



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de enero de 2010.

Dictamen solicitado por el Sr. Concejal Delegado 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 - U.C.G. (EXP. 692/2009 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Concejal 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 - U.C.G. otorgada por Decreto de la Alcaldía de 23 de julio de 1990.

La legitimación del órgano solicitante para recabar 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 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).

II

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

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

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 - U.C.G. (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. 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 y art. 102 LRJAP-PAC.

La procedencia de la aplicación de lo previsto en el art. 249.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 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 3.925 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 1888,25 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 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 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, obrantes en el expediente municipal de obra mayor 14/93 relativo a la solicitud de licencia de obras para la construcción de un kiosko-bar-terraza y cerramiento perimetral. Estos informes

fueron asumidos por la Comisión Municipal de Gobierno en Acuerdo adoptado en sesión de 23 de julio de 1993, por el que se denegó la licencia solicitada, 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 (RD 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, sujeta a los límites previstos en la legislación precitada para estos tipos 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 sus anteriores Dictámenes emitidos sobre este asunto (Dictámenes 12/2008, de 23 de enero y 422/2008, de 11 de noviembre), 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 SSTSJ 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 inició y declaró 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 dé cuenta al TSJC 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, en consecuencia, se declarara o no la nulidad del acto. Se advirtió además de 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 solicitud de la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de San Bartolomé de Tirajana por la que se recaba nuevamente el preceptivo Dictamen. Esta solicitud venía 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 constaba 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 aludía en el informe jurídico de 14 de octubre de 2008 que sirve de base a la Propuesta de Resolución.

Este informe jurídico señalaba además entre los antecedentes que, el 22 de agosto de 2008, se había recibido en el Ayuntamiento Auto de incidente de ejecución 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.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, en nuestro Dictamen 422/2008, se estimó que, 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 debía en consecuencia efectuarse por imponerlo así el Tribunal. Trámite, por otra parte, que en nuestro Dictamen 12/2008 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.

Se señaló además que, una vez cumplido este trámite, debía elaborarse una nueva Propuesta de Resolución, a la que, en su caso, habrían de incorporarse las nuevas alegaciones efectuadas y, posteriormente, procedería nuevamente su remisión a este Consejo para su preceptivo Dictamen.

En el Dictamen citado, finalmente, se tuvo en cuenta que, entre los motivos de nulidad alegados por los interesados, figuraba la circunstancia de no haberse obtenido la preceptiva autorización de turismo, lo que se rebatía en la Propuesta de Resolución. Esta autorización, sin embargo, no constaba en el expediente que fue remitido a este Consejo, por lo que se estimó la procedencia de su remisión, así como, a los efectos oportunos, el Auto de referencia.

4. El 9 de noviembre de 2009 (R.E. num.1623) tiene entrada en este Consejo nueva solicitud de Dictamen, una vez otorgado el trámite de audiencia al que se ha hecho referencia anteriormente y elaborada la nueva Propuesta de Resolución. Se acompaña a esta solicitud, además de la citada Propuesta, el Auto de incidente de ejecución de Sentencia 336/95 del TSJC, al que también ya se ha aludido, así como la Autorización de la Consejería de Turismo y Transporte del Gobierno de Canarias de 5 de octubre de 1987.

No se remitió, sin embargo, la documentación relativa al trámite de audiencia concedido, lo que motivó que el Pleno de este Organismo, mediante Acuerdo adoptado en sesión de 10 de noviembre de 2009, recabara su aportación, con suspensión del plazo para emitir el Dictamen. Esta documentación ha tenido entrada en este Organismo con fecha 25 de noviembre de 2009 (R.E- num. 1678).

IV

1. Los interesados interponen la presente solicitud de nulidad de la licencia de ocupación o utilización otorgada en fecha 23 de julio de 1990, sin cuestionar la legalidad de la licencia de obras de la que trae causa y que fue concedida por Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 4 de mayo de 1988. Tampoco cuestionan la legalidad de la licencia de obras concedida el 1 de febrero de 1989 para el reformado de la zona comercial. Se plantea la ilegalidad de la licencia de ocupación al estimar que con la misma se han amparado obras que no se ajustan a la licencia de obras concedida y que vulneran las determinaciones que para ese Sector venían establecidas en las Normas Subsidiarias de Planeamiento.

