



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 2 2 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de noviembre de 2008.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio presentada 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., sobre la acción de nulidad de la licencia de la primera ocupación de la parcela W-urbanización Campo de Golf. Carecer de requisitos esenciales (EXP. 450/2008 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Concejala de Urbanismo, actuando por delegación de la Ilma. Sra. Alcaldesa-Presidenta 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.

De acuerdo con la normativa reguladora de este Consejo, la legitimación para solicitar el Dictamen corresponde a la Sra. Alcaldesa-Presidenta (art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo), por lo que no resulta procedente su solicitud por órgano distinto actuando por delegación.

El carácter preceptivo del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) de la citada Ley y art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26

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

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

2. El Dictamen ha sido solicitado con carácter urgente debido a que la tramitación del presente procedimiento se efectúa en ejecución de una Sentencia firme. Este Consejo atiende a la urgencia solicitada y emite el presente Dictamen en el plazo previsto en el art. 20.3 de la citada Ley del Consejo Consultivo.

3. En el escrito de solicitud se ruega que en el Dictamen que se emita se especifique si el sentido del mismo es vinculante para el Ayuntamiento. A estos efectos se señala que, de conformidad con lo previsto en el art. 102.1 LRJAP-PAC, es preciso que tal Dictamen sea favorable a la declaración de nulidad pretendida por la Administración. Sobre el alcance de esta previsión, este Consejo ha señalado, entre otros, en su Dictamen 93/2008, que su pronunciamiento más que propiamente vinculante, es obstativo, pero además sólo en cuanto que la Propuesta resolutoria del correspondiente procedimiento revisor, cualquiera que fuese su forma de iniciarse, contuviera la declaración de nulidad del acto sometido a revisión, manteniendo la inicial postura de la Resolución que lo inicia o estimando la acción de nulidad planteada en su solicitud por un interesado, pues ha de ser favorable a ella.

Por tanto, no obliga a la Administración actuante a declarar la revisión o no. Así, únicamente obsta a que se produzca la revisión, pretendiéndolo el órgano instructor del procedimiento, si no es favorable a ello, por no considerarla conforme a Derecho al no concurrir la causa alegada al respecto, entre las legalmente previstas, o no estar suficientemente fundado que incurra en ella el acto revisado.

II

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

1. Mediante Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 4 de noviembre de 1987, se otorgó a la entidad D.F., S.A. licencia de edificación para la construcción de un complejo de 274 bungalows en la parcela W de la Urbanización Campo de Golf (1ª fase que correspondía a los Sectores I y II). Estas obras obtuvieron la licencia de primera ocupación o utilización por Acuerdo del mismo órgano municipal de 14 de octubre de 1988.

2. La Comisión Municipal de Gobierno, mediante Acuerdo de 4 de mayo de 1988, concedió nueva licencia de edificación a la misma entidad para la construcción en la referida parcela W de 500 bungalows y zona comercial, que se repartía en dos fases:

La 2ª fase, que comprendía 282 bungalows y la zona comercial en el Sector III, y la 3ª fase, que comprendía 218 bungalows en el Sector IV.

3. El 1 de febrero de 1989 se otorgó licencia de obras para el reformado de la zona comercial prevista en la 2ª fase.

4. Las licencias de primera ocupación o utilización referidas a estas fases se otorgaron en las siguientes fechas:

El 11 de enero de 1989, se concedió para las obras de la 3ª fase (218 bungalows en el Sector IV).

El 1 de febrero de 1989 y 23 de julio de 1990, se otorgaron para las obras de la zona comercial (2ª fase en el Sector III)

El 6 de junio de 1990, se otorgó la relativa a los 282 bungalows que conformaban el resto de la 2ª fase en el Sector III.

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. y en su propio nombre, 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, de idéntico contenido, se solicita la declaración de nulidad de la citada licencia por no ajustarse la zona comercial a los parámetros ordenancistas y se insta la iniciación de los correspondientes procedimientos previstos en el art. 249.2 y concordantes del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLR), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio y art. 102 LRJAP-PAC.

