



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de enero de 2008.

Dictamen solicitado por la Ilma. Sra. Alcaldesa-Presidenta Accidental del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio, instada por C.M.S. y otros, en representación de 81 comerciantes y empleados del C.C.F.2, y J.E.R.S., en representación de la entidad P.F., S.A., de la licencia de primera ocupación de la parcela W - Urbanización Campo de Golf, por así disponerlo la legislación urbanística (no conformidad con las Ordenanzas) (EXP. 490/2007 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Ilma. Sra. Alcaldesa-Presidenta Accidental del Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado a instancia de diversos interesados, para declarar la nulidad de la licencia de primera ocupación de la parcela W de la Urbanización Campo de Golf, otorgada por Decreto de la Alcaldía de 23 de julio de 1990.

La legitimación de la Sra. Alcaldesa-Presidenta para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo 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 el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración pretendida.

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

II¹**III**

1. El 22 de julio de 1994 fue instada por C.M.S. y otros, en representación de 81 comerciantes y empleados del C.C.F.2, así como por J.E.R.S., en representación de la entidad P.F., S.A., la revisión de la licencia de primera utilización u ocupación otorgada por Decreto de la Alcaldía de 23 de julio de 1990. En estos escritos se solicita la declaración de nulidad de la citada licencia por no ajustarse la zona comercial a los parámetros de las Ordenanzas y se insta la iniciación de los correspondientes procedimientos previstos en el arts. 249.2 y concordantes del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y 102 LRJAP-PAC.

2. El 9 de diciembre de 1994, tras la solicitud por los interesados de la certificación de acto presunto, la Comisión Municipal de Gobierno acordó su expedición, si bien con los efectos que se señalan en el informe técnico que se incorpora al Acuerdo, que considera que no es necesaria la incoación del procedimiento por entender que tanto la licencia de edificación como la de primera ocupación habían sido concedidas en cumplimiento de los trámites administrativos y legales pertinentes, con expresa adecuación a la normativa urbanística.

3. Contra el citado Acuerdo, se interpusieron dos recursos contencioso-administrativos, que fueron resueltos, respectivamente, por STSJC 153/1998, de 9 de octubre, y STSJC 843/2000, de 29 de junio, las cuales, estimando parcialmente la impugnación, reconocen el derecho de los recurrentes y ordenan al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana que proceda a la tramitación de las solicitudes por el procedimiento previsto en el art. 102 LRJAP-PAC.

4. El 7 de mayo de 1999, la Comisión Municipal de Gobierno adoptó el Acuerdo de incoar el procedimiento de revisión de la licencia de primera ocupación otorgada el 23 de julio de 1990, sin que conste su finalización.

5. El 23 de septiembre de 2004, se recibe por la Administración oficio del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el que se pide sea señalada persona responsable del incumplimiento de la Sentencia 843/2000, haciéndole saber que en caso contrario lo es el propio Ayuntamiento por no haberse comunicado al Tribunal las medidas adoptadas con respecto a la Sentencia dictada. A dicho oficio se adjunta Providencia acordando el 2º requerimiento para el cumplimiento de la Sentencia.

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

Consta en el expediente que el primer requerimiento fue practicado con fecha 14 de octubre de 2003.

6. El 27 de septiembre de 2005, se notifica nueva Providencia por la que, al no haberse cumplimentado los requerimientos anteriores, se concede un plazo de diez días para que el Ayuntamiento lleve a su puro y debido efecto y practique lo que exige el cumplimiento de la Sentencia. El 8 de noviembre de 2005, se le comunica al citado Tribunal el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 26 de octubre del mismo año, por el que se incoa el procedimiento de revisión de la licencia.

7. Este Acuerdo de iniciación se notifica a los interesados con fecha 17 de febrero de 2006, presentando alegaciones la representación de P.F., S.A. el siguiente 7 de marzo.

8. El 3 de abril de 2006 se adopta Acuerdo plenario en el que se declara la caducidad del procedimiento acordado por la Junta de Gobierno Local el 26 de octubre de 2005, se inicia un nuevo procedimiento y se concede audiencia al titular de la licencia así como a los restantes interesados, presentando nuevamente alegaciones en el plazo conferido al efecto la representación de P.F., S.A.

