



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 7 8 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 14 de mayo de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la Propuesta de Resolución de *revisión de oficio de las Resoluciones dictadas por el Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de 25 de abril de 2003, 24 de noviembre de 2004, 15 de julio de 2008 y 6 de febrero de 2009, a favor de la mercantil R.A., S.A. (EXP. 146/2014 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con registro de salida el 16 de abril de 2014, misma fecha de registro de entrada en el Consejo Consultivo de Canarias, es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones dictadas por el Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 25 de abril de 2003, 24 de noviembre de 2004, 15 de julio de 2008 y 6 de febrero de 2009, mediante las que se concedieron determinadas licencias de construcción, reforma y legalización de obras, así como de primera ocupación y cédula de habitabilidad a favor de la entidad R.A., S.A.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife 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 con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

Además, de acuerdo con lo previsto en este precepto, es preciso que el dictamen de este Consejo sea favorable a la declaración pretendida, es decir, que ha de considerar conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, procediendo entonces la declaración de nulidad al incurrir los actos sometidos a revisión en la causa alegada por la Administración.

3. La revisión instada se fundamenta en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al entender la Administración actuante que se trata de un acto por el que se han adquirido derechos careciendo el interesado de los requisitos esenciales para que tal obtención se produjera.

II

1. Son antecedentes de interés en la presente revisión de oficio los siguientes:

A. La Sentencia nº 269/2010, de 1 de octubre de 2010, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por M.R.I., "condenando a la Administración demandada a iniciar expediente de revisión de oficio, tramitarlo y dictar resolución expresa respecto a la petición instada por el actor de que sea declarada la nulidad de oficio de las resoluciones impugnadas".

B. El 16 de diciembre de 2010, se emite Resolución de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo, mediante la que se ordenó la incoación de expediente de información previa a la revisión de la Resoluciones de 25 de abril de 2003 -del Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo [por la que se otorgó licencia para la construcción de un edificio de tres plantas y sótano (denominado Residencia E.D.M.), en (...)]-, y de la Resolución de 24 de noviembre de 2004, del Consejero Director de esta Gerencia, por la que se otorgó a favor de la misma entidad mercantil, licencia para la reforma de edificio destinado a residencia E.D.M., en la transversal de la zona de Ifara, situada en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife.

C. Dicha Resolución fue correctamente notificada tanto a R.A., S.A. (el 25 de enero de 2011) como al denunciante (el 2 de marzo de 2011).

D. El 17 de marzo de 2011, el denunciante presentó escrito de alegaciones, reiterándose en los argumentos que expuso en la solicitud de revisión de oficio.

E. El 18 de febrero de 2011, R.A., S.A. presentó escrito de alegaciones en el que manifiesta que la Gerencia Municipal de Urbanismo debería tramitar el

correspondiente expediente de revisión de oficio y dictar una resolución expresa sobre la pretensión, ya sea de inadmisión, estimación o desestimación. La condena de la citada sentencia consistía en tramitar y dictar Resolución expresa sobre la solicitud de revisión de oficio que se había entendido desestimada por silencio negativo, pero no en que el interesado presentase una nueva solicitud de revisión ni que se le permitiese modificar los términos de la formulada originariamente. Asimismo, la citada entidad mercantil entendió que la Resolución que debió dictar el Ayuntamiento en este expediente era la de inadmisión a trámite de la solicitud de revisión formulada por M.R.I., sin necesidad de recabar dictamen del Consejo Consultivo de Canarias porque consideraba que la solicitud no se basaba en ninguna de las causas de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC, porque la solicitud carecería de fundamento al referirse a dos licencias urbanísticas que deberían considerarse extinguidas por sustitución, y porque el propio Ayuntamiento ya se ha pronunciado acerca de la conformidad a Derecho de las licencias en su escrito de contestación de la demanda.

F. Con fecha 20 de junio de 2012, el Servicio de Edificación y Patrimonio emitió informe técnico en los siguientes términos:

“A la vista de la diligencia de fecha 10 de octubre de 2011 en la que se solicita informe por posible revisión de oficio de la licencia de edificación (Resolución 25/04/2003) y licencias de reforma (Resoluciones de 24/11/2004 y 15/07/2008) y una vez revisados los expedientes LE 113/2003 y LR 70/2004 en los que se encuentran dichas Resoluciones, cabe manifestar que:

Se ha procedido al estudio de los proyectos que recogen la obra efectivamente ejecutada, denominados Proyecto Refundido (visado 71.423 de fecha 30 de abril de 2008 y proyecto de legalización, visado 81.399 de fecha 29 de enero de 2009).

