



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 446/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de diciembre 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 la revisión de oficio tramitada a instancias de H. N. C. de las Resoluciones de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 21 y 22 de febrero de 2008 por la que se concedió a J. K. L. licencia de apertura a fin de desarrollar la actividad de guardería y licencia para realizar las obras de legalización en el inmueble situado en la calle paralela a la calle P., puerta X, respectivamente (EXP. 431/2014 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. A través del escrito remitido con registro de salida de 13 de noviembre de 2014 y con registro de entrada en este Consejo Consultivo de 17 de noviembre de 2014, se solicitó por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife dictamen preceptivo en relación con la revisión de oficio, tramitada a instancia de parte, de las Resoluciones de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 21 y 22 de febrero de 2008 por la que se concedió a J. K. L. licencia de apertura a fin de desarrollar la actividad de guardería y licencia para realizar las obras de legalización en el inmueble situado en la calle paralela a la calle P., puerta X respectivamente, en cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia de 27 de marzo de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de los de Santa Cruz de Tenerife.

2. La legitimación del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio,

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

del Consejo Consultivo de Canarias 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).

Además, de conformidad con lo previsto en este último precepto, para proceder a ello es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración de nulidad pretendida, no pudiéndose acordar esta contra lo concluido por este Consejo.

3. La interesada solicita la declaración de nulidad de las referidas Resoluciones fundamentándola en su escrito de 20 de febrero de 2009 en los dos supuestos establecidos en el art. 62.1.e) y f) LRJAP-PAC, al considerar que las licencias mencionadas se otorgaron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que son contrarias al Ordenamiento jurídico por conferir facultades y derechos a quien carece de los requisitos esenciales para su adquisición.

4. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 102 LRJAP-PAC. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 62.1 LRJAP-PAC y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

II

1. En cuanto a los antecedentes de hecho, que se desprenden tanto del escrito inicial de la interesada como de la documentación obrante en el expediente remitido a este Organismo, son los siguientes:

El día 5 de abril de 2007, J. K. L. solicitó licencia de apertura de actividad inocua, de guardería específicamente, a desarrollarse en el inmueble situado en el Residencial Y, puerta X, calle paralela a calle P. y, tras el correspondiente procedimiento, el día 22 de febrero de 2008 se dictó la Resolución de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife por la que se le otorgó dicha licencia.

Además, J. K. L. solicitó, después de la tramitación de un procedimiento de disciplina urbanística, licencia de legalización para las obras de reforma para cambio de uso, destinadas a realizarse en dicho inmueble, y el día 21 de febrero de 2008, a través de la Resolución de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo, se le otorgó la licencia referida.

A su vez, el 10 de septiembre de 2007 J. K. L. solicitó que se le tuviera por desistida de la petición de cambio de uso, al no hallarse sujeta a tal obligación en virtud de lo dispuesto en la normativa urbanística contenida en el Plan General de Ordenación (PGO), dictándose al efecto la Resolución de Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 5 de octubre de 2007, teniéndola por desistida de dicha solicitud.

2. La interesada, que es propietaria del inmueble situado junto a la guardería a la que se ha hecho referencia, considera que el uso que se le da al mencionado inmueble, de guardería, distinto al uso residencial al que estaba inicialmente destinado, le causa un grave perjuicio, derivado de una actividad que genera ruido y molestias, especialmente las referidas al aparcamiento de vehículos de los padres de los menores que asisten a dicha guardería

Por todo ello, considera que se vulnera la normativa aplicable a la materia permitiendo tal uso y las referidas obras de reforma con tal fin.

3. En lo que se refiere al procedimiento, primeramente, es preciso tener en cuenta que la interesada, tras haber presentado diversos recursos contra las tres Resoluciones anteriormente referidas, presentó el día 20 de febrero de 2009, escrito solicitando la revisión de oficio de las Resoluciones de la Consejera Directora de la Gerencia Municipal de Urbanismo, la cual fue desestimada por silencio administrativo, y contra dicha desestimación presunta interpuso recurso de alzada, que tampoco fue resuelto, razón por la que el 12 de abril de 2013 interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de los de Santa Cruz de Tenerife, que dictó el día 27 de marzo de 2014 la Sentencia que ordenó la tramitación del procedimiento que nos ocupa.

Así, el día 16 de julio de 2014 se dictó la Resolución del Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo por la que se continuó con la tramitación del presente procedimiento.

Después de haberle otorgado el trámite de vista y audiencia a las interesadas, se dictó la PR definitiva el día 8 de octubre de 2014.

4. A través de dicha PR la Administración manifiesta que no concurre causa de nulidad alguna en las dos Resoluciones cuya revisión solicita la interesada, pues se considera que el uso al que se destina el inmueble de J. K. L. es uno de los

permitidos en la normativa urbanística aplicable, realizándose en el mismo una actividad, la de guardería, que es inocua.

Por lo demás, la PR incurre en el defecto formal de no hacer mención de forma expresa a las dos causas de nulidad referidas por la interesada, pero no puede considerarse que no esté debidamente motivada en atención a su contenido.

Además, se deduce de la misma que se han cumplido la totalidad de los trámites exigibles a la hora de otorgar las licencias referidas.

III

1. En lo que respecta al fondo del presente supuesto, en primer lugar es necesario realizar una serie de precisiones.

Así, primeramente, dichas licencias permiten que dicho inmueble pueda ser destinado a la actividad de docencia, en este caso se trata de una guardería; pero, tal y como se afirma correctamente en la PR, las mismas no están destinadas a autorizar la actividad educativa propiamente, pues ello le corresponde sólo al Gobierno de Canarias a través de la Consejería competente en materia de educación. Además, ambas licencias están condicionadas al cumplimiento del resto de requisitos, refiriéndose a los que no son propios del ámbito urbanístico, constando incluso, en el expediente la Resolución de la Administración sanitaria permitiendo tal uso desde el punto de vista de la salud pública.