Los interesados consideran que concurre en la citada licencia la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC. No han tenido en cuenta sin embargo que su pretensión, si bien es planteada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, se dirige a la revisión de un acto dictado con anterioridad a ésta, concretamente la citada licencia de ocupación de 23 de julio de 1990 y otorgada, a su vez, como consecuencia de la anterior licencia de obras de 4 de mayo de 1988.

Esta fecha tiene transcendencia para la determinación de la legislación aplicable. Como se ha señalado en anteriores Dictámenes de este Consejo, este cambio normativo determina que el parámetro de legalidad del acto a revisar esté constituido por la legislación antigua, mientras que la tramitación del procedimiento de revisión se rige por la nueva, ya que "el procedimiento de revisión de oficio es autónomo de aquel que alumbró el acto que constituye su objeto; por lo que, iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento administrativo de 1958 (LPA), ésta será la que rija su tramitación con independencia de la fecha en que se dictó el acto a revisar; mientras que el parámetro de la validez de éste lo constituye la legislación en vigor cuando se dictó; lo que conlleva que sea también la legislación anterior la que rija su conversión, conservación y convalidación, porque estas instituciones forman parte del régimen de su nulidad y anulabilidad, ya que sólo tienen sentido en función de éstas, como lo revela el contenido de los arts. 50.2 a 53 LPA y 65 a 67 LRJAP-PAC y el hecho de que en ambas

se regulen conjuntamente, en la primera bajo la rúbrica de "Invalidez", en la Sección 3ª, Capítulo II, Título III y en la segunda bajo la rúbrica "Nulidad y anulabilidad" en el Capítulo IV, Título V" (Dictámenes 19/1994, 27/1995, 99/1995).

En el mismo sentido, de forma reiterada el Consejo de Estado ha sostenido que si en estos casos resulta indudable la aplicación de la Ley 30/1992 desde el punto de vista procedimental y por tanto son aplicables las prescripciones de procedimiento establecidas en el art. 102 de la citada Ley, la calificación de la nulidad del acto ha de hacerse atendiendo a las causas establecidas en el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (Dictámenes 2124/1994, 133/1997, 3071/1997, 2906/1998, 167/1999, 2682/1999, 2865/2000, 2340/2002, 2341/2002, 1103/2004, entre otros).

La nulidad del acto debe pues fundamentarse en las causas previstas en el momento en que el acto fue dictado, esto es, en las previstas en el art. 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Los interesados, no obstante, han recurrido al art. 62.1.f) de la nueva regulación, que por no regular una cuestión procedimental, sino de carácter sustantivo o material, no puede resultar de aplicación.

Esta causa, además, constituye una innovación respecto de la enumeración contenida en el art. 47.1 de la Ley de 1958. De acuerdo con este precepto, los actos de la Administración son nulos de pleno derecho cuando se trate de actos dictados por órgano manifiestamente incompetente (apartado a), aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivos de delito (apartado b) o los que se hayan dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (apartado c).

Como puede apreciarse, entre las causas que recoge este artículo no figura ningún supuesto idéntico al del actual art. 62.1.f) LRJAP-PAC, resultando además éste inaplicable por las aludidas razones, como también ha reiterado el Consejo de Estado en diversos Dictámenes (133/1997, 4017/1998, 167/1999, 2906/1998, 2340/2002, 2341/2002). En definitiva, la nulidad del acto ha de fundamentarse en alguna de las causas vigentes en el momento en que fue dictado.

Todo ello no impide, sin embargo, que la nulidad pueda declararse de encontrarse establecida en la normativa sectorial vigente en el momento en que se otorgó la licencia.

Por otra parte, y por las mismas razones, tampoco resultan de aplicación para fundamentar la nulidad del acto las diversas Leyes de vigencia posterior a la fecha de concesión de la licencia que se citan por algunos interesados, tanto en sus solicitudes iniciales, como en los diversos trámites de audiencia concedidos por la Administración con ocasión de los sucesivos acuerdos de inicio del procedimiento. En concreto, el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de julio, así como el 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.

2. La Propuesta de Resolución culminatoria del presente procedimiento no contiene una expresa motivación de la desestimación que se propone, sino que se remite a estos efectos al informe jurídico emitido con fecha 14 de octubre de 2008, al considerar que las nuevas alegaciones presentadas por los interesados no desvirtúan ni aportan documentación alguna que requiera una reconsideración de los fundamentos aducidos en el citado informe.

