



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 6 3 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de abril de 2007.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arafo en relación con la *revisión de oficio del acto administrativo de obtención de licencia urbanística de edificación por silencio administrativo a favor de J.R.G.D. (EXP. 41/2007 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Arafo, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio del acto presunto en virtud del cual el interesado, J.R.G.D., obtuvo en contra de lo dispuesto en el plan vigente licencia de construcción de un garaje anejo a vivienda de su propiedad.

La legitimación del Alcalde para solicitar el Dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con los arts. 102.1 y 62.f), de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que disponen la nulidad de pleno derecho de cualquier acto cuando "se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".

2. Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

(...)¹

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

II

1. La primera cuestión que suscita la Propuesta de Resolución, y por extensión todo el expediente, es la de la competencia para la aprobación de la misma, que se ha atribuido al Alcalde una vez se reconsiderara la inicial atribución de competencia a la Junta de Gobierno Local, la cual en su día, se recuerda, adoptó el inicial Acuerdo de "proceder a la revisión del acto administrativo", aunque sin adoptar cautela de orden procedimental alguno al respecto. Fue el 22 de enero de 2007 cuando el Alcalde *aprobó la incoación del procedimiento revisor de oficio*, acordándose el 13 de febrero el nombramiento de instructor y secretaria del mismo y, posteriormente, el 21 de febrero, la Junta de Gobierno acordó "dejar sobre la mesa" la ratificación del Decreto del Alcalde de 22 de enero de incoación de procedimiento revisor, al entender que la competencia sobre el procedimiento revisor era competencia del Alcalde, pues a él le corresponden el ejercicio de las "acciones administrativas y judiciales en la defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia" [art. 21.1.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, LRBRL], añadiendo el precepto que procederá ello "incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación".

Como parece desprenderse del expediente, la intervención inicial de la Junta de Gobierno Local obedecía al hecho de que poseía delegada la competencia del Alcalde para la concesión de licencias administrativas. Esta delegación amparó que fuera la Junta la que iniciara el procedimiento revisor, luego reiniciado por Decreto del Alcalde, lo que fue asumido por la Junta que dejó sobre la mesa la cuestión de la ratificación del mencionado Decreto, en claro entendimiento de que la competencia revisora, aun cuando se tratase de función delegada, no era suya.

El entendimiento que se hace de la competencia del Alcalde es erróneo.

El precepto legal habla de acciones administrativas y judiciales que, por su propia naturaleza, deben tener efectos *ad extra*. El Alcalde, en efecto, defiende al Ayuntamiento frente a terceros, pero en este caso no se trata de que el Ayuntamiento, a través de su Alcalde, plantee el inicio de una revisión de oficio ante otra Administración en defensa de sus intereses corporativos y en el ámbito de las competencias del Alcalde, sino que se trata de revisar un acto propio en ejercicio de una competencia no material (como lo es la concesión de licencia) sino formal (la revisión de tal acto). Y en cuanto a competencia revisora, de los arts. 110 LRBRL (que

atribuye la competencia expresa al Pleno en la revisión de actos de gestión tributaria y de los demás de forma inducida, así lo entiende la doctrina), y 53 LRBRL y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Interior de las Corporaciones Locales, aprobado por R.D. 2568/1986, de 28 de noviembre (que remiten tal revisión a "los términos y con el alcance" previstos en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común), se desprende que la competencia revisora es del Pleno y no de ningún otro órgano corporativo, salvo que concurra la situación de urgencia a la que se refiere el art. 21.1.k) LRBRL, que ni parece que concurra ni se ha alegado.

Abunda en tal conclusión el que la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, atribuya la competencia revisora dentro de la Administración General del Estado al órgano jerárquicamente superior respecto del que dictó el acto -en este caso, a quien le hubiera correspondido la competencia-, es decir, Pleno y Junta de Gobierno Local, respectivamente; que la declaración de lesividad le corresponde al Pleno (art. 103.5 LRJAP-PAC); y porque en igual sentido se pronuncian las SSTs de 3 de junio de 1985 (RJ 3203), 2 de febrero de 1987 (RJ 2903) y 27 de abril de 1990 (RJ 3660), y este Consejo en Dictámenes anteriores.

2. Al margen de tal cuestión formal, el procedimiento revisor tramitado suscita la siguiente observación.

Cuando en su día fue inadmitida la solicitud de Dictamen cursada por el Ayuntamiento sobre el mismo asunto lo fue porque la Propuesta que se remitió fue la de inicio del procedimiento revisor una vez archivado el procedimiento sancionador incoado por la presunta infracción urbanística de haber construido sin licencia, siendo así que el interesado la poseía en virtud del silencio positivo operado por mandato de la Ley. Pero distintos son el procedimiento sancionador y el procedimiento revisor del acto aprobado por silencio, por lo que debía tramitarse el procedimiento revisor conforme a las previsiones de la Ley y concluir, nuevamente, con una Propuesta de Resolución que tuviere por objeto la revisión inicial del acto y no ninguna otra incidencia de carácter urbanístico colateral o concurrente.