La procedencia de la aplicación de lo previsto en el art. 249.2 TRLR la derivan los interesados de la inadecuación de las obras y de la licencia de primera ocupación a la licencia de obras otorgada el 4 de mayo de 1988. Por lo que a la declaración de nulidad se refiere, los interesados consideran que el acto recurrido ha incurrido en la causa prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

Los motivos de nulidad aducidos son los siguientes:

A. La zona comercial incumple la Ordenanza de aplicación a la parcela W en la que se ubica, contenida en las Normas Subsidiarias Municipales de San Bartolomé de Tirajana de 1986, en los siguientes extremos:

- Ocupación: El máximo autorizado por la citada Ordenanza es de 13.500 m², en tanto que el proyecto construido supone una ocupación de 14.432,96 m², que supera por consiguiente la máxima permitida, con lo cual los 2.300 m² de la zona comercial no se encuentran amparados en aquella Ordenanza, que resulta infringida.

- Edificabilidad: Siendo 26.975 m² el máximo permitido, la parcela W tiene 30.900 m², lo que supone un exceso de 4.000 m².

- Usos distintos del residencial: Teniendo en cuenta que, a tenor del art. 15 de las Ordenanzas de Ampliación de Playa del Inglés, aprobadas por la entonces Comisión Provincial de Urbanismo el 27 de junio de 1979, no puede exceder del 7% de la superficie edificable de la parcela que, en el supuesto que nos ocupa sería 1.888,25 m² -7% de 26.975 m²- y que la zona comercial presenta 3.466,79 m², es obvio que existe un exceso de casi dos mil metros cuadrados, lo que también determina una clara vulneración ordenancista de lo construido respecto a la normativa de aplicación que, asimismo, justifica y avala la pretensión anulatoria.

Los interesados consideran que los incumplimientos expuestos afectan parámetros ordenancistas definidos en el art. 262 TRLS y por ello revisten el carácter de graves, resultando patente la ilegalidad de la zona comercial construida, así como de la licencia de primera utilización y ocupación que la consideró ajustada a Derecho. Procede en consecuencia, según estiman, la anulación de esta licencia y posterior demolición de las obras para corregir las graves infracciones señaladas.

Añaden a estos argumentos la circunstancia de que tales incumplimientos han sido reconocidos por el Técnico municipal en sus informes (de 18 de mayo de 1993, donde se concluye que la superficie destinada a uso distinto del residencial supera con creces la máxima permitida, y de 28 de junio de 1993) asumidos por la Comisión Municipal de Gobierno en Acuerdo adoptado en sesión de 23 de julio de 1993, acto propio que no puede ser ahora desconocido por la Administración. Por ello, si en relación con un expediente de licencia de obras para un concreto local de esta zona comercial el Ayuntamiento se había ya pronunciado reconociendo la imposibilidad de su otorgamiento, por exceder lo existente del mínimo exigible respecto a los parámetros ordenancistas, no puede ahora, válidamente, desconocer tales actos anteriores cuando se cuestiona la legalidad de un acto ya otorgado o se interesa la adecuación a la normativa de aplicación de lo construido.

B. La obra realizada y la licencia de primera utilización y ocupación vulneran también la reglamentación sobre alojamientos turísticos (R.D. 2877/1982, de 15 de

octubre, para los apartamentos o bungalows y viviendas turísticas, y Decreto autonómico 149/1986, para los hoteles y hoteles-apartamentos).

Se indica que se desconoce, al no haber podido analizar el proyecto autorizado por la licencia de obras, si dicha inadecuación a Derecho la presenta también la licencia de obras o, en su caso, se trata de un incumplimiento más de lo construido y de la propia licencia de primera ocupación. En cualquier caso, se advierte que la eventual inadecuación a Derecho de la licencia de obras respecto a la normativa turística implicaría la nulidad de la obra realizada.

