



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 7 1 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 2 de julio de 2008.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa María de Guía en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la licencia de obra concedida por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 9 de agosto de 2007, a la entidad mercantil F.S.I., S.L. Carecer de requisitos esenciales (EXP. 271/2008 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Santa María de Guía, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la licencia de obra concedida por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de agosto de 2007 a la entidad mercantil F.S.I., S.L.

La legitimación del Alcalde 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, 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.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes:

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

Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de agosto de 2007 se concedió licencia de obras a la entidad F.S.I., S.L. para la construcción de un edificio de seis viviendas en la C/ Pérez Galdós nº (...), esquina C/ Lepanto nº (...). De acuerdo con el proyecto básico presentado, este edificio constaría de tres plantas, con una altura de edificación de 11,30 m.

El 3 de abril de 2008, se informa por técnico municipal que el día anterior, girada visita a las obras, se observa que tras haberse construido las dos primeras plantas del edificio de viviendas, se ha procedido a continuar con la tercera planta, que en ese momento contiene los paneles metálicos de encofrado para construir los pilares de este nivel. Considera que de llegar al nivel superior del forjado, el edificio va a sobrepasar la altura máxima permitida, definida por su relación y referencia con los edificios colindantes, por lo que contraviene la normativa de alturas del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Casco Histórico de Santa María de Guía, observándose asimismo que el resultado volumétrico previsible dentro del perfil de la calle es totalmente lesivo para el espacio urbano donde se inserta.

2. El 3 de abril de 2008, mediante Decreto de la Alcaldía, se dispone el inicio del presente procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obras concedida fundamentado en la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

En este mismo acto se dispone, además, la suspensión de los efectos de la licencia, ordenándose la inmediata paralización de las obras realizadas a su amparo.

3. ¹

III

Procede realizar las siguientes observaciones, a la vista de las actuaciones procedimentales tramitadas:

1. Tanto en la notificación del Decreto de la Alcaldía como del posterior Acuerdo de la Junta de Gobierno Local relativos a la iniciación del procedimiento de revisión de oficio se comunicó al interesado la posibilidad de interponer recursos contra los mismos. La expresión de estos recursos en el acto de notificación no resulta procedente dado que el acto de inicio del procedimiento tiene naturaleza de acto de trámite, por lo que no agota la vía administrativa ni, en consecuencia, procede la interposición de recursos contra el mismo. No se trata tampoco de un acto de

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

trámite cualificado por concurrir alguna de las circunstancias a que se refiere el art. 107.1 LRJAP-PAC y que habilitan la interposición de recurso. Por ello, la notificación al interesado del citado acto no ha de expresar la procedencia de recursos.

Por otra parte, el interesado, motivado por esta circunstancia, interpuso recurso de reposición y subsidiariamente, para el caso de que éste resultara desestimado, escrito de alegaciones. No obstante, dada la improcedencia del planteamiento de este recurso, el escrito del interesado debe ser calificado como de alegaciones.

2. Por lo que se refiere al trámite de información pública y de conformidad con el art. 86.1 LRJAP-PAC, se procederá a su apertura cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera. Su finalidad es poner en conocimiento de otros posibles interesados la existencia de un procedimiento administrativo que ha sido iniciado a instancia de otras personas o de oficio por la propia Administración y cuya resolución pueda afectarles de alguna forma. En este caso, se trata de la declaración de nulidad de una licencia de obra concedida a una determinada entidad mercantil, cuyos efectos repercuten en la esfera patrimonial de ésta, por lo que en principio resulta suficiente el trámite de audiencia al interesado, sin perjuicio de que se proceda a la apertura del trámite de información pública, como ha ocurrido en el presente caso, si se considera que pudieran existir terceros a quienes afecte la Resolución que se dicte.

3. No se ha otorgado trámite de audiencia al interesado en el momento procedimental oportuno. Conforme al art. 84.1 LRJAP-PAC, este trámite debe concederse una vez instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución, de tal manera que el interesado tenga oportunidad de conocer todos los informes incorporados y las actuaciones practicadas y alegar, en consecuencia, lo que a su derecho convenga.

En el presente caso, se le otorgó un trámite de alegaciones inicial, incorporándose con posterioridad y sin que por tanto se le haya dado conocimiento de los mismos, el informe relativo a la valoración de los daños y perjuicios que le irrogará la nulidad de la licencia, así como el informe técnico relativo a la vulneración por la licencia del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Casco Histórico.