Este informe de 14 de octubre de 2008 estima la procedencia de desestimar la solicitud de revisión de oficio del acto al considerar que no concurren vicios determinantes de su nulidad.

Antes de analizar los específicos motivos considerados debe señalarse que este informe, si bien parte de que los recurrentes han interesado la nulidad de la licencia de ocupación de 23 de julio de 1990, se pronuncia, sin embargo, sobre la nulidad de la licencia de obras concedida en relación con la galería comercial, de fecha 4 de mayo de 1988, así como la otorgada el 1 de febrero de 1989 para el reformado de esta zona comercial.

Los recurrentes, específicamente, han solicitado la declaración de nulidad de la licencia de ocupación por estimar que la misma no se ajusta a la licencia de obras concedida y porque, además, lo ejecutado incumple los parámetros urbanísticos de aplicación.

En el informe citado, al que se remite la Propuesta de Resolución, se plantea, sin embargo, que los vicios señalados por los interesados no pueden predicarse de la licencia de primera utilización u ocupación, teniendo en cuenta su finalidad, de acuerdo con reiterada jurisprudencia. Se señala así que esta licencia no sólo sirve al establecimiento de las condiciones de uso y utilización de la edificación construida, sino que igualmente tiene por objeto confrontar la obra realizada con el proyecto presentado que ampara la licencia municipal concedida y si se han cumplido o no las

condiciones en ella establecidas. No constituye, por tanto, su objeto la comprobación de si la obra se ajusta o no a la normativa urbanística.

Se concluye en este sentido que los motivos de nulidad plena referidos al incumplimiento de la normativa de edificabilidad, ocupación y uso aplicable a la parcela W tiene que postularse obligatoria y previamente de la licencia de obra o edificación y, aceptada ésta, la licencia de primera ocupación también sería nula como acto posterior por el efecto dominó de los actos nulos de pleno Derecho, en tanto que son actos eliminados del mundo jurídico. En el presente caso, al estimar que no procede la declaración de nulidad de las licencias de obras, se sostiene que no cabe tampoco la de la licencia de ocupación.

En consecuencia, la propia Administración reconoce que las obras ejecutadas se han ajustado a las licencias de edificación concedidas y que los vicios que señalan los recurrentes serían en todo caso achacables a éstas.

3. La desestimación de las solicitudes de nulidad de estas licencias de obras se basa en los siguientes motivos, por el Ayuntamiento:

A. Por lo que se refiere al motivo de excederse la edificación de los parámetros urbanísticos aplicables a la parcela en cuanto a la ocupación, edificabilidad y uso, se estima que las licencias de edificación se encuentran incursas en causa de nulidad, al incumplir las mismas la normativa urbanística municipal de la parcela W, vigente al momento de su otorgamiento, la cual se contenía en las Normas Subsidiarias Municipales de 1986 y para el 7% destinado a uso complementario no residencial en el art. 15 de las Ordenanzas de Ampliación de Playa del Inglés, cuya aplicación se extendió al resto de las urbanizaciones turísticas por Acuerdo de 27 de julio de 1979.

Se considera no obstante que la nulidad no debe ser declarada por los siguientes motivos:

1º El incumplimiento de los parámetros urbanísticos es producto de una interpretación del TSJC realizada en Sentencia firme de 1995 y que no pudo ser tenida en cuenta en su día por los funcionarios informantes, que informaron favorablemente el proyecto presentado.

2º De acuerdo con los Dictámenes del Consejo de Estado y de este Consejo Consultivo, la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC tiene carácter excepcional y debe ser objeto de una interpretación estricta, de manera que no basta con que el acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, sino que debe

apreciarse una falta grave y notoria del presupuesto indispensable para adquirir el acto que indebidamente se reconoció u otorgó. Estos Dictámenes ponen de relieve que no puede considerarse sólo la eventual contradicción con la legalidad del acto, sino también ponderar la existencia de límites al ejercicio de las facultades de revisión previstas en el art. 106 LRJAP-PAC. En el presente caso se observa la presencia de estos límites en las siguientes circunstancias:

La acción de nulidad se solicita una vez transcurridos más de seis años desde que se concedió la licencia de 4 de mayo de 1988 y sobrepasados los cinco años y cinco meses para la de su reformado, por lo que se estima la improcedencia de la revisión por el largo tiempo transcurrido y por razones de seguridad jurídica.