En relación con este segundo motivo, alegan que los distintos tipos de establecimientos turísticos se caracterizan por la idéntica finalidad de ofrecer alojamiento de forma profesional y habitual, para lo cual todos ellos deben disponer de las dependencias y dotaciones precisas y, eventualmente, de diversos servicios complementarios para usos exclusivo del cliente. Se trata, en definitiva, de un todo homogéneo integrado por diversas dependencias destinadas a alojamientos y servicios -unos necesarios y otros complementarios, pero siempre de uso exclusivo de los clientes- a los que sólo se puede acceder desde el propio establecimiento.

En consecuencia, estiman que si las actividades que se realizan en la mencionada zona comercial se han de calificar de servicio complementario y, como tal, sujetas a los límites previstos en la legislación precitada para este tipo de establecimientos, en particular, utilización reservada exclusivamente a los clientes del establecimiento, es evidente que el acceso a cada uno de los locales que la integran sólo podrá efectuarse desde los propios apartamentos, sin que se pueda facilitar la entrada desde el exterior y sin publicidad externa. Se vulnera pues la normativa expuesta, lo que avala igualmente la pretensión de nulidad de la licencia.

C. Lo construido en la parcela W tampoco respeta la proporción de 1 plaza de aparcamiento por cada 7 plazas alojativas -exigencia contenida en la autorización de la Dirección General de Ordenación e Infraestructura Turística, de 18 de diciembre de 1986- conforme se reconoce en el informe técnico de 19 de octubre de 1993 emitido por los Servicios correspondientes de la citada Dirección General.

2. Las vicisitudes posteriores a la presentación de esta solicitud de revisión de oficio han sido detalladas por este Consejo en su anterior Dictamen recaído sobre este asunto (Dictamen 12/2008, de 23 de enero), al que nos remitimos a los efectos de evitar reiteraciones innecesarias. Basta ahora con señalar que contra la inicial negativa por parte de la Administración a tramitar el correspondiente 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, los interesados interpusieron dos recursos contencioso-administrativos que fueron resueltos, respectivamente, por SSTSJC 153/1998, de 9 de octubre, y 843/2000, de 29 de junio, las cuales, estimando parcialmente la impugnación, reconocieron el derecho de los recurrentes y ordenaron al Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana que procediese a la tramitación de las solicitudes por el procedimiento previsto en el art. 102 LRJAP-PAC.

Tras estos pronunciamientos judiciales, la Administración ha iniciado y declarado caducado en sucesivas ocasiones el procedimiento de revisión de oficio, que fue iniciado por última vez mediante Acuerdo plenario de fecha 30 de noviembre de 2007, en el que se declara caducado el procedimiento que se había 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, y se otorga trámite de audiencia a los interesados. Se acuerda, además, que se de cuenta al Tribunal Superior de Justicia de Canarias en cumplimiento de lo previsto en el Auto de 21 de febrero de 2007, en el que se ordenó a la Administración que procediera con la mayor brevedad a la tramitación del procedimiento, informando mensualmente a la Sala sobre la marcha del mismo hasta su finalización.

En este procedimiento recayó el citado Dictamen de este Consejo 12/2008, en el que, sin entrar en el fondo del asunto, se apreció que las sucesivas declaraciones de caducidad no se ajustaban a la normativa de aplicación dado que, de acuerdo con lo previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC, la caducidad únicamente opera en los casos en que el procedimiento se haya iniciado de oficio, lo que no acontece en el presente supuesto. Se concluyó, además, en la no conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución por no haberse tramitado correctamente el procedimiento y no contener un pronunciamiento sobre las causas de nulidad aducidas por los interesados.