Asimismo, se han revisado los informes técnicos obrantes en los expedientes LE 0113/2003 y LR 0070/2004, que culminaron en las Resoluciones ya mencionadas y por tanto en la edificación existente.

Finalmente, se han contrastado las alegaciones de índole técnica expuestas por el denunciante y la propiedad de la edificación, contrastándolas con los informes técnicos y proyectos mencionados.

De todo este proceso se concluye que pueden existir indicios de duda sobre la correcta aplicación de la normativa, especialmente en cuanto al cálculo del volumen

y la edificabilidad; criterios de aplicación a los patios (interiores e ingleses), medición de la altura, separación a linderos y retranqueos, así como en las condiciones de posición del edificio en la parcela.

Por tanto y sin que el presente informe pueda interpretarse como un reconocimiento de aplicación errónea de la normativa, sí se entiende que debe de procederse a la revisión solicitada por el denunciante”.

G. El 21 de junio de 2012, se emite Resolución del Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo mediante la que ordenó la incoación de expediente de revisión de oficio de las Resoluciones del Consejero Director, de 25 de abril de 2003, por la que se otorgó licencia para la construcción de un edificio de tres plantas y sótano (Residencia E.D.M.), en (...), y Resolución de 24 de noviembre de 2004, del Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo por la que se otorgó a favor de la misma entidad mercantil, licencia de reforma de edificio destinado a residencia E.D.M., en (...).

H. La citada Resolución fue notificada a M.R.I. el 22 de junio de 2012 y a la mercantil R.A., S.A. el día 26 de junio de 2012.

I. El 10 de julio de 2012, M.R.I. presenta escrito en el que da por reproducido lo ya presentado en la Gerencia Municipal de Urbanismo el 17 de marzo de 2011.

J. El 11 de julio de 2012, R.A., S.A. presentó escrito de alegaciones.

K. El 21 de agosto de 2012, el Gerente de Urbanismo solicita al arquitecto municipal informe técnico sobre la licencia. El mencionado arquitecto, el 25 de septiembre de 2012, emite el siguiente informe:

“Para poder realizar el informe solicitado se me ha remitido por parte del Gerente el expediente de licencia de edificación LE/2003/113 que concluyó con la mencionada Resolución de fecha 25 de abril de 2003. Analizado su contenido, en el referido expediente consta informe emitido por el técnico que suscribe de fecha 16 de abril de 2003 (folio 8 del expediente). El informe fue emitido en sentido favorable.

Por medio del presente escrito, el técnico que suscribe se ratifica íntegramente en el contenido de dicho informe de fecha 16 de abril de 2003, no teniendo nada más que añadir al expediente de revisión de oficio de la Resolución de fecha 25 de abril de 2003 del Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Todo lo cual se manifiesta a los efectos solicitados”.

L. El 8 de marzo de 2013, el Jefe de Negociado de Intervención en la Edificación, con el visto bueno del Director Técnico de Urbanismo, emite informe técnico mediante el que concluye:

“(...) con los criterios expuestos y desarrollados en el cuerpo de este informe, es que la edificación ejecutada no se ajusta a la normativa que le es de aplicación, y que además, por tanto, las licencias otorgadas (...), son todas ellas disconformes, asimismo, con la normativa urbanística de aplicación.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los criterios aplicados en el presente informe y que han tenido gran trascendencia en los incumplimientos detectados y que han propiciado el pronunciamiento final del informe, giran en torno a dos cuestiones, que son:

Qué superficie debe adoptarse como partida para aplicar los parámetros urbanísticos, la total de la propiedad y reflejada en el PP-I, la delimitada por el PGOU-AB o incluso soluciones intermedias, lo que influiría significativamente en el cálculo de la edificabilidad y ocupación permitidas.

Puede la fachada norte del edificio, al mismo tiempo y por zonas, tener consideración de fachada exterior y de fachada no exterior, lo que afectaría sustancialmente al cálculo de la edificabilidad consumida.

Estas dos cuestiones entendemos deberían ser objeto de interpretación jurídica y en caso de que los criterios jurídicos difieran de los defendidos en este informe, debería de replantearse el mismo en los parámetros en que pudiera verse afectado”.

