



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 5 / 2 0 1 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de diciembre de 2014.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Revisión de oficio de la Licencia Urbanística Rfa. 147/2002, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002, que autorizó la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en donde dicen "Parcela nº 00-X Cuesta de Guerime", de conformidad con lo dictado por la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, en el marco del procedimiento ordinario 310/2012, seguido a instancia de Doña A. (EXP. 407/2014 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 23 de octubre de 2014, con fecha de entrada en este Consejo Consultivo el 29 de octubre de 2014, el Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, solicita dictamen siendo el objeto del mismo la Propuesta de Resolución (PR) formulada en el procedimiento de revisión de oficio a instancia de parte, en el que se solicita la nulidad de la licencia urbanística municipal Rfa. 147/2002 otorgada por la Comisión municipal de Gobierno en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002, para la construcción de una de vivienda unifamiliar aislada en Guerime.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde del citado Ayuntamiento 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 (LCCC), en relación, el primer precepto citado, con el art. 102.1 LRJAP-PAC, de carácter básico.

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

3. La revisión de oficio sólo cabrá, a tenor del art. 102.1 LRJAP-PAC, contra actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo; siendo en este caso el acto cuya nulidad se pretende la Resolución de la Comisión Municipal de Gobierno del citado Ayuntamiento en virtud del cual se le concedía a Don B. licencia urbanística, que devino firme al no haber sido recurrido en plazo. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del citado artículo.

4. La normativa aplicable al caso planteado es la prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (TRLOTEN); y en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLR). Asimismo, resulta específicamente aplicable a este supuesto la Sentencia de 26 de septiembre de 2013, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº3 de Las Palmas de Gran Canaria, dictada en el marco del procedimiento ordinario 0000310/2012, y la Sentencia 32/2013, del Juzgado de lo Penal nº2 de Puerto del Rosario.

II

1. En relación con los documentos obrantes en el expediente, debe hacerse mención a las siguientes actuaciones:

Primero.- En fecha 14 de diciembre de 2009 consta acuerdo de la Junta de Gobierno Local en virtud del cual se emitió certificado por el que, teniendo en cuenta el informe de la Oficina Técnica de 23 de octubre de 2009, resuelve denegar la concesión de la licencia de primera ocupación solicitada por la interesada, toda vez que las obras ejecutadas y terminadas no se ajustaron a las autorizadas en la licencia de obras concedida mediante acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno (hoy Junta de Gobierno de Local) de 22 de agosto 2002. Además, se remitió al Cabildo Insular de Fuerteventura la documentación a efectos de que tramitase la calificación territorial de acuerdo con las normas de Conservación del Monumento Natural de la Montaña de Cardón, así como el informe del órgano gestor del Monumento Natural de Montaña Cardón. El citado certificado fue notificado oportunamente a la interesada.

Segundo.- El 22 de junio de 2010, la Junta de Gobierno Local adoptó Acuerdo en virtud del cual se denegó la calificación territorial para el proyecto denominado "reformado de vivienda unifamiliar aislada", en el lugar denominado Cuesta de Guerime, Las Herosas, término municipal de Pájara, notificándose a la interesada.

Tercero.- La Sentencia de 13 de febrero de 2013, del Juzgado de lo Penal nº2 de Puerto del Rosario, referida a la licencia de obra objeto del presente expediente, señala que la misma fue concedida por la Administración implicada prescindiendo de toda la tramitación prevista, ordenando al Ayuntamiento de Pájara que proceda a la revocación y anulación de la licencia urbanística municipal Rfa. 147/2002.

Cuarto.- El 12 de abril de 2012, la interesada interpone ante el citado Ayuntamiento recurso de revisión por nulidad de pleno derecho contra el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Pájara el 22 de agosto de 2002, por el que se otorgó la licencia de obras en el expediente 147/2002. Mediante dicho recurso solicita tanto la nulidad de pleno derecho de la licencia otorgada como la declaración de la existencia de responsabilidad del Ayuntamiento de Pájara y el emplazamiento de la interesada para la valoración de los daños sufridos y tramitación del oportuno expediente de responsabilidad patrimonial.

