Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 4 / 2 0 1 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de mayo de 2013.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de El Tanque en relación con la **Propuesta de Resolución por la que se acuerda la** *revisión de oficio de la licencia de obra otorgada a M.C.G.M., por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 30 de abril de 2006, para la ampliación de vivienda (EXP. 199/2013 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por el Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de El Tanque, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de abril de 2007 por el que se concedió una licencia de obras.

La legitimación del Sr. Alcalde para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los artículos 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el artículo 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, no pudiéndose acordar de lo contrario; es decir, ha de entender conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, procediendo tal declaración al incurrir el acto sometido a revisión en la causa alegada por la Administración, que la justifica suficientemente.

2. La nulidad instada se fundamenta en el apartado f) del artículo 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración que se trata de un acto antijurídico por el que se

[*] **PONENTE: Sr. Belda Quintana.**

han adquirido derechos careciendo la interesada de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

II

1. Del expediente tramitado resultan los siguientes antecedentes:

- Con fecha 18 de abril de 2007 la interesada solicita licencia de obra mayor para la ampliación de su vivienda sita en la C/ Teleclub (…). A su solicitud adjunta únicamente fotocopia de su DNI y contrato privado de compraventa de 4 de enero de 1999 por el que adquirió la citada vivienda.

- El 27 de abril de 2007 se emite informe técnico de carácter desfavorable a la concesión de la licencia al no haberse aportado por la interesada la documentación mínima necesaria para la ejecución de la ampliación de vivienda habitual unifamiliar.

En este mismo informe se hace constar que, de acuerdo con las vigentes Normas Subsidiarias de Planeamiento del Tanque, la parcela afectada se encuentra ubicada en suelo calificado como urbano, con definición de la zona como edificación abierta.

Se añade a ello que, de acuerdo con el Plan General de Ordenación de El Tanque, por entonces aprobado inicialmente por el Pleno de la Corporación en sesión celebrada el 14 de diciembre de 2006, el suelo mantiene la misma calificación como urbano y definición de la zona como edificación abierta.

- En esta misma fecha se emite el correspondiente informe jurídico por la Secretaría municipal en el que se propone no conceder la licencia solicitada por las razones expuestas en el informe técnico.

- El 30 de abril de 2007 la Junta de Gobierno Local, actuando por delegación de la Alcaldía, concede a la interesada la licencia de obras solicitada, a pesar de los citados informes de carácter desfavorable y haciendo constar que las obras que se pretenden ejecutar no inciden de forma negativa en la clasificación del suelo.

2. Con estos antecedentes, el 19 de febrero de 2013 se emite informe por el Secretario-Interventor en el que se propone el inicio del procedimiento de revisión de oficio, al haberse otorgado incumpliendo las Normas Subsidiarias de Planeamiento, en contra de los informes técnicos y jurídicos y ser constitutivo de presunta infracción penal. Considera que es un acto expreso contrario al Ordenamiento jurídico por el que se adquiere el derecho a edificar careciendo de los requisitos establecidos en las Normas Subsidiarias, por lo que un acto nulo por aplicación de la causa prevista en el artículo 62.1.f) LRJAP-PAC.

3. El 25 de febrero de 2003 se adopta por el Pleno de la Corporación el Acuerdo de inicio del presente procedimiento de revisión de oficio, al haberse otorgado con informes técnicos y jurídicos desfavorables.

Se confirió seguidamente trámite de audiencia a la interesada, quien presenta alegaciones en el plazo concedido al efecto en las que se opone a la revisión del acto.

Se ha elaborado finalmente el Informe-Propuesta de Resolución, en el que se desestiman las alegaciones presentadas y se propone la declaración de nulidad de la licencia de obras por la causa prevista en el artículo 62.1 LRJAP-PAC, al haberse otorgado con informes técnico y jurídico desfavorables, motivados por no haber presentado la interesada la documentación mínima para la ampliación de la vivienda.

4. Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, procede realizar las siguientes observaciones:

- En cuanto al órgano competente para iniciar y resolver el procedimiento de revisión de oficio, ha sostenido en diversas ocasiones este Consejo que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), de carácter básico, no determina expresamente el órgano al que le corresponde resolver la revisión de oficio de los actos declarativos de derechos de la Administración municipal. Sin embargo, atendiendo a que el art. 110 LRBRL atribuye al Pleno del Ayuntamiento la declaración de nulidad de pleno Derecho de los actos de gestión tributaria y a que los arts. 103.5 LRJAP-PAC y 22.2.k) LRBRL atribuyen a ese órgano la declaración de lesividad de los actos de la Administración incursos en vicio de anulabilidad, la jurisprudencia ha interpretado por vía analógica que la competencia para revisar de oficio los actos incursos en vicio de nulidad también corresponde al Pleno.

No obstante es preciso tener en cuenta que, conforme al art. 22.4 LRBRL, el ejercicio de la competencia del art. 22.2.k) LRBRL puede ser delegada por el Pleno en el Alcalde y en la Junta de Gobierno Local. En este sentido, ha señalado este Consejo, entre otros en su Dictamen 760/2009, que si la atribución al Pleno de la declaración de nulidad de los actos del Ayuntamiento descansa en la interpretación analógica o extensiva de la competencia atribuida por el art. 22.2.k) LRBRL y concordante art. 103.5 LRJAP-PAC y ésta es delegable, entonces también lo es la competencia que se entiende implícita en ella para decidir la revisión de oficio de los actos del Ayuntamiento.

En el presente caso esta delegación no se ha operado, por lo que corresponde al Pleno el inicio y resolución del procedimiento.

- Por lo que se refiere al trámite de audiencia concedido, alega la interesada que éste debió igualmente ser otorgado a su esposo, dada la naturaleza de bien ganancial de la vivienda afectada.

Esta alegación sin embargo no puede prosperar, ya que fue la interesada quien solicitó y a quien se le concedió la licencia, por lo que es la persona la titular de la misma y a quien en consecuencia, debía notificarse el inicio del procedimiento revisor. En cualquier caso, no cabe alegar ahora el carácter ganancial del bien cuando éste no fue invocado en el momento de la solicitud de la licencia, al ser instada únicamente por la interesada.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, ya se ha señalado que la nulidad de fundamenta en la causa prevista en el apartado f) del artículo 62.1 LRJAP-PAC, al haberse otorgado la licencia con informes técnicos y jurídicos desfavorables.

Conviene señalar en este momento que, como ya también se ha constar en los antecedentes, en el informe por el Secretario-Interventor se propone el inicio del procedimiento de revisión de oficio al haberse otorgado incumpliendo las Normas Subsidiarias de Planeamiento, en contra de los informes técnicos y jurídicos y ser constitutivo de presunta infracción penal. Sin embargo, el acuerdo de inicio de fundamenta únicamente en el carácter desfavorable de los informes técnicos, sin contener alusión alguna a los otros motivos a los que se alude en el citado informe. Sobre estos motivos no existe además ninguna otra referencia en el expediente ni se motiva en ningún momento su posible concurrencia en relación con la licencia que nos ocupa. Ambas razones impiden por consiguiente que puedan ser tenidos en cuenta a la hora de dilucidar la posible nulidad de la licencia.

2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 164.1TRLOTEN, la legitimidad de la ejecución de los actos, entre otros, de construcción y edificación presupone como requisito esencial no sólo la vigencia de la ordenación idónea conforme al propio Texto Refundido para legitimar la actividad de ejecución (apartado a) sino también la cobertura en proyecto técnico aprobado administrativamente (apartado b).

Los informes técnicos y jurídicos fueron emitidos en este caso con carácter desfavorable debido a que la interesada no presentó junto con su solicitud, como resultaba preceptivo, el correspondiente proyecto técnico [artículos 164.1.b) citado

y 9.1 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales], impidiendo por tanto la comprobación técnica de su compatibilidad con las NNSS (artículo 166.5 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, TRLOTEN) y de lo que en todo caso dependía que se otorgara la licencia.

Desde esta perspectiva, la aportación del citado proyecto técnico constituye un requisito esencial para el otorgamiento de la licencia, pues ésta ha de concederse sobre un determinado proyecto de obra, única manera de constatar su adecuación al planeamiento en vigor.

En este sentido, la licencia fue concedida sin haberse aportado el citado proyecto, incumpliendo con ello un requisito que el propio precepto legal califica como *esencial.* La licencia por ello no pudo cumplir con la finalidad que le es propia, que es la determinación de que una obra concreta se ajusta al planeamiento, limitando su contenido a establecer los parámetros urbanísticos establecidos por las NNSS (superficie construida sobre rasante, el porcentaje de ocupación, frente mínimo de parcela, altura máxima, altura mínima en el interior de la vivienda, retranqueos a linderos o espacios públicos, anchos máximos de volado, nº de fachadas y enfoscado y pintado de las fachadas).