M. El órgano instructor concede a las partes interesadas trámite de vista y audiencia del expediente, que formularon alegaciones y presentaron los documentos que consideraron pertinentes.

N. El 8 de julio de 2013, es registrado de entrada en el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife oficio del Secretario Judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Santa Cruz de Tenerife, adjuntando Auto en el que se dispone lo siguiente:

“1.- Declarar la inadmisión del presente recurso contencioso-administrativo por no ser susceptible de revisión la inactividad del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife fuera del proceso de ejecución seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Santa Cruz de Tenerife (...).”

Ñ. El 17 de enero de 2014, se emitió Resolución del Consejero Director, mediante la que se acordó lo siguiente:

“Declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio incoado por Resolución del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 21 de junio de 2012, conforme al fundamento jurídico quinto de esta Resolución; Ordenar la incoación de expediente de revisión de oficio de las Resoluciones (...) de fecha 25 de abril de 2003 por la que se otorgó licencia para la construcción (...) de fecha 24 de noviembre de 2004 (...), por la que se otorgó a favor de la misma entidad mercantil, licencia para la reforma (...) de fecha 15 de julio de 2008 por la que se otorgó licencia de reforma (...) de fecha 6 de febrero de 2009 por la que se concedió licencia de legalización de obras de reforma así como licencia de primera ocupación y cédula de habitabilidad (...).

Conservar las alegaciones presentadas (...).”

O. Mediante Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 6 de febrero de 2014, se estimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de mayo de 2013, por el que se declaró ejecutada la Sentencia, revocando la Resolución impugnada y ordenando al Juez de Instancia que continuase con la ejecución de la sentencia, dictando medidas efectivas que contribuyesen a la rápida tramitación del expediente de revisión de oficio y su resolución dentro de los plazos legales.

P. Con fecha 12 y 13 de febrero de 2014, R.A., S.A. y M.R.I., respectivamente, presentan escrito de alegaciones.

Q. El 12 de marzo de 2014, el Gerente remite a la Jefa de Sección de Régimen Jurídico instrucción a los efectos de que se tramite de forma urgente y preferente, sobre los asuntos ordinarios, el presente procedimiento.

2. Finalmente, el 17 de marzo de 2014 se emite la Propuesta de Resolución, estimatoria de la nulidad pretendida.

3. Por otra parte, se dio traslado de la citada Propuesta de Resolución a la Dirección Técnico Jurídica de la Gerencia Municipal de Urbanismo a efectos de que se pronunciase sobre la misma.

III

1. Como se ha señalado, el nuevo procedimiento revisor se inició el 17 de enero de 2014.

2. La Propuesta de Resolución dispone que procede revisar de oficio las Resoluciones del Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de 25 de abril de 2003 y de 24 de noviembre de 2004, así como las Resoluciones de la Consejera Directora de 15 de julio de 2008 y de 6 de febrero de 2009, en cuanto amparan la ejecución de construcciones por encima de la altura que contravienen lo dispuesto en el PGOU (Plan General de Ordenación Urbana), en los términos expuestos en la propia Propuesta de Resolución (FJ 7º, apartado 5º), conservando en el resto de aspectos los actos administrativos sometidos a revisión.

3. Antes de entrar en el fondo del asunto se ha de recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo seguida por este Consejo Consultivo, los actos administrativos firmes sólo pueden expulsarse del Ordenamiento jurídico cuando se produzca la nulidad radical, esto es, mediante la aplicación rigurosa que debe verificarse de la revisión de oficio prevista en el art. 102 LRJAP-PAC. Por ello, es preciso tener en cuenta la naturaleza extraordinaria del procedimiento revisor con arreglo a las causas estrictamente tasadas recogidas en la legislación aplicable.

La finalidad de dicho procedimiento no es otra que evitar que en el Ordenamiento jurídico existan actos administrativos que, estando afectados por alguna causa de nulidad de pleno derecho, no hayan sido recurridos en plazo, pudiendo solicitar entonces el afectado a la Administración (como es el caso) que declare de oficio la nulidad de un acto administrativo (véase, entre otros, el Dictamen 392/2013).

Este Organismo, en el referido dictamen, se pronunció en los siguientes términos:

“En este sentido, se ha de recordar, ante todo, como tantas veces se ha insistido por este Consejo Consultivo, que para la aplicación de la causa de nulidad prevista en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, se requiere que el interesado haya adquirido, en virtud del acto administrativo firme y antijurídico, facultades o derechos sin tener los requisitos que la norma vulnerada establece para su adquisición con carácter esencial.