Quinto.- Como consecuencia de la desestimación presunta, la interesada acudió a la jurisdicción respecto al recurso de revisión interpuesto el 12 de abril de 2012. En consecuencia, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria emitió Sentencia el 26 de septiembre de 2013, que acuerda la estimación parcial del recurso interpuesto, reconociendo el derecho de la interesada a que el Ayuntamiento incoe procedimiento de revisión, que deberá finalizar con una respuesta expresa municipal.

Sexto.- El 13 de febrero de 2014, la afectada formula escrito por el que solicitó que se diera cumplimiento a la Sentencia emitida por el referido órgano jurisdiccional.

Séptimo.- El 5 de marzo de 2014, la Técnico de Administración General del Ayuntamiento de Pájara emitió informe en el que se propone dar inicio al procedimiento de revisión de oficio.

Octavo.- El 17 de marzo de 2014, la Comisión Informativa Permanente de Urbanismo, Planificación y Desarrollo, Medioambiente y Vivienda dispuso la incoación del procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística Rfa. 147/2002. El

procedimiento revisor dio comienzo el 20 de marzo de 2014, habiendo sido notificado pertinentemente a la interesada.

Noveno.- El 22 de abril de 2014, la afectada presentó escrito alegaciones.

Décimo.- El 23 de octubre de 2014, se formula la PR objeto de dictamen.

2. De la documentación expuesta se desprende que la Comisión Municipal de Gobierno, en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002, acordó conceder a B. licencia municipal para proyecto de ejecución de vivienda unifamiliar aislada en la parcela 00-X-Cuesta de Guerime.

Por Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno, en sesión de 29 de mayo de 2003, se concedió a C. el cambio de titularidad a favor de este último de la citada licencia; y, posteriormente, la Junta de Gobierno Local en sesión de 16 de febrero de 2006, acordó conceder a Doña A. -la afectada- el cambio de titularidad a su favor de la licencia urbanística municipal 147/2002, que autoriza la construcción de la vivienda unifamiliar aislada anteriormente señalada.

El 21 de marzo de 2006, la afectada solicitó licencia de primera ocupación para la vivienda unifamiliar en las Hermosas y, posteriormente, el 8 de junio de 2006, la correspondiente cédula de habitabilidad de la vivienda. Sin embargo, el 16 de agosto de 2006, el técnico municipal emitió informe en el que, entre otras consideraciones, indicó:

"La edificación realizada se encuentra totalmente terminada según consta en el certificado final de obras que se aporta y se adapta al proyecto que sirvió de base para la concesión de la licencia de obras, con excepción de las siguientes cuestiones:

La situación de la vivienda dentro de la parcela ha sido modificada.

Se ha modificado la distribución de la zona de garaje y solana, realizándose de forma simétrica a como estaba planteada, al accederse de ese modo al garaje de una forma más directa. Esta modificación no afecta ni modifica el volumen edificado, ni los parámetros urbanísticos que fueron considerados a la hora de concesión de la licencia.

Se ha realizado un acondicionamiento de parcela con desmonte y terraplén que no estaba contemplado en el proyecto original.

El color utilizado en el exterior de la edificación no se corresponde con los colores definidos en la carta de colores incluida en el Plan Insular de Ordenación de

Fuerteventura, por lo que no se cumple la condición de mimetismo que establece el plan insular.

La edificación se ha realizado, de acuerdo con el proyecto aprobado, en torno a 80 cm. por encima de la altura máxima permitida, cuando se señaló expresamente en el acuerdo de concesión de licencia que debería corregirse este extremo para no superar los 4,00 metros de altura de coronación (...).