El art. 84.4 LRJAP-PAC permite prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la Resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

La aplicación de este precepto permite salvar la omisión de la audiencia en lo que se refiere al segundo de los informes técnicos citados, pues constituye reiteración de lo ya señalado en el informe que motivó el inicio del procedimiento revisor y que sí fue conocido por el interesado, al constar ya en el expediente en el momento en que se le concedió el trámite de alegaciones. No implica en consecuencia que se hayan introducido datos o hechos nuevos en los que se fundamente la resolución del expediente y que sean desconocidos por aquél.

Distinta consideración merece sin embargo el informe técnico de valoración del daño. El interesado presentó una valoración pericial de los daños que considera le causaría la declaración de nulidad de la licencia. El informe municipal realiza a su vez otra valoración, de la que resulta una indemnización en cantidad inferior y es la que resulta asumida en la Propuesta de Resolución, con expresa desestimación de los criterios de valoración propuestos por el interesado. Se trata pues de un informe determinante de la Resolución que pretende dictarse en el aspecto concreto de la indemnización por el daño causado y del que el interesado no ha tenido conocimiento ni, por consiguiente, oportunidad de alegar lo que estime por conveniente. Resulta pues necesario el otorgamiento del trámite de audiencia.

La omisión de este trámite obligaría, en consecuencia, a retrotraer las actuaciones, a fin de darle debido cumplimiento, con la consiguiente elaboración de una nueva Propuesta de Resolución, que habrá de ser dictaminada por este Consejo. Ello sin embargo producirá la caducidad del procedimiento, pues implicará el transcurso de más de tres meses desde su inicio sin haberse dictado resolución (art. 102.5 LRJAP-PAC), lo que supondrá para la Administración el deber de proceder a su declaración, con archivo de las actuaciones, y a iniciar, en su caso, un nuevo procedimiento.

Ahora bien, la determinación de la indemnización que en su caso corresponda al interesado por los daños generados por la declaración de nulidad no forma parte del contenido necesario del acto por el que tal declaración se produzca. Como expresamente señala el art. 102.4 LRJAP-PAC, la Resolución que ponga fin al procedimiento *podrá* establecer las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, siempre que concurran las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de la misma Ley, por lo que no existe impedimento legal para que la citada resolución se limite a declarar la nulidad de la licencia, difiriendo a un procedimiento posterior la fijación de la indemnización.

En el presente caso, por lo que se refiere propiamente al procedimiento revisor, se han observado los trámites legal y reglamentariamente previstos, lo que habilita a la Administración a dictar la Resolución finalizadora del mismo dentro del plazo legalmente establecido, evitando así la señalada caducidad, siempre que no contenga pronunciamiento alguno acerca de la indemnización que pueda corresponder al interesado, que será determinada en posterior procedimiento de responsabilidad patrimonial una vez haya ganado firmeza la Resolución que declara la nulidad o, en su caso, la Sentencia que declare su conformidad a Derecho. En otro caso, esto es, si la Administración opta por incluir este pronunciamiento indemnizatorio en la misma Resolución que declara la nulidad, procede la retroacción de actuaciones, lo que provocará las consecuencias anteriormente descritas.

IV

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la nulidad de la licencia se fundamenta en la causa prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al estimar la Administración que se han adquirido por el interesado facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produzca.

De acuerdo con lo que resulta de los informes técnicos obrantes en el expediente, el Plan Especial de Protección y Reforma Interior (PEPRI) del Casco Histórico de Santa María de Guía, aprobado por Orden departamental del Consejero de Política Territorial de 16 de marzo de 2000, introduce a la parcela donde se ejecuta la obra en el área de Ordenanza de Renovación, por lo que es de aplicación el art. 46 de esta Ordenanza, donde se explica el criterio de medición de la altura de coronación máxima en cada tramo de calle a través de la definición de las secciones esquemáticas del Anexo 1, en el que se incluye como referencia esquemas de las fachadas de los edificios catalogados, definiéndose el perfil de altura de coronación al que deberán sujetarse los nuevos inmuebles que se proyecten por línea discontinua.

En el caso que nos ocupa, se añade, tal como se expresa en los esquemas de los perfiles del Plan, un escalonamiento progresivo (...) acompaña la pendiente de la calle Pérez Galdós y (...) establece como referencia para el escalonamiento a los edificios catalogados de los números (...) de la misma calle que tienen una diferencia de cota relativa entre los dos edificios de 5.95 m. de altura, con lo que se establece cuatro escalonamientos entre uno y otro (pues se establece la misma altura con la parcela nº 21), dando lugar a tramos de 1,48 de diferencia de altura, con lo que

resulta que la línea de coronación del edificio a construir debería situarse a una cota relativa de referencia sobre el estudio aportado de 9,14 m. sobre la cota 0.00, es decir, a 0.83 m. sobre la coronación del actual edificio nº 17.