Así pues, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho,

Por ello, se habrá de discernir entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, de forma que sólo serán esenciales aquellos que constituyan presupuestos ineludibles de la estructura definitoria del acto, irreconocible sin ellos, o bien, que han de cumplirse inexorablemente para que alcance su fin la norma vulnerada”.

IV

1. El procedimiento de revisión de oficio tiene por objeto dilucidar si procede declarar la nulidad de las siguientes Resoluciones:

- Resolución del Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de 25 de abril de 2003, por la que se otorgó licencia para la construcción de un edificio de tres plantas y sótano (Residencia E.D.M.), en (...).

- Resolución de 24 de noviembre de 2004, del Consejero Director de esta Gerencia, por la que se otorgó a favor de la misma entidad mercantil licencia para la reforma de edificio destinado a residencia E.D.M., en (...)

- Resolución de la Consejera Directora, de 15 de julio de 2008, por la que se otorgó licencia de reforma a favor de la entidad R.A., S.A.

- Resolución de la Consejera Directora, de 6 de febrero de 2009, por la que se concedió a R.A., S.A. licencia de legalización de obras de reforma, así como licencia de primera ocupación y cédula de habitabilidad para un edificio destinado a Residencia de Mayores construido en un solar sito en (...).

2. El detallado y anteriormente citado informe técnico de 8 de marzo de 2013, del Negociado de Intervención en la Edificación, al que hace expresa referencia la Propuesta de Resolución, indica, resumidamente, lo siguiente:

En primer lugar, en cuanto al volumen de edificación, se informa que, “considerando alturas de planta tanto de 3.00 metros, como de 3,40 metros, el exceso de edificabilidad *es considerable*”.

En segundo lugar, por lo que respecta a las construcciones por encima de la altura, “las construcciones en cubierta incumplen con la normativa de aplicación

porque se han ejecutado muros perimetrales de alturas mayores a 1,20 metros (superan los 3 metros); casetones de ascensores que superan los 4 metros (tiene 5 metros aproximadamente) e incluso construcciones que no se encuentran entre las permitidas (tanatorio) y que, por tanto, tiene la consideración de planta (esto es por lo que puntualmente se han computado siete plantas). "El exceso de altura de las construcciones en cubierta constituye un incumplimiento sustancial de la norma (...)".

En tercer lugar, en lo que se refiere a los patios interiores, "los dos patios interiores incumplen con las prescripciones de los artículos 22-M y 33-M del Plan Parcial de Ifara en cuanto a las alturas que presentan que son tres y cinco plantas, frente a las dos y una permitidas". Por otra parte, "aquí nos encontramos ante patios de parcela cerrados previstos en el artículo 9.7.16 del PGOU, tal y como se recoge en el informe técnico de 23 de octubre de 2002".

En cuarto lugar, se incumple con el artículo 10.4.7 del PGOU-AB8, "ya que en los desmontes realizados entre la edificación y la vía pública aparecen cortes con alturas de unos 7.00 metros y con bancales que no llegan a los 2.00 metros" (en todo caso, se trata de un incumplimiento menor por cuanto no afecta a parámetros edificatorios esenciales).

Por último, y en quinto lugar, se incumple con lo previsto en el artículo 10.3.2 del PGOU-AB, puesto que "se generan unos espacios entre la edificación y la vía pública que no cuentan con la dimensión mínima equivalente a 1/3 de la altura de la edificación, que en algunas zonas debería ser entre los siete y ocho metros y que en el proyecto se reflejan de tres metros" (nos remitimos al FJ 7º de la Propuesta de Resolución, así como al citado informe de 8 de marzo de 2013).

3. Por los motivos que acaban de señalarse, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, ya que la falta de adecuación de las licencias urbanísticas otorgadas al Plan General de Ordenación Urbana supone un evidente incumplimiento legal, *de carácter sustancial*, apreciándose de este modo la concurrencia de la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, dado que se han adquirido por los actos objeto de este procedimiento revisor derechos o facultades sin el cumplimiento de los requisitos esenciales para ello.

CONCLUSIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, este Consejo se pronuncia favorablemente a la declaración de nulidad, en los términos de la Propuesta de Resolución.