Conclusiones:

En consecuencia con lo anteriormente expuesto la edificación realizada no se adapta a la Licencia Urbanística que sirvió de base a la construcción, debiéndose corregir los extremos citados en el apartado precedente, presentando documentación complementaria al proyecto inicial donde se describan las modificaciones realizadas.

Así pues, desde esta oficina técnica se informa DESFAVORABLEMENTE la concesión de la licencia de primera ocupación y cédula de habitabilidad solicitada (...).

Por lo que, finalmente, la Junta de Gobierno Local, siguiendo los informes técnicos y jurídicos emitidos, en sesión de 26 de octubre de 2006, adoptó Acuerdo denegando a la interesada la licencia de primera ocupación.

El 28 de febrero de 2008, la afectada solicitó la expedición de certificado de acto presunto al considerar que desde que presentó la citada solicitud de licencia de primera ocupación de la vivienda unifamiliar hasta la fecha había transcurrido el plazo de tres meses al no haber sido resuelto por el Ayuntamiento de Pájara.

El 19 de agosto de 2008, se emite nuevo informe técnico que constata que algunas deficiencias fueron subsanadas, si bien, concluye:

" (...) la edificación realizada no se adapta a la licencia urbanística que sirvió de base a la construcción, al modificarse la situación de la edificación en el interior de la parcela así como al haberse realizado obras de acondicionamiento de terreno y camino interior de acceso hasta la vivienda, que no estaban descritos en el proyecto inicial y tampoco se describen en el reformado aportado (...).

3. Finalmente, en el Acuerdo de 20 de marzo de 2014, el órgano competente incoa el procedimiento de revisión de la licencia urbanística Rfa. 147/2002, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002, que autorizaba la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la "Parcela nº

00-X-Guerime", al considerar la existencia de causa de nulidad de acuerdo con los apartados d) y e) del art. 62.1 LRJAP-PAC, notificándose a la interesada oportunamente y publicándose en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas.

4. De acuerdo con las alegaciones que se contienen en el escrito de alegaciones formulado por la representante legal de la afectada, de fecha 14 de abril de 2014 particularmente, la interesada solicita que se declare la nulidad de la licencia otorgada conforme al art. 62.1.f) LRJAP-PAC y la existencia de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Pájara.

III

1. El procedimiento de revisión tiene por objeto declarar la nulidad de la licencia urbanística 147/2002, que fue otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002. Con la incoación del citado procedimiento se cumple con la Sentencia dictada el 26 de septiembre de 2013, por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria.

En el procedimiento de revisión de oficio se analiza un acto contrario al Ordenamiento jurídico por el que se han adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para tal adquisición y entendiéndose que el fundamento de tal pretensión es la contenida en los apartados d) y e) del art. 62.1 LRJAP-PAC, siendo, por ello mismo, correcta su tramitación.

2. De los documentos obrantes en el expediente se desprende que la interesada solicita la revisión del acto administrativo objeto del procedimiento. Por tanto, el procedimiento se ha iniciado a instancia de parte, no existiendo causa de caducidad del mismo toda vez que el retraso en la resolución del presente procedimiento es imputable a la Administración y no a la interesada.

3. Concretamente, en las alegaciones realizadas por la afectada se observa que solicita que se declare la nulidad de la licencia de obras con base en los apartados d) ("Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta"); e) ("Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados"); y f) ("Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos (...) ") del art. 62.1 LRJAP-PAC.

Asimismo, solicita que se declare la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración concernida por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia

del funcionamiento anormal del citado Ayuntamiento -realización de obras sin seguir el procedimiento respectivo- y que se abra la vía de la futura reclamación de responsabilidad patrimonial.