La buena fe de los terceros propietarios de los locales, quienes verían afectados sus derechos, y la enorme incertidumbre que tal revisión produciría, así como el elevado coste de las indemnizaciones y demoliciones.

Las licencias concedidas no vulneran de manera notoria y grave la normativa urbanística por cuanto no conceden usos, edificabilidad u ocupación prohibidos, de manera que no se ha concedido derecho alguno no contemplado en la normativa urbanística municipal, aunque sí se ha cometido un error interpretativo al concederlos en exceso.

La nulidad plena que se postula lo es por los excesos de los parámetros urbanísticos que se refieren a la zona comercial y que persiguen su demolición, por lo que debe aplicarse a esta petición de demolición el principio de proporcionalidad mantenido por el Tribunal Supremo, cuya doctrina sostiene que hay que evitar la demolición si la misma es desproporcionada o excesiva respecto de la índole de la infracción legal cometida o de la repercusión o efecto urbanístico de tal infracción.

B. Por lo que se refiere a la preceptiva autorización de turismo, que los interesados han alegado en trámite de audiencia, se desestima este motivo por contar el proyecto con las debidas autorizaciones turísticas para la construcción de los bungalows, en cuyo proyecto se contenía igualmente la construcción de la galería comercial. Se añade que la finalidad de estas autorizaciones, de acuerdo con la normativa aplicable (Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre y Decreto autonómico 149/1986, de 9 de octubre), no recaen sobre el uso complementario no residencial si las actividades que incluyen no son estándares de legalidad o usos obligatorios exigidos por la normativa turística y necesarios para autorizar las camas y la tipología edificatoria.

C. Tampoco se aprecia infracción de la normativa turística al no constituir la superficie de uso comercial su destino como servicio complementario del establecimiento alojativo, para sus propios clientes, al estar abierto al exterior. Se sostiene a estos efectos que del examen de las normas invocadas (Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre y Decreto autonómico 149/1986, de 9 de octubre), no se aprecia de manera expresa e inequívoca que el uso no residencial deba ser prestado con carácter exclusivo y excluyente a los clientes del establecimiento hospedados en el mismo. Se trataría de una prohibición que debería estar expresamente recogida en la norma y no es el caso. Las normas se refieren a dotaciones de uso exclusivo del establecimiento [cuarto de máquinas, piscinas, jardines, (...)], lo que no puede confundirse con exclusividad de uso de los clientes hospedados.

D. Por último, no se aprecia incumplimiento en la licencia otorgada de la proporción de 1 plaza de aparcamiento por cada 7 plazas alojativas exigida por la Autorización de la Dirección General de Ordenación e Infraestructura Turística de 18 de diciembre de 1986, extremo que se acredita mediante el informe técnico municipal emitido con fecha 24 de enero de 1990. Los interesados citan en su solicitud un acta de la Inspección de Turismo de 19 de octubre de 1993 en la que se constatan diversos incumplimientos (vallado de plazas, supresión de otras por realizarse una rotonda), pero ello no tiene incidencia en la licencia de obras concedida, dado que se trata de incumplimientos posteriores, ajustándose aquélla a la exigencia establecida en la Autorización de 18 de diciembre de 1986 a la que se ha hecho referencia.

V

1. La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho (sin que proceda declarar la nulidad de la licencia de obras ni, por consiguiente la de la licencia de ocupación interesada), en lo que se refiere a la desestimación de los tres últimos motivos señalados anteriormente y por las razones y fundamentos que en ella se contienen.

No puede alcanzarse, en cambio, la misma conclusión en lo que respecta a la declaración de nulidad de las licencias de obras por vulnerar éstas la normativa urbanística de aplicación.

Como se reconoce en la Propuesta de Resolución, las licencias se otorgaron contraviniendo las Normas Subsidiarias Municipales de 22 de julio de 1986 y el art. 15 de la Ordenanza de Ampliación de Playa del Inglés, cuya aplicación se extendió al resto de las urbanizaciones turísticas por Acuerdo de 27 de julio de 1979.

La Ordenanza que regula la edificación en la parcela W está recogida en las Normas Subsidiarias Municipales, de conformidad con las cuales la superficie de la citada parcela es de 50.00 m², distribuida en tres sectores: el I, con una superficie de 16.978 m²; el II, 19.175 m² y el III, 13.847 m².

Las mismas Normas Subsidiarias establecen una ocupación máxima del 27% (13.500 m²) y una edificabilidad de 26.975 m², con uso residencial turístico.