La Propuesta de Resolución que ha sido remitida a este Consejo es el medio que se utiliza para dar cuenta de la respuesta que la Administración da a las alegaciones efectuadas por el interesado en el contexto del procedimiento revisor, pero omite o no es suficientemente explicativa sobre las circunstancias obrantes en las

actuaciones, y hechas constar en su día en la Propuesta de Resolución inicial, relativas al acto obtenido por silencio positivo. La Propuesta de Resolución comienza con referencia a la incoación del procedimiento revisor pero omite toda la relativa, y sus antecedentes y consecuencias jurídicas, a los hechos previos determinantes del mismo. Debe pues hacerse un relato de hechos ordenados de forma cronológica como expresión del procedimiento revisor instruido y a tal fin debe completarse el texto de la Propuesta que ha sido remitido a este Consejo.

Una de las imputaciones hechas por el interesado fue la de haber sido objeto de un acto prevaricador toda vez que en situaciones parecidas otros vecinos han podido construir y disfrutar pacíficamente de construcciones sin licencia (según indica, hay 600 otras viviendas ilegales en el término), y otros expediente urbanísticos sancionadores instruidos a otros vecinos se tramitan con lentitud -citando incluso el nombre de uno de ellos- en tanto que el suyo lo ha sido con suma celeridad. A esta concreta imputación se hace referencia en el informe de la Secretaría General de 16 de febrero de 2007, en el que se expresa que entre ambos expedientes sancionadores existe una diferencia que explica el diferente trato. Y es que en el caso que se dictamina la nulidad del acto va a generar "la asunción por la Administración Local de los costes derivados de la posterior demolición de lo construido hasta la orden de suspensión, y, sin embargo, el otro supuesto, (que) se trata es de obras realizadas sin la obtención de licencia urbanística que están siendo objeto de informe técnico, (...) y en) el supuesto de restitución el coste deberá ser asumido por el particular y tendrá que ser objeto de sanción como terminación del procedimiento a diferencia del primero". Razones que también deben obrar en la Propuesta -pues ésta debe decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados (art. 89.1 LRJAP-PAC)- siquiera de forma sucinta.

III

1. Se fundamenta la pretensión revisora en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. La cuestión estriba, pues, en la determinación de si el o los requisitos no cumplidos son o no esenciales, concepto éste que, dada la interpretación restrictiva de los supuestos de revisión de oficio, debe ser asimismo interpretado restrictivamente.

Los requisitos objetivos y/o subjetivos exigidos con ocasión de un determinado procedimiento pueden ser o no esenciales, lo que obliga en cada supuesto a precisar

su grado de esencialidad, pues, en caso contrario, el incumplimiento de cualquier requisito atraería hacia la nulidad radical o de pleno derecho cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, para lo que se instituye la anulabilidad (art. 63 LRJAP-PAC) y el subsecuente procedimiento de declaración de lesividad (art. 103 LRJAP-PAC).

Cuando se trata de requisitos subjetivos -es decir, que la concesión del derecho se condiciona a una condición subjetiva o personal- parece razonable entender que en este caso la ausencia de esa circunstancia subjetiva, aunque se cumplan con todos los requisitos objetivos, determina que se carezca de un requisito esencial a efectos de revisión, pues la condición subjetiva del interesado se convierte en fuente de legitimación para instar o comparecer al procedimiento de que se trate, por lo que se vicia todo el procedimiento desde su acto fuente: la legitimación para iniciarlo.

Este mismo sentido se desprende de los Dictámenes de este Consejo 96/2000, de 29 de junio, y 96/1999, de 15 de octubre, en los que se efectuó una aplicación restrictiva del concepto esencial. En los DDCC 89/1998, de 2 de diciembre, y 33/2003, de 7 de marzo, se entendía que era requisito esencial [a los efectos del art. 62.1.f) LRJAP-PAC] para el disfrute de ayudas que se convocaron "ser productor o comercializador" en el primer caso y "agricultor profesional" en el segundo; es decir, existía una condición subjetiva a la que se anudaba, al margen de otros requisitos accesorios, la concesión de las ayudas.

2. En este caso, el art. 164.1 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (TR-LOTEN) establece dos requisitos "esenciales" (*sic*) objetivos para legitimar un acto de construcción y edificación: la "vigencia de la ordenación idónea conforme a este Texto Refundido" y "la cobertura en proyecto técnico aprobado administrativamente, cuando sea legalmente exigible".

El aprovechamiento urbanístico posee una exigencia y de suyo al mismo tiempo un requisito cualificado: que la licencia se ampare en el plan vigente ("ordenación idónea"). Y esta exigencia es la que legitima el planeamiento urbano y, en suma, toda la legalidad urbanística de la que son principios generales que el suelo y la edificación se utilicen "conforme a la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística" y la obligatoriedad del planeamiento (art. 4.2 TR-LOTEN). En suelo urbano, así, el propietario tiene el deber de "edificar en las condiciones fijadas por la ordenación urbanística [arts. 72.2.g) y 73.3.c) TR-LOTEN]. La legitimación de la edificación en el plan es pues requisito esencial a estos efectos.