4. En la PR objeto de dictamen, el órgano instructor declara la nulidad de la Resolución en virtud de la cual se concedió la citada licencia urbanística. Sin embargo, desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada con arreglo los siguientes fundamentos:

“En lo relativo a la licencia de primera ocupación, tal y como se expone por la representación de la interesada, el Ayuntamiento de Pájara conforme a Derecho denegó la licencia de primera ocupación al no adaptarse la vivienda ejecutada a la autorizada por la licencia de obras concedida, constatándose en el expediente incoado al efecto que la vivienda ejecutada no era fiel reflejo de la licencia otorgada e informándose negativamente por los técnicos municipales toda vez que las modificaciones introducidas en la ejecución de la construcción necesitaban nueva licencia que amparase las modificaciones realizadas, es obvio que la negativa del Ayuntamiento no responde a rechazar la responsabilidad patrimonial como la interesada manifiesta en su escrito, sino a realizar su trabajo de forma diligente, pues la licencia urbanística es de naturaleza reglada y constituye un acto debido en cuanto que necesariamente debe otorgarse o denegarse según la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable, con el objeto de garantizar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad.

La interesada en el escrito de alegaciones presentado pretende hacer responsable de sus actos a terceros, culpándolos de obligarla a desplazar su vivienda en la parcela (unos 50 metros respecto a la carretera, según lo determinado por el técnico municipal en su informe de 9 de agosto de 2008), lo que produjo el incumplimiento de lo establecido en la licencia autorizada por la Comisión Municipal de Gobierno, desde el punto de vista de quien suscribe, tal afirmación no tiene sentido, la única responsable de determinar la ubicación de la vivienda es la interesada, promotora de la edificación, sin perjuicio de que lleve a cabo las reclamaciones que entienda oportunas según las acusaciones realizadas que de ninguna manera tienen cabida en el procedimiento que nos ocupa hoy y de las que se deduce su irresponsabilidad al no querer asumir las consecuencias de sus actos precipitados, pues no solicitó ni obtuvo como debió una nueva licencia que amparara las modificaciones que pretendía llevar a cabo con carácter previo a la ejecución de

la vivienda, sino que procedió a ejecutar la construcción de una vivienda sin el título habilitante para ello incumpliendo lo establecido legalmente.

Las consecuencias de ejecutar una vivienda sin autorización que la ampare ha supuesto la imposibilidad de poder obtener conforme a Derecho la licencia de primera ocupación y además ha supuesto el deber de poner en conocimiento y trasladar a la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural estos hechos constitutivos de infracción urbanística estando tipificados en el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias.

Sin embargo, pese a que lo expresado es obvio, el escrito de alegaciones presentado manifiesta la incompreensión del motivo o fundamento que lleva al informe jurídico a considerar que los actos realizados por la interesada constituyen una infracción muy grave tipificada en el TRLOTEN y que en su improcedencia lo califica como una amenaza o equivocación.

Por otro lado, en cuanto a la defensa de la existencia de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Pájara en el escrito de alegaciones lo justifica debido al cumplimiento de los siguientes cuatro requisitos, expresándolos de la siguiente manera:

a) La limitación del derecho de propiedad y la necesaria demolición de la vivienda construida al amparo de la licencia otorgada constituye sendos supuestos de daño o perjuicio efectivo que, una vez anulada la licencia, será evaluado económicamente siendo individualizable en relación con la suscrita por su condición de propietaria del suelo y de la edificación y haber sufragado dichos gastos.

b) La lesión patrimonial es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos locales por dictar una Resolución contraria al Ordenamiento jurídico y vulnerando, el principio de confianza legítima en la Administración; hay ausencia de fuerza mayor; la aquí recurrente no tiene el deber jurídico de soportar el daño al haberse regido su conducta con escrupuloso respeto a las normas jurídicas y de acuerdo con las decisiones de este Ayuntamiento" (Consideración Jurídica 2ª del informe jurídico de 22 de octubre de 2014, que la PR reproduce en su totalidad).

