



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de julio de 2008.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de La Oliva en relación con la ***Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio de la licencia de de construcciones y obras 38/07, de fecha 22 de febrero de 2007, para la restauración y ampliación de una vivienda unifamiliar con garaje, sita en la c/ La Molina (...) de Tindaya, en el término municipal de La Oliva, concedida a N.K., por carecer de requisitos esenciales que la legislación urbanística sanciona con la nulidad del acto (EXP. 276/2008 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de La Oliva, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio instruido por dicho Ayuntamiento, que se dirige a declarar la nulidad de pleno derecho de la licencia de construcciones y obras número 38/2007, concedida por Acuerdo, de 9 de febrero de 2007, de la Junta de Gobierno Local.

2. La preceptividad del Dictamen, su carácter obstativo de la declaración de nulidad que se pretende, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Alcaldesa-Presidenta para solicitarlo 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 carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

3. El acto que se pretende revisar fue dictado por la Junta de Gobierno Local. Las resoluciones de este órgano ponen fin a la vía administrativa según el art. 52.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). Por su contenido y efectos, se trata de un acto favorable a un particular. Por ende, concurren los requisitos exigidos por el art. 102.1 LRJAP-PAC para que un acto administrativo pueda ser revisado de oficio a través del procedimiento regulado en el citado art. 102 LRJAP-PAC.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde al Pleno del Ayuntamiento, porque así lo establece el art. 110 LRBRL, al regular la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos de gestión tributaria, y porque el art. 103.5 LRJAP-PAC exige que la declaración de lesividad de un acto anulable sea adoptada por el Pleno de la Corporación Local. Con base en esta regulación legal, la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha afirmado reiteradamente que la competencia para declarar la nulidad de los actos declarativos de derechos corresponde al Pleno. Véase por todas la STS de 2 de febrero de 1987, RJ 1987/2093.

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

II

Los hechos relevantes para el presente Dictamen, tal como resultan del expediente y recoge la Propuesta de Resolución son los siguientes:

A. El 9 de febrero de 2007, la Junta de Gobierno Local concedió a un particular una licencia de construcción para la restauración y ampliación de una vivienda unifamiliar con garaje, sita en la calle de La Molina (...) de Tindaya. La parcela donde se iban a realizar las obras estaba clasificada por las Normas Subsidiarias de Planeamiento de La Oliva como suelo rústico, asentamiento rural con extensiones y agricultura intersticial, cuya regulación pormenorizada la contiene el art. A.103.DV.d) del Anexo del Decreto 2/2002, de 11 de enero, sobre subsanación de deficiencias no sustanciales del Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura (PIOF), aprobado por el Decreto 100/2001, de 2 de abril. Por este motivo, conforme al art. 27.6 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos (TRLOTEN), aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, no se necesitó la calificación territorial que exige este último precepto para la concesión de licencias de obras en suelo rústico.

La licencia se concedió de acuerdo con los previos informes favorables técnico y jurídico de 22 y de 30 de enero de 2007, respectivamente, emitidos por los Servicios municipales sobre su adecuación a la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística aplicable; informes los cuales exige el art. 166.5.a) TRLOTEN y el art. 219.1.d) del Reglamento de Gestión y Ejecución del Sistema de Planeamiento de Canarias (RGESP), aprobado por el Decreto 183/2004, de 21 de diciembre. Ambos informes obran en los folios 27 a 33 del expediente.

Según la licencia otorgada, la superficie construida existente medía 91 metros cuadrados y la superficie a construir correspondiente a la ampliación medía 141,46 metros cuadrados.

B. En la parcela objeto de la ampliación se erige un molino de viento compuesto por una construcción rectangular de mampostería y una torre de armadura de madera. Este molino está declarado Bien de Interés Cultural (BIC), con categoría de monumento, por el Decreto 162/1994, de 29 de julio, en cuyo Anexo I aparece relacionado como Molino de Tindaya-Tebeto, en La Oliva, y en cuyo Anexo II figura su ubicación sobre plano.

C. El 9 de octubre de 2007, el Cabildo Insular de Fuerteventura dictó un Decreto por el que suspendió las obras objeto de la licencia 38/2007, instó al Ayuntamiento a suspender dichas obras y la licencia, y requirió al promotor de las obras para que solicitara al Cabildo Insular la autorización que exige el art. 55 de la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias (LPHC). Este Decreto se dictó con base en la competencia para la conservación y administración del patrimonio histórico insular del Cabildo Insular [arts. 8 y 9.2.b) LPHC y 36.2.e)] y disposición adicional primera.1.23 de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias; y Decreto 152/1994, de 21 de julio, sobre Traspaso y Transferencia de Funciones y Servicios de la Administración Autonómica a los Cabildos Insulares).

