el 15 de mayo de 1999 y disponía la aplicación inmediata y directa de sus arts. 49 a 158 y 187 a 224 (disposición transitoria primera.1); es decir, que esas normas prevalecerían sobre las determinaciones del planeamiento aplicable sin necesidad de adaptación de éste a la nueva Ley.

Por obra de la disposición transitoria quinta.3 el suelo donde estaba el solar para el cual se había solicitado la autorización seguía manteniendo su calificación como suelo rústico de protección.

La disposición transitoria tercera disponía la ultractividad de la legislación anterior respecto a los expedientes sancionadores y de legalización en trámite, sin perjuicio de la retroactividad "in bonus" del nuevo Derecho sancionador. Los expedientes de legalización estaban contemplados en los arts. 20, b) y 24 y 26 de la Ley 7/1990, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística y Territorial, LDUT. De esa regulación legal resultaba que esos expedientes de legalización tenían por objeto la legalización de obras terminadas o en curso de ejecución que carecieran de licencia o no se ajustaran ésta.

La disposición transitoria séptima establecía un régimen especial respecto a las licencias urbanísticas existentes a la entrada en vigor de la LOT que la contradijeran.

De esta regulación de Derecho transitorio resultaba claro que las nuevas licencias que se otorgaran tras la entrada en vigor de la LOT debían ser conformes a ella.

7. El 28 de junio de 1999, el Alcalde-Presidente dictó el Decreto 1780/99 por el que concedía licencia de obra para la rehabilitación de la vivienda sita en la parcela descrita más atrás en el suelo rústico de protección y en el interior del espacio natural T-34 paisaje protegido de Los Campeches, Tigaiga y Ruiz. En dicho Decreto se invocaban como fundamentos jurídicos los arts. 166.d) y e) LOT y su disposición transitoria tercera que, como se señaló, sólo contemplaba los expedientes en tramitación sancionadores y de legalización, no los de obtención de licencias. Por consiguiente, dicha licencia se otorgó sin informe del Patronato Insular de Espacios Naturales Protegidos [art. 38.2.e) LEN y 63.5 LOT], sin que la obra estuviera expresamente legitimada por el planeamiento [arts. 63.1 a) y 63.5. LOT] y sin la previa calificación territorial (27.1 y 2 y 170.4 LOT).

La licencia concedida incluía en su condicionado que las obras debían ejecutarse de acuerdo con ella y que no podría introducirse variación alguna en el proyecto sin la previa obtención de la licencia municipal que la autorizara.

8. El 22 de diciembre de 1999 se levantó acta-denuncia porque las obras se estaban construyendo sin ajustarse a la licencia. El siguiente día 30 el Alcalde dictó el Decreto 4237/99 suspendiendo las obras e incoando expediente de restauración de la legalidad urbanística. De las actuaciones practicadas se constató que la edificación originaria para la que se había solicitado licencia con un proyecto de rehabilitación había sido demolida y en su lugar se estaba construyendo una de nueva planta que no se correspondía con el proyecto.

9. La propietaria solicitó nueva licencia municipal para modificar el proyecto de rehabilitación presentado para la obtención de la primera. Mediante Decreto 1459/00, de 25 de mayo de 2000, el Alcalde-Presidente concedió la licencia para realizar las modificaciones, en la ejecución de las obras de rehabilitación conforme al proyecto modificado presentado “sin que el estado final y características arquitectónicas y dimensionales de la edificación sufran variación respecto a los existentes en el expediente tramitado inicialmente sin aumento volumétrico de ningún tipo ni cambio en sus fachadas, cubiertas o distribución interior”.

Esta nueva licencia se otorgó con infracción de los mismos preceptos de la LEN y de la LOT que se vulneraron cuando se concedió la primera, y que a la razón estaban contenidos en el TRLOTEN, vigente desde el 15 de mayo de 2000.

10. El 11 de octubre de 2000 el Alcalde-Presidente dictó el Decreto 3116/00 ordenando la inmediata paralización de las obras porque se estaban ejecutando sin ajustarse a la nueva licencia concedida.

11. El 20 de febrero de 2002 la propietaria solicitó nueva licencia de obras que le fue concedida por el Decreto 3651/02 de 12 de septiembre de 2002, sin que tampoco se solicitara informe del Patronato Insular de Espacios Naturales, ni se obtuviera la previa calificación territorial ni estuvieran expresamente legitimada por el planeamiento.

12. La Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN) dictó Resolución el 29 de marzo de 2004, ordenando la suspensión de la obra por carecer de la previa calificación territorial. Contra esa resolución la propietaria interpuso recurso contencioso administrativo que se tramitó por el Juzgado nº 1 de ese orden el cual, en fase de prueba, solicitó informe del Ayuntamiento de Los Realejos acerca de si la obra ejecutada por la propietaria al amparo de la licencia de obra mayor otorgada por el citado Decreto 3651/2002 se ajustaba a la misma.

En cumplimiento de dicha resolución judicial el Arquitecto de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento emitió informe de 16 de diciembre de 2005 en el que se señalaba que, en visita realizada a comienzos de dicho mes, se pudo constatar que las obras ejecutadas “no se corresponden con la licencia de obra mayor, otorgada por Decreto 3651/2002”.

13. La propietaria solicitó al Juzgado como medida cautelar la suspensión de la Resolución citada de la APMUN, lo cual fue desestimado mediante Auto que apeló ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de Santa Cruz de Tenerife del Tribunal

Superior de Justicia de Canarias, que dictó la Sentencia nº 330/2005, de 23 de noviembre, en cuyo Fundamento de Derecho Primero se afirma que la licencia otorgada por el Decreto nº 1780/1999 no autorizaba la construcción de una vivienda de las características de la que se está ejecutando y que la otorgada por el Decreto 3651/2002 no cuenta con la preceptiva calificación territorial por lo que, en un examen sumario no se puede concluir que sea evidente que el uso edificatorio y estuviera respaldado por las correspondientes autorizaciones y que la orden de suspensión sea por ello manifiestamente errónea y, en consecuencia, desestima el recurso de apelación.