2. En segundo lugar, la solicitante de la revisión considera que el hecho de que eventualmente estacionen los vehículos de los padres de los alumnos de la guardería en la vía de titularidad privada, elemento común de la Comunidad de propietarios del residencial "Y" donde se sitúan los dos inmuebles en cuestión, constituye una actividad molesta incluida en el art. 3 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que establece que "serán calificadas como molestas las actividades que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por los humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen".

En modo alguno lo alegado por la interesada incide en la nulidad de la licencia concedida, pues la misma se otorgó correctamente. En todo caso, si se incumplieren las condiciones a las que se vinculó la licencia otorgada, podría proceder, previo expediente incoado a tal fin, dejarla sin efecto (art. 16.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), si el incumplimiento fuese de índole

administrativa, pues la licencia se otorgó "a reserva de propiedad y sin perjuicio de terceros".

Así pues, quedan fuera del ámbito competencial de este Consejo las cuestiones de propiedad y de relaciones de vecindad.

3. En cuanto a la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC, de la documentación obrante en el expediente no se infiere que la Administración haya omitido trámite alguno en la concesión de las licencias; al contrario, incluso consta como en varias ocasiones se le requirió a J. K. L. la subsanación de su solicitud a través de la aportación de diversa documentación, requerimientos que fueron atendidos.

Así, como ha manifestado de forma reiterada y constante este Consejo Consultivo, los defectos formales necesarios para aplicar la nulidad *ex art.* 62.1.e) LRJAP-PAC deben ser de tal magnitud que pueda entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, no bastando con la omisión de alguno de sus trámites, resultando necesario ponderar en cada caso la esencialidad del trámite o trámites omitidos y las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido (DDCC 274/2014 y 413/2014, entre otros), no concurriendo en este supuesto tales circunstancias.

4. En lo que se refiere al segundo motivo de nulidad aducido, el correspondiente al art. 62.1.f) LRJAP-PAC, es preciso tener en cuenta lo anteriormente expuesto acerca de esta actividad, pues las dos licencias otorgadas mediante las antedichas Resoluciones, cuya declaración de nulidad solicita la interesada, están destinadas a permitir el cambio del uso inicial del inmueble, de tipo residencial, por el de educativo.

Así, el art. 73.1.d) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (TRLOTEN) establece que los propietarios de suelo urbano consolidado tienen derecho a destinar la edificación realizada a los usos autorizados por la ordenación urbanística.

En la ordenación urbanística del término municipal de Santa Cruz de Tenerife, en el art. 7.4.4 de las normas urbanísticas contenidas en el Adaptación Básica del PGOU-

92 a las determinaciones del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias, se dispone que "1. La modificación de los usos pormenorizados que señala el Plan General en el suelo urbano podrá aceptarse cuando no afecte a más del veinte por ciento (20%) de la edificabilidad correspondiente y cumpla las siguientes condiciones:

a) Justificarse por relación a los objetivos del Plan aplicables al área de que se trate, según su Memoria.

b) Respetar las limitaciones establecidas en las Ordenanzas Municipales de Edificación y Urbanización.

c) No producir perjuicios a terceros.

d) Limitarse a usos no prohibidos en el área y cumplir las condiciones de compatibilidad aplicables".

Y en cuanto a los usos permisibles en suelo urbano, se establece en el art. 8.1.4 de dicha norma que "1. Solamente podrán instalarse en los suelos urbanos las actividades que por su propia naturaleza o por aplicación de las medidas correctoras adecuadas, resultaren inocuas según lo dispuesto en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, y cumplan las normas de la Ordenación General de Seguridad e Higiene del Trabajo, debiendo satisfacer, en todo caso las condiciones que se establecen en estas Normas Urbanísticas".

Además, su apartado segundo señala que "no se considerarán cambios de uso a los efectos del párrafo anterior los que supongan el establecimiento del uso característico del área, así como los usos dotacionales comunitarios clase Equipamiento y Servicios Urbanos de Administración Pública, y uso Turístico Modalidad Hotelera (Hotel Ciudad), a pesar de que no queden recogidos expresamente en la sección potencial de la ficha de ordenación correspondiente.

En cualquier caso se habrán de respetar las condiciones establecidas en los apartados a), b), c) y d) del punto anterior", y en su art. 8.1.3, a la hora de determinar la clasificación de los usos, se incluye la docencia dentro de los usos dotacionales.

Por lo tanto, teniendo en cuenta tanto el hecho de que la actividad es inocua, tal y como se refirió con anterioridad, y que además, como resulta de la documentación adjunta al expediente, es evidente que se cumple la totalidad de los requisitos establecidas en la normativa expuesta para otorgarle a J. K. L.. las

licencias que solicitó, especialmente que no se trata de un uso prohibido, ni que con él se cause perjuicio alguno a terceros, requisitos estos cuya presunta ausencia sirven de base a la petición de declaración de nulidad.

Por todo ello, no concurre en las dos Resoluciones ni tampoco en el desistimiento de su solicitud de cambio de uso la causa de nulidad del art. 62.1.f).

5. En conclusión, procede desestimar la solicitud de revisión de oficio instada, por lo cual la PR resulta conforme a Derecho al declarar la nulidad de las dos Resoluciones referidas por los motivos expuestos en este Fundamento.

C O N C L U S I Ó N

Procede desestimar la solicitud de revisión de oficio instada, por lo que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.