En la medición realizada en campo, la altura de coronación del encofrado previsto de pilares de la tercera planta, estaba sobrepasando 2,50 m. de altura, sobre el actual nº 17, faltando aún contabilizar el ancho del forjado y el pretil de azotea, por lo que se concluye que es patente que la altura potencial que el edificio alcanzaría sobrepasa la altura máxima establecida en los criterios del art. 46 del PEPRI.

La Propuesta de Resolución, con fundamento en este informe, considera que la mencionada licencia contraviene de forma concluyente, expresa y manifiesta el Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Casco Histórico de Santa María de Guía y, en concreto, las determinaciones relativas a la altura de las edificaciones, siendo completamente incompatible e ilegalizable el ejercicio del contenido de la licencia por la que se posibilita la ejecución de un edificio de tres plantas en la parcela en cuestión.

2. La declaración de nulidad se ampara, como se ha señalado, en la causa prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC. La apreciación de esta causa, como ha señalado en Consejo de Estado en diversos Dictámenes (2.133/1996, 6/1997, 1.494/1997, 1.195/1998, 3.491/1999, 2.347/2000, entre otros), y se ha sostenido también reiteradamente por este Consejo, requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos *esenciales* para su adquisición. Por lo tanto y en relación con esta última condición, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre "requisitos necesarios" y "requisitos esenciales", de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales" (DDCE 2.454/1994, 5.577 y 5.796/1997, 1.530/2002, 741/2004, entre otros), pues sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (ADCE 351/1996, 5.796/1997 y 2.347/2000, entre otros).

En el presente caso, se ha acreditado en el expediente que la licencia fue concedida contraviniendo las determinaciones del Plan Especial de Protección y

Reforma Interior del Casco Histórico de Santa María de Guía en lo que se refiere a la altura de las edificaciones. Estas determinaciones pueden ser calificadas de esenciales si se tiene en cuenta que la licencia fue concedida para la construcción de un edificio en un lugar catalogado como Conjunto Histórico, al que la legislación aplicable atribuye una especial protección destinada a su conservación.

En este sentido, el art. 37 del 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 (anterior art. 37 de la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias, vigente en el momento de aprobación del PEPRI mediante Orden de la Consejería de Política Territorial de 16 de marzo de 2000) dispone que los planes especiales tienen por objeto, entre otros, la protección y conservación del patrimonio histórico canario (apartado 2), determinando además que los planes especiales que se refieren a la ordenación y gestión de un área afectada por la declaración de un conjunto histórico según las previsiones de la Ley de Patrimonio Histórico de Canarias se registrarán por su normativa específica y, adicionalmente, por lo que reglamentariamente se establezca.

La Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias, ordena en su art. 29 la protección integral de los Conjuntos Históricos de Canarias y su conservación en función de sus valores ambientales y arquitectónicos peculiares, a cuyos efectos prohíbe aquellas intervenciones que introduzcan elementos que devalúen su fisonomía histórica, tanto en lo que se refiere a sus edificaciones como a los espacios libres.

A su vez, se dispone por la misma Ley que la ordenación y gestión del área afectada por la declaración de Conjunto Histórico se dispondrá mediante la formulación de un Plan Especial de Protección, que habrá de ser elaborado conforme a criterios que garanticen su preservación (art. 30.1) y que debe contener, entre otras determinaciones, la normativa reguladora de la edificación, así como las obras y usos admitidos [art. 31.1.a)].

Finalmente, esta Ley tipifica como infracción grave el otorgamiento de licencia en contra de la protección otorgada por las determinaciones de un Plan Especial de Protección para un Conjunto Histórico [art. 96.2.b)].

Se trata de normas destinadas a la preservación del patrimonio histórico, garantizando que las diversas actuaciones de carácter urbanístico permitidas no

perjudiquen su conservación. Por ello, las determinaciones del planeamiento de aplicación pueden ser calificadas como esenciales.

C O N C L U S I O N E S

1. Según se razona en los Fundamentos III y IV, la licencia concedida, en cuanto ha otorgado al interesado un derecho careciendo de un requisito de carácter esencial para adquirirlo, incurre en la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. No obstante, la nulidad tiene carácter parcial; por ello, la declaración de la *nulidad parcial* de la licencia otorgada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de agosto de 2007, ha de ajustarse a esta circunstancia.

2. Ello, sin perjuicio de que la Resolución que se dicte debe excluir el acuerdo relativo a la indemnización del interesado para que aquélla sea conforme a Derecho, con las consecuencias correspondientes de lo contrario, como se ha razonado en el Fundamento III.