14. Por escrito de 5 de septiembre de 2006 el Director de la APMUN, con la cobertura del art. 185 TRLOTEN, instó al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de la licencia de obra mayor concedida por el Decreto 3651/02, de 12 de septiembre de 2002.

III

1. De todo lo actuado resulta evidente que la licencia concedida por el Decreto 3651/02, de 12 de septiembre de 2002, no era de rehabilitación, sino que era para una obra de nueva planta, pues la vivienda centenaria para la cual se habían solicitado las dos anteriores licencias de rehabilitación fue completamente demolida.

Esa licencia de obra mayor en una finca ubicada en un suelo calificado como rústico de protección y en el interior de un espacio natural, concedida en septiembre de 2002, requería de la previa calificación territorial, según disponen los arts. 27 y 66.7.a) TRLOTEN, la cual debió ser solicitada por la propietaria (art. 27.2 TRLOTEN). El art. 170. 4 TRLOTEN considera nulas de pleno Derecho las licencias urbanísticas otorgadas sin la previa Calificación Territorial; por consiguiente, es conforme a Derecho la declaración de nulidad pretendida con fundamento en dicho art. 170.4 LRLOTEN en relación con el art. 62.1.g) LRJAP-PAC.

2. La interesada ha alegado que la iniciación de la revisión de oficio es extemporánea porque ha transcurrido el plazo de cuatro años del art. 103.1.a) LRJAP-PAC. Esta alegación no es atendible porque este precepto se refiere a los actos anulables contemplados en el art. 63 LRJAP-PAC. Para los actos nulos de pleno derecho del art. 62 LRJAP-PAC, que hayan agotado la vía administrativa, como es el caso de esta licencia, o que no hayan sido recurridos en plazo, el art. 102.1 LRJAP-PAC permite que la Administración, tras seguir el presente procedimiento, los declare

nulos en cualquier momento. A tenor del carácter básico de la LRJAP-PAC, sus disposiciones resultan de aplicación general y no pueden quedar excluidas de los distintos sectores que el ordenamiento jurídico abarca: se produciría en tal caso una infracción de dicha normativa básica. Sin que sus disposiciones por tanto puedan considerarse en ningún caso desplazadas por previsiones de carácter especial o sectorial que, menos aún, pueden llevar a legitimar su exclusión o dispensa puntual.

Los límites a esta potestad los fija el art. 106 LRJAP-PAC. Entre esos límites está que la declaración de nulidad sea contraria a la buena fe, lo cual, en el presente caso no concurre porque la interesada desde el primer momento ha actuado contraviniendo la normativa urbanística ejecutando obras para las cuales no la amparaban ninguna de las licencias que obtuvo. Tampoco se vulnera derecho alguno de los particulares porque no existe derecho a construir en suelo rústico de protección de un espacio natural protegido sin que el planeamiento lo legitime expresamente, como suelo de asentamiento rural o agrícola. Tampoco la declaración de nulidad que se persigue colide con ley alguna, ni la interesada ha alegado, ni se puede discernir, en qué lesiona a la equidad la declaración de nulidad que se persigue.

El art. 106.1 LRJAP-PAC no impide sin más que por transcurso del tiempo o por prescripción de acciones no se pueda declarar la nulidad de un acto firme, requiere además que su ejercicio resulte contrario a alguno de los cuatro extremos que se acaban de señalar. Por otro lado, la licencia se concedió el 12 de septiembre de 2002 y el 29 de marzo de 2004 ya la APMUN había ordenado la paralización de las obras por carecer de la calificación territorial, por lo cual no se puede alegar que haya transcurrido un plazo desmesurado sin que la Administración haya reaccionado ante las obras ilegales; haciendo abstracción ahora de que frente a las anteriores obras ilegales la Administración municipal también había reaccionado prestamente.

3. Por último, la Propuesta de Resolución, en sus antecedentes, al citar el escrito de la APMUN, califica como causa de anulabilidad la omisión del informe preceptivo y vinculante, si fuere negativo, del informe del órgano de gestión del espacio natural protegido (art. 63.5 TRLOTEN), que no se solicitó en el procedimiento de concesión de la licencia. Al respecto se señala que un informe preceptivo, vinculante de la Resolución final en caso de que fuera negativo, ha de considerarse un trámite esencial en el procedimiento de concesión de autorizaciones, licencias o concesiones administrativas a otorgar en el suelo rústico incluido en los Espacios Naturales, cuya omisión determina por tanto la nulidad de pleno derecho.

La omisión de un trámite esencial en un procedimiento equivale a prescindir total y absolutamente de él (SSTS de 31 de marzo de 1999, RJ 1999/4167; 24 de febrero y 21 de mayo de 1997; RJ 1997/1115 y 1997/4376; entre otras muchas).

De ahí que una licencia urbanística concedida en suelo rústico de un espacio natural protegido sin dicho informe, adolecería del vicio de nulidad tipificado en el primer inciso del art. 62.1.e) LRJAP-PAC. Pero, iniciado el procedimiento y formulada la Propuesta de Resolución con fundamento exclusivamente en la causa del art. 170.4 TRLTEN en relación con el art. 62.1.g) LPAC, la Resolución final no puede ahora fundamentarse también en esta causa de nulidad.

C O N C L U S I Ó N

La declaración de nulidad pretendida es conforme a Derecho.