V

1. Entrando en el fondo del asunto, han de analizarse de forma separada las pretensiones suscitadas por la parte interesada en su escrito de alegaciones. Así:

A. Por un lado, no cabe duda de la declaración de nulidad de la Resolución en virtud de la cual se concedió la licencia urbanística, por cuanto ha quedado acreditado que la licencia urbanística se concedió por los órganos administrativos competentes prescindiendo del procedimiento legalmente establecido al efecto, siendo constitutiva de infracción penal, y contraria al Ordenamiento jurídico; es decir, concurren las causas de los apartados d), e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

Por lo tanto, la nulidad radica en que se otorgó una licencia urbanística prescindiendo del procedimiento establecido para ello no pudiendo ser convalidada, puesto que la misma recaía en una finca que no podía ser edificada al estar prohibido por la legislación vigente.

De la Sentencia del Juzgado de lo Penal, ya citada, que condenó el ejercicio arbitrario de los poderes públicos implicados por haber dictado una Resolución contraria a Derecho (licencia urbanística), se desprende igualmente la ilegalidad en la que incurrió el Ayuntamiento de Pájara al dictar dicha Resolución, pues no se recabó el informe jurídico, ni el informe de calificación territorial, ni informe sobre la declaración del impacto ecológico, entre otras exigencias legales. En definitiva, no se recabaron los informes preceptivos previos a la concesión de la licencia respectiva.

B. Por otro lado, en cuanto a la declaración de responsabilidad patrimonial solicitada por la interesada de acuerdo con la normativa expuesta en el fundamento anterior, es evidente que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por la lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Además y como es sabido, el daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado; que sea consecuencia del normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal; y que la reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ahora bien, una vez ejecutadas las obras al amparo de la licencia urbanística concedida improcedentemente se comprueba que el proyecto de obras no coincide con las que realmente se ejecutaron en dicha finca, como determinan los informes técnicos anteriormente citados. A estos efectos, la ley ordena la reposición de las actuaciones practicadas al estado original, es decir, la procedencia de demoler las obras realizadas (la vivienda unifamiliar).

En consecuencia, teniendo en cuenta los documentos que figuran en el expediente se infiere que efectivamente se produce un daño a la afectada en virtud de la nulidad de la licencia y la consecuente demolición de la vivienda para dar cumplimiento a la reposición del estado originario; sin embargo, debido a que la vivienda se ejecutó en una forma no prevista en el proyecto de obras, siendo éste el motivo, entre otros, por el que se le había concedido la licencia de obras a la interesada, *sin que hubiese solicitado al efecto aprobación urbanística sobre la modificación que debió presentar y no lo hizo, ejecutándola sin la debida autorización administrativa, su propia conducta rompe el nexo causal requerido en un procedimiento de responsabilidad patrimonial* (sin que, por añadidura, la interesada haya evaluado el daño causado conforme al art. 141 LRJAP-PAC).

Además, la normativa urbanística autonómica determina la improcedencia de responsabilidad patrimonial pretendida por la recurrente en el art. 186 TRLOTEN, al establecer que en los supuestos de anulación de licencias en ningún caso habrá lugar a indemnización si existiera grave culpa imputable al perjudicado, como es el caso.

2. En definitiva, se considera conforme a Derecho la declaración de nulidad de la licencia urbanística por las razones expuestas.

No habiéndose acreditado, por lo demás, la responsabilidad patrimonial que la afectada pretende, pues su actuación rompe el nexo causal entre el funcionamiento anormal del servicio y el daño soportado por la misma, la reclamante tiene el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta al ejecutar una construcción sin cumplir con el procedimiento urbanístico establecido para ello.

CONCLUSIONES

1.- Este Consejo Consultivo dictamina favorablemente la declaración de nulidad de pleno derecho de la licencia urbanística municipal Rfa. 147/2002, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002, que autorizó la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la denominada "Parcela nº 00-X Guerime", al encontrarse incurso en las causas de nulidad contenidas en los apartados d), e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

2.- Con arreglo a la argumentación que se expone en el Fundamento V de este Dictamen, se considera conforme a Derecho la desestimación de la solicitud de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de Pájara que igualmente formula interesada.