9. El 6 de octubre de 2006 el TSJC notifica al Ayuntamiento Providencia dando traslado del escrito de alegaciones de la representación procesal de la empresa P.F., S.A. sobre el incumplimiento de la ejecución de la sentencia y otorgando a la Administración un plazo de 6 días para que alegue lo que a su derecho convenga. El 21 de noviembre de 2006 se notifica nuevamente al Ayuntamiento que se le tiene por caducado el derecho y por perdido el trámite para alegaciones.

10. El 16 de marzo de 2007 se notifica al Ayuntamiento testimonio del Auto de 21 de febrero de 2007, a fin de que se proceda a su cumplimiento, en el cual la Sala acuerda tener por iniciado por el Ayuntamiento el procedimiento para la revisión de la licencia otorgada el 23 de julio de 1990, así como requerir a la citada Corporación para que el citado procedimiento de revisión se tramite con la mayor brevedad, debiendo informar mensualmente y de forma sucesiva a la Sala sobre la marcha del mismo hasta la finalización, con apercibimiento de que en caso de incumplimiento del anterior requerimiento se procederá a la imposición de multas coercitivas de 25.000 a 250.000 pesetas, así como a la deducción de testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal al órgano administrativo correspondiente.

11. El 12 de abril de 2007 se adopta nuevo acuerdo plenario por el que se declara caducado el procedimiento de revisión, se acuerda el inicio de un nuevo procedimiento y se concede audiencia a los interesados, presentando algunos de ellos alegaciones en el plazo conferido al efecto. Se incorporan además al expediente, con fecha 1 de agosto y 23 de octubre de 2007, informes técnicos emitidos por los aparejadores municipales.

12. Finalmente, el 30 de noviembre de 2007 se adopta Acuerdo plenario por el que se declara caducado el procedimiento iniciado el 12 de abril de 2007, se acuerda el inicio de un nuevo procedimiento, se toma conocimiento de los informes técnicos y jurídicos municipales anteriormente emitidos, se solicita el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, se otorga trámite de audiencia a los interesados y se ordena se dé cuenta al TSJC en cumplimiento del anteriormente citado Auto de 21 de febrero de 2007.

Conforme al Apartado Segundo de este Acuerdo plenario, los motivos de incoación del procedimiento son los siguientes:

1º. Excederse la edificación de los parámetros urbanísticos aplicables a la parcela en cuanto a la ocupación, edificabilidad y uso, tanto de la licencia de primera ocupación como de las licencias de edificación en tanto incumplan estos parámetros.

2º. No haber obtenido previamente la preceptiva licencia de apertura y la autorización turística pertinente.

3º. No constituir la superficie de uso comercial "servicio complementario" del establecimiento alojativo, para sus propios clientes, al estar abierto al exterior.

4º. Lo construido incumple la exigencia de una plaza de aparcamiento por cada siete plazas alojativas que se contenía en la autorización de turismo de 18 de diciembre de 1986 (otorgada en relación con el Estudio de Detalle de la parcela W de la urbanización Campo de Golf), por lo que la licencia de primera ocupación vulnera el proyecto autorizado.

IV

La Propuesta de Resolución culminatoria del presente procedimiento de revisión de oficio suscita los siguientes reparos:

1. Las diversas y sucesivas declaraciones de caducidad del procedimiento no se consideran conformes a Derecho. De conformidad con el art. 102.5 LRJAP-PAC, la

caducidad únicamente opera en los casos en que el procedimiento se haya iniciado de oficio, en tanto que, cuando se ha iniciado a solicitud de interesado, el transcurso del plazo de tres meses sin haberse dictado resolución permite considerar tal solicitud desestimada por silencio administrativo.

En el presente caso, resulta indudable que se trata de un procedimiento iniciado a solicitud de personas interesadas, quienes dirigieron escritos a la Administración pretendiendo la declaración de nulidad de la licencia de primera ocupación otorgada el 23 de julio de 1990. Esta circunstancia no varía por el hecho de que por el órgano jurisdiccional se haya ordenado a la Administración la tramitación del procedimiento revisar, pues éste es en todo caso el iniciado por los interesados, que debe concluir con una Resolución, tras el cumplimiento de los obligados trámites procedimentales, en la que, estimando o desestimando los motivos de nulidad por ellos alegados, se declare o no la nulidad del acto administrativo afectado. El fallo de las Sentencias recaídas en los recursos presentados contra la inicial desestimación de las solicitudes presentadas no convierte un procedimiento iniciado por interesados en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración. Lo que tales Sentencias determinan es que por parte de la Corporación se resuelva, mediante la tramitación del procedimiento legalmente establecido, las pretensiones de los interesados que iniciaron el procedimiento mediante las oportunas solicitudes. No se trata pues, como parece entender la Administración, de un procedimiento iniciado de oficio, con la consecuencia, entonces, de que no resultan jurídicamente procedentes las declaraciones de caducidad acordadas.