El art. 15 de la Ordenanza de Ampliación permite, no obstante, que hasta un 7% de la superficie edificable de la parcela (esto es, 1.888,25 m²) pueda dedicarse a uso distinto del residencial. Este artículo establece en concreto que la totalidad de las parcelas destinadas a la edificación de chalets y bungalows se clasifican de uso exclusivamente residencial, siendo pues éste su destino y quedando por ello prohibido expresamente el establecer en las mismas cualquier clase de comercio o industria, a menos que se den una serie de condiciones, entre las que se encuentra que *la superficie construida de los locales destinados a estos fines distintos del residencial no exceda del 7% de la superficie edificable en la parcela y será computable dentro de este concepto salvo que se realicen en semisótano o sótano.*

En el expediente ha quedado acreditado que se ha excedido en la licencia de obras otorgada la ocupación máxima permitida, así como la edificabilidad y no se ha cumplido para el uso no residencial complementario el límite del 7% previsto en el citado art. 15, al haberse construido sobre rasante 200,78 m² y bajo rasante 2.283 m², por lo que evidentemente se han superado los 1.888,25 metros que suponen el 7% de la edificabilidad de la parcela. La licencia concedida no contabilizó las dependencias situadas en planta sótano dentro de la edificabilidad máxima autorizada, como señala el informe técnico municipal de 18 de mayo de 1993, emitido en relación con el expediente de obra mayor 14/93.

La licencia de obras ha sido concedida, pues, en contravención del planeamiento urbanístico y de lo dispuesto en el entonces aplicable art. 178 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLRSOU), aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, en cuya virtud habrán de otorgarse de acuerdo con las previsiones de la propia Ley, de los Planes de Ordenación Urbana y Programas de

Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento.

Como señala la STS de 4 de abril de 1987, las determinaciones urbanísticas contenidas en el planeamiento no pueden ser alteradas ni vulneradas por una licencia de edificación que, por definición, postula una inmediata y obligada adecuación de la misma a la norma urbanística, como condicionante, no sólo de su presupuesto existencial, sino fundamentalmente de su lícita vigencia como acto de ejecución de ese planeamiento en que se concreta la propia licencia como acto reglado y, en consecuencia, directamente condicionado por sus determinaciones.

2. En cuanto a la aplicación del art. 106 al caso que nos ocupa hay que tener en cuenta que "se fijan límites a las facultades de la revisión de oficio dado que al anular un acto administrativo declarativo de derechos, o favorable, entran en conflicto los dos principios básicos en todo Ordenamiento Jurídico, el de Seguridad jurídica y el de la legalidad, exigiendo el primero que se ponga un límite a las facultades de revisión de oficio y consiguientes impugnaciones de actos o disposiciones administrativas amparados por la presunción de legitimidad y cuando se llega a este límite hay que dar eficacia y consagrar la situación existente, principio de seguridad que tiene un valor sustantivo y puede ser alegado y opuesto por las partes litigantes y estimado incluso de oficio puede ser motivo de desestimación de la demanda, pues el art. 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo (ahora 106 LRJAP-PAC) dispone que las facultades de anulación y revocación no podrían ser ejercidas cuando por prescripción de acción, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes" (STSC de 7 de junio de 1982. RJ\1982\3616).

La licencia de obras ha sido concedida en contravaloración del planeamiento urbanístico y de lo dispuesto en el, entonces, aplicable art. 178 del TRLRSOU, pero no es menos cierto que transcurren más de 6 años desde que se concedió la licencia de 4 de mayo de 1988, la existencia de derechos de particulares propietarios de buena fe de los locales, que no fueron titulares de la licencia de obras, y que se parte de un error interpretativo en cuanto a un exceso de edificabilidad u ocupación, lo que determina la posibilidad de aplicación del art. 106 LRJAP-PAC, con la exigencia correspondiente a la Corporación Local de las actuaciones necesarias tendentes a minusvalorar los efectos combatidos. Habrá que tenerse en cuenta por el

Ayuntamiento la vigente legislación, a los efectos de la legalización o ajustes que procedan, en su caso, y que sean procedentes.

C O N C L U S I Ó N

Procede desestimar la acción de nulidad presentada, al no caber, en este caso, el ejercicio de la facultad revisora de la Administración actuante con el fin solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el art. 106 LRJAP-PAC, en los términos expresados en este Dictamen.