D. El titular de la licencia solicitó la autorización regulada por el art. 55 LPHC, la cual fue denegada por el Cabildo Insular de Fuerteventura mediante el Decreto de 15 de febrero de 2008 con base en que afectaba negativamente al Bien de Interés Cultural.

E. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, el 18 de abril de 2008, acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la licencia de construcciones y obras

38/2007, por considerarla incurso en los vicios de nulidad tipificados en los apartados e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

F. En el procedimiento el titular de la licencia alegó que desconocía que el molino estuviera declarado Bien de Interés Cultural; que en ningún momento ha ocultado a la Administración municipal la existencia del molino, ni que las obra tuviera por objeto éste, como acredita que el hecho de que se solicitara la licencia para la ampliación de una edificación ya existente, como figura en el proyecto de obras redactado por Arquitecto que presentó con dicha solicitud, proyecto en cuyo plano número tres figuran las edificaciones existentes; y que los técnicos municipales son los responsables de verificar la legalidad de las obras para las cuales se solicita licencia. Termina solicitando que, en caso de que se revoque la licencia, se le indemnice por el importe de las obras realizadas que representan el 21,62 % de las incluidas en el proyecto de edificación y, además, por el resto de los perjuicios que se le puedan ocasionar.

En el informe, de 2 de octubre de 2007, emitido por el Arquitecto Técnico municipal, se expresa: *“Por tanto, hasta la fecha aplicando los precios de ejecución material reflejado en el proyecto de obras, la obra está ejecutada por importe de 12.610,51 €. En consecuencia, si partimos de un presupuesto de ejecución material de 58.315,00 €, se ha ejecutado hasta la fecha el 21,62 % de la obra”.*

III

La Propuesta de Resolución en su Fundamento jurídico noveno considera que la licencia 38/2007 adolece del vicio de nulidad tipificado en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC (haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido), porque *“no es necesario que la omisión del procedimiento sea total para que el acto sea nulo de pleno derecho, sino que también lo será cuando se hayan omitido los trámites esenciales del mismo”*. Como la licencia de obras recaía sobre un inmueble declarado Bien de Interés Cultural, tras la cita de los arts. 55 y 56 LRJAP-PAC, concluye:

“En el presente supuesto, no fue solicitado en ningún momento durante la tramitación del expediente de la licencia de obras, informe al Cabildo Insular o a la Comisión Insular de Patrimonio, vulnerando por tanto, lo dispuesto en los citados artículos.

Siendo preceptivo el informe de la Comisión Insular de Patrimonio Histórico, cabe entender que estamos ante un acto que ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”.

En este Fundamento también se considera que la licencia está incurso en el vicio de nulidad descrito en el art. 62.1.f) LRJAP- PAC (carencia de requisitos esenciales para adquirir las facultades o derechos declarados por el acto), porque las obras autorizadas no cumplen los requisitos que, según el art. 57 LPHC, deben tener las actuaciones de intervención en los Bienes de Interés Cultural.

La Propuesta de Resolución, en el primer párrafo de su parte dispositiva, declara la nulidad de la licencia de construcciones y obras 38/2007, por incurrir en las causas de nulidad previstas en los apartados e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC; y, en su segundo apartado, dispone la iniciación del procedimiento para la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme al art. 186 TRLOTEN.

IV

1. La licencia de construcciones y obras 38/2007 es nula de pleno Derecho por la siguiente razón:

Se trata de una licencia autorizando obras sobre un Bien de Interés Cultural declarado por el Decreto 162/1994.

El art. 55 LPHC establece que las intervenciones sobre los bienes declarados de interés cultural deben ser autorizadas por el Cabildo Insular de Patrimonio Histórico; que si esta autorización establece condiciones para la ejecución de la obra su contenido se incorporará a las cláusulas de la licencia; y que esta autorización del Cabildo Insular es previa e independiente de la licencia municipal.

La enumeración de los actos nulos de pleno Derecho contenida en el art. 62.1 LRJAP-PAC no es cerrada, porque su apartado g) contempla asimismo la posibilidad de que normas con rango de ley establezcan expresamente otros supuestos de actos nulos de pleno Derecho.

El art. 170.5 TRLOTEN, en relación con los apartados b) a e) del art. 166.1 del mismo, establece que son nulas de pleno Derecho las licencias de obras otorgadas sin la obtención de las autorizaciones previas exigidas por la legislación sectorial aplicable.

