



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 8 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 6 de noviembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de 18 de septiembre de 2014, por la que se concedió a M.J.R. la licencia de obra menor en el local inmueble situado en (...) (EXP. 424/2015 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 29 de septiembre de 2015, con registro de salida de 19 de octubre de 2015 y de entrada en este Organismo de 21 de octubre de 2015, el Sr. Alcalde de Santa Cruz de Tenerife solicita preceptivamente el dictamen de este Consejo Consultivo, teniendo por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio con la finalidad de declarar la nulidad parcial de la Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de 18 de septiembre de 2014, por la que se concedió a M.J.R. la licencia de obra menor en el local inmueble situado en (...) (siendo los expedientes administrativos de referencia los nº. 2014004204, 2015001664 y 2015005203).

2. La legitimación del Sr. Alcalde de Santa Cruz de Tenerife 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, 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).

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida para que ésta pueda acordarse.

3. La solicitud de revisión presentada se fundamenta en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, pues se considera que en virtud de la resolución mencionada, cuya declaración de nulidad parcial se pretende, se otorgaron a la interesada de forma contraria al Ordenamiento jurídico facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Asimismo, la revisión de oficio procede contra actos que sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en las actuaciones obrantes en el expediente.

4. El procedimiento se inició de oficio el día 3 de septiembre de 2015, fecha de la resolución que lo acordó. En consecuencia, conforme al art. 102.5 LRJAP-PAC, la resolución definitiva debe dictarse antes del 3 de diciembre de 2015, si se quiere evitar la caducidad del presente procedimiento.

5. Por lo demás, de conformidad con lo dispuesto en los Estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife, publicados en el BOP nº 181, de 29 de diciembre de 2006, le corresponde la competencia para resolver el presente procedimiento al Consejero Director de la misma, pues la revisión de oficio tiene por objeto una resolución dictada por él.

II

1. En lo que se refiere a los antecedentes de hecho, son los siguientes:

El día 8 de agosto de 2014, la interesada solicita el otorgamiento de una licencia de obra menor, incluyéndose dentro de las obras a realizar en el inmueble, que se sitúa en (...) y en el que se encuentra su negocio, denominado B.E.R.R., la ampliación de la terraza a misma cota y con igual terminación que el resto de la terraza.

El día 3 de septiembre de 2014, el Negociado de Intervención en la Edificación de la Gerencia Municipal de Urbanismo emite un informe técnico favorable a la concesión de la licencia solicitada, en el que se describen las obras a realizar, incluyendo la referida ampliación de la terraza.

2. Una vez emitido dicho informe y dado que no se precisaba de ningún otro informe sectorial, tal y como se afirma en la propia Propuesta de Resolución, el día 18 de septiembre de 2014 se emitió la resolución, cuya declaración parcial de nulidad se pretende.

Posteriormente, el día 16 de octubre de 2014, M.I.C.F., vecina de la zona, presenta escrito en la Gerencia Municipal denunciando que en el inmueble que se sitúa en (...) se está construyendo un muro en la propia vía pública o en el retranqueo, requiriendo además la paralización de las obras que considera ilegales en su totalidad.

3. La denuncia anteriormente mencionada propició la realización de un nuevo informe del Servicio y se constató por los técnicos municipales que, tras ejecutarse las obras inicialmente autorizadas en la forma en que se autorizó por la Administración, la terraza se encuentra en el espacio de retranqueo privativo del inmueble, pero vulnerando lo dispuesto en la normativa que le es aplicable, pues en el art. 9.2.3 de la Adaptación básica del PGO de Santa Cruz al Decreto Legislativo 1/2000, 8 de mayo, aprobado definitivamente el 30 de noviembre de 2005, se establece que:

“En suelo urbano y urbanizable las alineaciones y rasantes exteriores a que han de sujetarse obligatoriamente las parcelas serán las que se establezcan en los planos de alineaciones y rasantes de este Plan o en sus instrumentos de desarrollo. Cuando como consecuencia de la modificación de una alineación quedare un espacio de terreno a vía pública de más de un metro de profundidad, este deberá cerrarse provisionalmente con valla transparente o verja, de altura no superior a un metro y medio (1,50), pudiéndose destinar el espacio cerrado a jardín exclusivamente, sin que en él se realice elemento alguno que dificulte la ampliación de la vía pública”.

Y en el art. 10.3.3 de dicha norma se dispone que:

“(...) La configuración y posibilidades de uso del retranqueo se definirá por la normativa particular atendiendo al carácter de cada zona, pero habrá de optarse necesariamente entre alguna de las dos soluciones siguientes:

a). Incorporación del espacio de retranqueo a la vía pública como ensanchamiento de la acera cuya rasante se respetará escrupulosamente, sin condicionar a las conveniencias de la edificación, que deberán resolverse siempre de fachada hacia adentro. Podrá establecerse la obligatoriedad de arbolado mediante alcorques con enrejado protector.

b). Jardín delantero. Será un espacio esencialmente vegetal dotado de cerramiento en la alineación exterior, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.11.20, 9.11.23, y en la normativa particular de la zona correspondiente”.

4. Finalmente, dicho informe concluye afirmando que "(...) se entiende que la autorización dada en la solicitud de licencia de obra menor para diversos acondicionamiento y obra según expediente 2014004204, no puede autorizar el ejecutar la ampliación de la existente terraza sobreelevada, con respecto a la rasante de la vía pública, ni puede autorizarse la ejecución de nuevas obras o instalaciones en la superficie de retranqueo del inmueble que impliquen un incremento en la ocupación del mismo", siendo estos los motivos en los que se basa la declaración de nulidad parcial de la Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 18 de septiembre de 2014 y que dieron lugar al inicio del presente procedimiento.