No es lo mismo que haya procedimiento -sea cual fuere su grado de cumplimiento- y que no haya habido Resolución operando el silencio positivo, y que no haya procedimiento alguno y que también hubiera habido silencio positivo si se dieran las condiciones que la Ley dispone: que hubiera transcurrido el plazo de resolución de 3 meses [art. 166.5.b) TR-LOTEN] y el interesado hubiera cumplido, como así fue, con la carga que la Ley le impone: la comunicación previa con al menos 10 días de antelación [art. 166.5.c) TR-LOTEN] lo que determinaba que la licencia se considerara otorgada "a todos los efectos".

3. Al margen de lo razonado sobre la esencialidad o no de tales requisitos, es lo cierto que la propia Ley dispone de un mecanismo para permitir su ausencia o incumplimiento mediante el incidente de legalización, si procede, de los actos de construcción o edificación del suelo, lo que requiere licencia en los términos y con los efectos que dispone el art. 178 TR-LOTEN. Y entre los requisitos generales estaban, como se dijo, que la licencia se adapte al instrumento de ordenación vigente, en este caso el Plan General, obrando en las actuaciones información fehaciente de la Oficina Técnica, que se ha incorporado a la Propuesta de Resolución, de que la construcción del interesado no se adecuaba a los términos o límites que se deducían del Plan, siendo además no legalizables.

Luego lo relevante no es que se hayan incumplido determinados requisitos esenciales, pues la Ley dispone la posibilidad de su cumplimiento tardío, pero siempre con adecuación al Plan. Lo relevante a estos efectos es que según el art. 166.6 TR-LOTEN "en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias urbanísticas en contra de la ordenación de los recursos naturales, territorial, urbanística o sectorial aplicables". Y en este caso se acredita que la construcción no los cumplía ni los podía cumplir previa instrucción del procedimiento de legalización. Por ello, el que la licencia ganada por silencio positivo se entienda obtenida "a todos los efectos" solo vale en tanto la construcción se adapte o sea susceptible de adaptación al Plan General. Pero si no fuera así, la presunción de legitimidad de la licencia obtenida por silencio cede ante la certeza de la vulneración del Plan por exigencia del principio de legalidad.

IV

1. Así, nos encontramos con una licencia obtenida por silencio en contra del Plan General, lo que debe impedir que la licencia se mantenga en el patrimonio del interesado.

Lógicamente, en este proceso de decantación de hechos y de aplicación de Derecho no debe interferir el procedimiento sancionador incoado en su día y archivado una vez se hubo constatado que la ejecución de las obras contaba con el respaldo de una licencia obtenida por silencio positivo. Tampoco el incidente de “suspensión cautelar de las obras” (acordado y dispuesto para cuando el acto se realice sin previa licencia, art. 176.1 TR-LOTEN); el inmediato “precintado de las obras” como consecuencia del incumplimiento de la orden de suspensión (art. 176.2 TR-LOTEN); las consecuencias sancionadoras del incumplimiento de tal orden, de las que fue advertido el interesado (art. 176.4 TR-LOTEN); el posible quebranto del precinto; la posible legalización de las obras, posibilidad desechada (arts. 177 y 178 TR-LOTEN); y la reposición de la realidad física alterada (art. 179 TR-LOTEN). Conductas todas ellas concernientes a la legalidad urbanística material y que no deben interferir, como se ha dicho, en el proceso de revisión ante el que nos hallamos y que sólo pretende anular una licencia obtenida por silencio en contra del Plan vigente, sin perjuicio de que seguidamente deba procederse en el sentido que corresponda a resultas del procedimiento revisor. Incidentes todos ellos contra los que ha podido reaccionar el interesado, como así lo ha hecho.

2. El art. 104 LRJAP-PAC permite, iniciado el procedimiento de revisión de oficio, la suspensión de la ejecución del acto a revisar “cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”. El precepto no fue alegado, y consta en las actuaciones que tras la suspensión de las obras éstas continuaron colocándose un cartel, se supone que por el promotor de las mismas, con la leyenda “se vende”, haciendo referencia a los perjuicios que se ocasionarían caso de consumarse la transmisión.

La cuestión no atañe en puridad, como se dijo, al procedimiento revisor, sino a sus consecuencias, en concreto, a la restitución de la legalidad urbanística vulnerada.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo la declaración de nulidad pretendida, según se razona en el cuerpo de este Dictamen, por encontrarse el acto administrativo sometido a revisión incurso en la causa determinada en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, al carecer de un requisito esencial.

2. No obstante, en la Resolución que ponga fin al procedimiento deben sanarse los defectos formales aludidos en la fundamentación de este Dictamen, al no ser conforme a Derecho que la competencia para iniciar y resolver el procedimiento revisor corresponda al Alcalde.