La legislación general que regula las licencias de obras es la legislación urbanística. Cuando se trata de obras sobre un Bien declarado de Interés Cultural, la legislación sectorial aplicable junto con la urbanística es la legislación de patrimonio histórico, cuya norma de cabecera en el Ordenamiento autonómico es la citada Ley de Patrimonio Histórico, que exige la autorización previa del Cabildo a las obras cuyo objeto sea un inmueble (art. 55 LPHC). Se trata de una autorización previa al otorgamiento de la licencia municipal de obras, que como tal autorización habilita a realizar las obras en el supuesto de que se obtenga la licencia municipal. Esto es lo que significa la calificación por la Ley de Patrimonio Histórico de esa autorización como independiente de la licencia municipal de obras: Su otorgamiento no obliga a la concesión de la segunda, pero es requisito previo y esencial de ésta, porque sin ella no se puede conceder la licencia de obras, so pena de su nulidad.

En el procedimiento para el otorgamiento de esta autorización del Cabildo, el art. 55.1 LPHC exige que informe previamente la Comisión Insular de Patrimonio Histórico. Este informe es un requisito en el procedimiento de elaboración de la autorización del Cabildo Insular, no en el procedimiento de concesión de la licencia municipal de obras; por consiguiente, su omisión no puede determinar la nulidad de esta última. Tampoco el hecho de que en el procedimiento para el otorgamiento de la autorización se exija un informe previo y preceptivo de dicha Comisión convierte en un informe a la autorización del Cabildo Insular. Esta es una autorización en el sentido propio del término como se indicó de suso; una autorización cuya obtención es presupuesto esencial para que se conceda la licencia municipal de obras, no es un informe previo y preceptivo que haya de emitirse en el procedimiento de concesión de esta última.

En definitiva, la licencia de construcciones y obras 38/2007 es nula de pleno Derecho, no ya porque esté incurso en la causa de nulidad tipificada en el primer inciso del apartado e) del art. 62.1 LRJAP-PAC, sino, más específica y fundamentalmente, en virtud de los arts. 170.5 TRLOTEN y 55 LPHC en relación con el art. 62.1.g) LRJAP-PAC.

Desde el inicio el presente procedimiento de revisión de oficio se ha dirigido ha declarar la nulidad de la licencia con base en el hecho de que las obras de intervención sobre un Bien declarado de Interés Cultural no habían obtenido la autorización previa del Cabildo Insular. Sobre este hecho, presentado *ab initio* como determinante de la nulidad, el titular de la licencia ha podido, en el curso del procedimiento, realizar alegaciones, contradecirlo y proponer prueba. Por esta

razón, que luego este hecho se subsuma jurídicamente en una u otra causa de nulidad no origina indefensión, en cualquier caso, máxime cuando el hecho determinante de la nulidad ha sido admitido por el interesado en su escrito de alegaciones en el cual la única pretensión que formula consiste en que se le indemnice por los perjuicios que le ocasione la revocación de la licencia.

2. Como se expuso en el anterior Fundamento III, la Propuesta de Resolución considera que la licencia de obras incurre también en la causa de nulidad de art. 62.1.f) LRJAP-PAC, consistente en la carencia de requisitos esenciales para adquirir derechos o facultades declarados por el acto, por la razón de que las obras autorizadas no cumplen los requisitos exigidos por el art. 57 LPHC para las intervenciones sobre los Bienes declarados de Interés Cultural.

Al respecto se debe recordar que en nuestro Derecho la regla general es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico (art. 63 LRJAP-PAC) y que cuando sean declarativos de derechos la Administración, si concurren los requisitos del art. 103 LRJAP-PAC, puede pretender su anulación jurisdiccional.

Únicamente si el acto declarativo de derechos firme incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC, la Administración podrá declarar nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (art. 102.1 LRJAP-PAC). Entre esos vicios graves, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC incluye aquellos actos que atribuyen facultades o derechos sin que concurren los requisitos esenciales para su adquisición.

Repárese en que el precepto no considera que basta la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial. Con esta exigencia el art. 62.1.f) LRJAP-PAC impide que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el Ordenamiento Jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiesta y flagrantemente de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho. Esta interpretación es concorde con el resto de los supuestos de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC, que sólo contemplan los actos que adolecen de los más graves vicios formales o sustanciales (los que lesionen derechos fundamentales, los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, los de contenido imposible, los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, y los dictados prescindiendo de todo el procedimiento legal o con violación de las reglas esenciales para la

formación de la voluntad de órganos colegiados). En los demás casos, la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la Ley es la de acto anulable (art. 63.1 LRJAP-PAC).