La licencia incurre por consiguiente en la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) LRJAP-PAC, al haber adquirido el interesado derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

3. Ahora bien, del expediente resultan determinadas circunstancias que conllevan la posible aplicación del artículo 106 LRJAP-PAC.

Así, la licencia fue otorgada, como resulta del informe técnico emitido, en relación con una parcela ubicada en suelo catalogado como urbano, en el que, por propia definición, caben las construcciones (artículo 50 TRLOTEN) y en una zona definida como edificación abierta.

Por otra parte, el otorgamiento de la licencia en este caso no se encontraba suspendido por la aprobación inicial el 14 de diciembre de 2006 del Plan de Ordenación General. A estos efectos es preciso tener en cuenta que el artículo 28.3, en relación con el 14.6 TRLOTEN y 16 del Reglamento de Procedimientos de los Instrumentos de Ordenación del Sistema de Planeamiento de Canarias, aprobado mediante Decreto 55/2006, de 9 de mayo (RPIOSPC), sólo preceptúa la suspensión

automática del otorgamiento de licencias desde la publicación del acuerdo o resolución de aprobación inicial de los instrumentos de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanísticas en todas aquellas áreas cuyas nuevas determinaciones supongan alteración del régimen vigente. Con ello, la normativa de aplicación permite la tramitación y otorgamiento de licencias en relación con los proyectos ajustados al régimen vigente en el momento de su solicitud, siempre que dicho régimen no hubiese sido alterado por las determinaciones propuestas en el instrumento de ordenación en tramitación o habiendo sido alterado, las determinaciones aprobadas sean menos restrictivas o limitativas que las del planeamiento en vigor. Trasladado al presente caso, el otorgamiento de licencia no se encontraba suspendido dado que, como se hizo constar en el informe técnico, el nuevo planeamiento aprobado inicialmente mantenía las mismas determinaciones que las NNSS vigentes.

A ello se une que la obra se encuentra ejecutada al parecer desde 2007 y en el expediente no se ha planteado en ningún momento que en su ejecución se haya vulnerado el planeamiento, extremo éste sin embargo que requiere de su necesaria concreción a los efectos de valorar la posible aplicación de lo previsto en el artículo 106 LRJAP-PAC.

Este Consejo en consecuencia no puede emitir un pronunciamiento sobre la nulidad pretendida, hasta tanto se evacue informe técnico relativo al esencial extremo antedicho, la legalidad de lo efectivamente construido, a los efectos de ponderar, como se ha señalado, la posible aplicación de lo previsto en el citado precepto legal.

Además, en cumplimiento del principio de contradicción y a los efectos de los deberes de instrucción y del correcto pronunciamiento de este Organismo, tal informe ha de ser trasladado a la interesada a los fines de audiencia (arts. 78.1, 84.1 y 85.3 LRJAP-PAC).

Este Organismo es consciente de que, inexorablemente y de acuerdo con doctrina constante del Consejo Consultivo, la realización de estos trámites generará la caducidad del procedimiento tramitado, vista la fecha del acuerdo de inicio, a iniciativa administrativa, al transcurrir tres meses de tal circunstancia sin dictarse resolución (art. 102.5 LRJAP-PAC).

Por ello, está justificado por las razones expuestas, máxime generándose el problema por la deficiente actuación administrativa en el procedimiento de otorgamiento de la licencia de referencia. Además, cabe iniciar nueva revisión con

idéntica pretensión de declaración de nulidad, sin perjuicio de la decisión de este Organismo al respecto, incluida la aplicación del art. 106 LRJAP-PAC, con realización desde luego y en todo caso de los trámites expresados, con formulación de la Propuesta de Resolución que se entienda procedente y solicitud de Dictamen sobre ella subsiguientemente.

C O N C L U S I Ó N

Por las razones expuestas, no procede efectuar la declaración de nulidad pretendida, efectuándose los trámites que se señalan para tal fin, con tramitación en su caso de nueva revisión, formulándose Propuesta de Resolución a ser dictaminada por este Organismo.