El Dictamen consideró procedente, en consecuencia, que por el órgano instructor se procediera a la redacción de una nueva Propuesta de Resolución con el contenido previsto en el art. 89 LRJAP-PAC, en la que se valoraran las causas de nulidad aducidas por los interesados y se declarara o no la nulidad del acto. Se advirtió además que en el caso de que se hubiera otorgado la audiencia a los interesados que resultaba del Acuerdo plenario de 30 de noviembre de 2007, esta nueva Propuesta

debería elaborarse una vez transcurrido el plazo conferido para el cumplimiento de aquel trámite y, en su caso, habría de tener en cuenta las nuevas alegaciones presentadas. Finalmente, procedía recabar nuevamente el Dictamen de este Organismo.

3. Con fecha 27 de octubre de 2008, tuvo entrada en este Consejo la solicitud de la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana que motiva la emisión del presente Dictamen, la cual viene únicamente acompañada de dos informes jurídicos, de fechas respectivamente 20 de noviembre de 2007 –que ya constaba en el expediente remitido con anterioridad- y 14 de octubre de 2008, así como de una Propuesta de Resolución en la que se propone, con fundamento en el último informe jurídico emitido, desestimar la revisión instada.

Entre la documentación remitida no consta, sin embargo, que se hubiera otorgado el trámite de audiencia derivado del Acuerdo plenario de inicio del procedimiento de 30 de noviembre de 2007, extremo al que tampoco se alude en el informe jurídico de 14 de octubre de 2008 que sirve de base a la Propuesta de Resolución.

Este informe jurídico señala, entre los antecedentes, que el 22 de agosto de 2008 se recibió en el Ayuntamiento Auto de incidente de ejecución –que no consta en el expediente- motivado por escrito de la parte actora en uno de los recursos contencioso-administrativos presentados en el que, entre otros extremos, reclamaba el requerimiento al Ayuntamiento e imposición de fecha límite para resolver el procedimiento de revisión, sin omitir los trámites que garantizan el derecho a la defensa, inclusive el trámite de audiencia para formular alegaciones con carácter previo a la Propuesta de Resolución.

En sus Fundamentos Jurídicos, el aludido Auto, tras tener por iniciada la ejecución de la Sentencia con el Acuerdo plenario de 30 de noviembre de 2007, aclara que no cabe la caducidad ni el silencio administrativo por tratarse de ejecución de sentencia que reconoce al actor el derecho a que se tramite el procedimiento y fijó el plazo de sesenta días, tras la recepción del Dictamen del Consejo Consultivo, para dictar Resolución que ponga fin al procedimiento, que deberá ser expresa, a cuyo fin –de la recepción del Dictamen y de su contenido- deberá darse audiencia previa a la parte aquí actora, así como a los demás interesados en el expediente.

En cumplimiento de este Auto, la Administración debió otorgar audiencia a los interesados, trámite que no consta en el expediente que se hubiera llevado a cabo y que debe en consecuencia efectuarse por imponerlo así el Tribunal, trámite, por otra parte, que en nuestro Dictamen de fecha 23 de enero de 2008 se advirtió que es de obligado cumplimiento, en orden a la correcta instrucción del procedimiento y formulación de la correspondiente Propuesta de Resolución sobre la que ha de pronunciarse este Organismo.

Ello obliga además a que, una vez cumplido este trámite, se elabore nueva Propuesta de Resolución, en la que, en su caso, se incorporen las nuevas alegaciones efectuadas y, posteriormente, se remita nuevamente a este Consejo para su preceptivo Dictamen.

4. Por otra parte, entre los motivos de nulidad alegados figura la circunstancia de no haberse obtenido la preceptiva autorización de Turismo, lo que se rebate en la Propuesta de Resolución. Esta autorización, sin embargo, no consta en el expediente remitido a este Consejo, por lo que resulta procedente su remisión, así como, a los efectos oportunos, el Auto de referencia.

En definitiva, cumplido el trámite antedicho y elaborada la Propuesta de Resolución, en la que se incorporen, en su caso, las alegaciones efectuadas por el interesado, ésta se debe remitir nuevamente a este Consejo para su preceptivo Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se formula de conformidad a Derecho, debiendo procederse de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento III.4.