El art. 62.1.f) LRJAP-PAC obliga a distinguir entre “*requisitos esenciales*” y “*requisitos necesarios*”. Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical del art. 62.1 LRJAP-PAC todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el Ordenamiento Jurídico. Si se interpreta que todo acto administrativo declarativo de derechos que incurre en cualquier ilegalidad es nulo de pleno derecho, entonces a dichos actos no les serían aplicables los arts. 63 y 103 LRJAP-PAC, lo cual es un absurdo porque contradice el tenor literal del art. 103 LRJAP-PAC, que refiere expresamente su regulación y el régimen del art. 63 LRJAP-PAC a los actos declarativos de derechos. Además, de optarse *contra legem* por la interpretación que se rechaza, se lesionaría el principio constitucional de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución, dado que, según los arts. 102.1 y 118.3 LRJAP-PAC, en cualquier momento, es decir, sin limitación de plazo alguna, se puede proceder a la revisión de los actos.

En definitiva, el art. 62.1.f) LRJAP-PAC debe ser interpretado restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo.

Por todas estas razones, debe reservarse la expresión “requisitos esenciales” para aquellos vicios de legalidad en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

El art. 57 LRJAP-PAC está relacionado con los arts. 55 y 56 LPHC; establece los criterios y fines para autorizar las intervenciones sobre bienes inmuebles y muebles integrantes del Patrimonio Histórico de Canarias, las cuales deben ser autorizadas conforme al art. 55 LPHC. No son requisitos determinados rígidamente, sino fines y criterios que dejan margen a la discrecionalidad técnica, de manera que sólo con su aplicación a cada supuesto concreto, en la que se considere la circunstancias

específicas del bien y de la intervención proyectada, esos fines y criterios se convierten en requisitos de la actividad autorizada y sólo entonces se puede examinar si son esenciales al derecho a realizarla.

Los criterios del art. 57 LPHC limitan y guían la discrecionalidad administrativa en la concesión o denegación de la autorización del Cabildo Insular. No son criterios aplicables a la producción de otro acto administrativo distinto, la licencia municipal de obras, que ha de dictar una Administración diferente, aunque dicha licencia hay de concederse respetando los condicionantes de aquella autorización, los cuales resultan de la aplicación al supuesto de hecho concreto que opera ésta. En definitiva, el respeto a los criterios del art. 57 LPHC es necesario para el otorgamiento de la autorización del art. 55 LPHC, acto distinto de la licencia municipal de obras, por lo que no se puede considerar que esos criterios constituyan requisitos esenciales del derecho a cuyo ejercicio habilita dicha licencia municipal. Por esta razón, no se puede afirmar que la licencia de construcciones y obras 38/2007 esté incurso en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

3. El art. 186 TRLOTEN para los supuestos de anulación de licencias, remite a la legislación general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración para el resarcimiento de los daños causados. Esa legislación general la representa la Ley 30/1992 y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Publicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, RPAPRP (aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo). El art. 102.4 LRJAP-PAC prevé que la Administración podrá establecer en la misma Resolución que declare la nulidad de un acto las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados si se dan los requisitos exigidos por los arts. 139.2 y 141.1 de la misma.

El art. 102.4 LRJAP-PAC, con el empleo de la expresión “*podrá*”, no obliga sino faculta a la Administración para que en la misma Resolución acuerde indemnizar a los perjudicados por la declaración de nulidad. Esta regulación se explica porque no siempre en el procedimiento de revisión de oficio los perjudicados formulan la pretensión de resarcimiento o la formulan en términos genéricos o incompletos, como sucede en el presente supuesto, en el cual el titular de la licencia cuya nulidad se persigue ha pedido que se le indemnice tanto por el valor de las obras realizadas, pero sin probar ni cuantificar su importe, como por el resto de los perjuicios que le ocasione la declaración de nulidad, pero sin concretarlos, cuantificarlos ni probarlos. Por esta razón, es conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución no determine

ella misma la indemnización sino que ordene la iniciación de oficio (de acuerdo con los arts. 142.1 LRJAP-PAC y 5 RPAPRP) del procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4. Dada la fecha de inicio del presente procedimiento de revisión de oficio, la Resolución final ha de dictarse antes del 18 de julio del 2008, si se quiere evitar su caducidad ex art. 102.5 LRJAP-PAC.

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

1. Procede la declaración de nulidad de la licencia de construcciones y obras 38/2007 en virtud del art. 170.5 TRLOTEN, en relación con el art. 55 LPHC.

2. Es conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución se dirija a acordar el inicio de oficio del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.