Debe tenerse presente, además, que en el caso de procedimientos iniciados a solicitud de interesado el art. 102.5 LRJAP-PAC, como ya se ha señalado, determina que el transcurso del plazo permite entender desestimada la solicitud por silencio administrativo, lo que habilita al interesado para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta producida. Ahora bien, el transcurso del plazo legalmente establecido no impide la finalización del procedimiento, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC, preceptos que imponen a la Administración el deber de resolver y notificar.

En consecuencia, la Administración debió resolver el procedimiento cuyo inicio se acordó con fecha 7 de mayo de 1999, sin proceder a las sucesivas declaraciones de caducidad y consiguiente inicio de un nuevo procedimiento, a pesar de haber transcurrido el plazo de 3 meses establecido en el precepto legal.

2. El expediente remitido a este Consejo culmina con una Propuesta de Resolución, en realidad un Acuerdo plenario, con el contenido descrito anteriormente. Esta Propuesta no se ajusta a lo que al efecto prevé el art. 89 LRJAP-PAC por diversos motivos:

A. En el orden procedimental, debe tenerse presente que la tramitación del procedimiento conlleva una serie ordenada de actuaciones que han de producirse en el momento oportuno. Por ello, no se ajusta a la legislación aplicable que en el mismo acto se acuerde el inicio del procedimiento, la solicitud de Dictamen a este Consejo y el otorgamiento del trámite de audiencia a los interesados. Por el contrario, una tramitación ajustada a la Ley 30/1992 exige que, iniciado el procedimiento y una vez incorporados al expediente los informes técnicos y jurídicos que resulten pertinentes, se otorgue audiencia a los interesados, trámite éste que habrá de producirse inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución, a tenor de lo establecido en el art. 84 del texto legal citado.

Por su parte, la solicitud de Dictamen a este Consejo sólo procede una vez que se haya elaborado la Propuesta de Resolución del Procedimiento, con el contenido que al efecto exige el art. 89 LRJAP-PAC, constituyendo el objeto del pronunciamiento de este Organismo la adecuación jurídica de aquella a la normativa de aplicación.

3. La Propuesta de Resolución debe contener un pronunciamiento, favorable o desfavorable, sobre la nulidad del acto pretendida por los interesados, lo que conlleva el análisis jurídico de los motivos por ellos aducidos.

La presente Propuesta de Resolución no contiene un pronunciamiento en este sentido. En primer lugar, al parecer desde el entendimiento ya apuntado de que se trata de un procedimiento iniciado de oficio, ha sustituido las causas de nulidad del acto administrativo sostenidas por los interesados por las que la propia Administración considera que pueden concurrir, obviando así que se trata de un procedimiento que, al ser iniciado por aquéllos, debe resolver precisamente sus pretensiones. Pero es que, además, tampoco contiene un expreso pronunciamiento sobre la concurrencia de las causas que se aducen en el Acuerdo adoptado por el Pleno, que se limita a señalar que procede la iniciación por los cuatro motivos expresados y sin especificar, dentro de las causas previstas en el art. 62 LRJAP-PAC o en la normativa urbanística, dónde se subsumen aquéllos. La Propuesta de Resolución remitida a este Consejo no contiene pues, como resulta preceptivo, un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho al no proceder la declaración de caducidad por las razones expuestas en el cuerpo de este Dictamen.

Procede por ello que se redacte la pertinente Propuesta de Resolución con el contenido previsto en el art. 89 LRJAP-PAC, en la que se valoren las causas de nulidad aducidas por los interesados y, en consecuencia, se declare o no la nulidad del acto. Debe advertirse además que, en el caso de que se hubiera otorgado la audiencia a los interesados que resulta del Acuerdo plenario de 30 de noviembre de 2007, esta nueva Propuesta deberá elaborarse una vez transcurrido el plazo conferido para el cumplimiento de aquel trámite y, en su caso, la Propuesta habrá de tener en cuenta las nuevas alegaciones presentadas. Finalmente, deberá recabarse nuevamente el Dictamen de este Organismo sobre aquélla.