III

En cuanto al procedimiento, inicialmente fue incoado un primer procedimiento de revisión de oficio que tenía por objeto la mencionada resolución, iniciándose a través de la Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 3 de diciembre de 2014. Pero dicho procedimiento se declaró caducado por Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 4 de marzo de 2015.

Posteriormente, a través de la Resolución del mismo, de 5 de marzo de 2015, se acordó la incoación de un nuevo procedimiento, emitiéndose, tras la correspondiente tramitación, el día 19 de mayo de 2015 Propuesta de Resolución, que fue objeto del Dictamen 224/2015, de 11 de junio en el que se manifestó que no procedía la declaración de nulidad pretendida por haberse producido la caducidad del mismo.

El día 28 de agosto de 2015, el Consejero Director de la Gerencia dictó resolución declarando tal caducidad y el día 3 de septiembre de 2015 dicta la Resolución de inicio del presente procedimiento, tras otorgársele el trámite de audiencia a la interesada, que no formuló alegaciones. El día 28 de septiembre se emitió la Propuesta de Resolución.

IV

1. En la Propuesta de Resolución, al igual que la anteriormente emitida, se afirma que el primero de los informes técnicos que se emitió en el ámbito de este asunto era contrario al Ordenamiento jurídico; pero únicamente en la parte referida a la ampliación de la terraza solicitada y, por ello, la Resolución de 18 de septiembre de 2014, que autorizó dichas obras, resulta ser un acto parcialmente contrario al Ordenamiento jurídico al estar basada exclusivamente en tal informe erróneo.

Además, al haber adquirido el titular de la licencia derechos urbanísticos en base a tal acto, si bien solo en la parte referida a la ampliación de la terraza, el mismo incurre en la causa de nulidad radical prevista en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

2. En el presente asunto, ha resultado acreditado que la ampliación de la terraza autorizada por la resolución que se pretende declarar nula de pleno derecho se realizó de forma contraria a las normas referidas anteriormente, pues, tal y como consta en el presupuesto de las obras adjunto a la solicitud de licencia (expediente anterior de este Organismo 219/2015 RO), la ampliación iba a realizarse con tabiquería y, obviamente, la misma estaba destinada a la actividad comercial que se desarrolla en el inmueble, como incluso se observa en el material fotográfico adjunto al expediente, hechos estos que no han sido negados por la interesada, quien no ha realizado alegación alguna al respecto ni ha presentado prueba en contrario.

3. La normativa aducida por la Administración es clara al establecer, en relación con las alineaciones y rasantes, no solo que el espacio de terreno contiguo a la vía pública debe cerrarse con verja o valla transparente, sino que el mismo debe destinarse, exclusivamente, a jardín, sin que se pueda realizar en él elemento alguno que dificulte la ampliación de la vía pública (art. 9.2.3 de la Adaptación básica del PGO de Santa Cruz al Decreto Legislativo 1/2000, 8 de mayo), y sin embargo, la modificación que pretende ejecutar la interesada está dirigida a la realización de la actividad comercial del inmueble referido, como demuestra las propias características de la misma.

Además, en lo que al retranqueo se refiere, se permite por dicha normativa dos soluciones; que se incorpore tal espacio de retranqueo a la vía pública como ensanchamiento de la acera o que se convierta en un jardín delantero (10.3.3 de la Adaptación básica del PGO de Santa Cruz al Decreto Legislativo 1/200, 8 de mayo), lo que en este supuesto no ocurre.

4. Pues bien, en este caso, pese a que dicho espacio de terreno no se incorporó a la vía pública como acera ni se convirtió en un jardín y estaba cerrado con un tabique, se le otorgó a la interesada la licencia de obra menor solicitada sin reunir los requisitos esenciales exigidos por la normativa aplicable, indispensables para obtener la licencia de obra menor, en la parte correspondiente a la ampliación de la terraza y, además, contraviniéndolos, lo que supone que la resolución objeto del presente procedimiento de revisión de oficio incurre en la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

5. En relación con la aludida causa de nulidad radical, este Consejo Consultivo ha venido señalando, como se hace en los Dictámenes 140/2015, de 24 de abril y 55/2015, de 23 de febrero, entre otros muchos, que la misma requiere para su aplicación que:

«(...) no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición. Por lo tanto y en relación con esta última condición, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”, de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales” (DDCE 2.454/1994, 5.577 y 5.796/1997, 1.530/2002, 741/2004, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (DCE 351/1996, 5.796/1997 y 2.347/2000, entre otros).

Se ha abundado además en estos dictámenes en la consideración de que se ha de efectuar una interpretación restrictiva de este supuesto de nulidad. En efecto, el concepto de requisitos esenciales que constituye el núcleo de esta causa de nulidad debe restringirse a aquellas condiciones que constituyen presupuesto indispensable para la adquisición del derecho o facultad de que se trate, pues cualquier otra exégesis más amplia acabaría por desnaturalizar el carácter radical del motivo anulatorio en cuestión, en la medida en que permitiría incluir en su ratio cualquier infracción normativa, vaciando así de contenido un gran número de supuestos de simple anulabilidad a tenor del art. 63.2 LRJAP-PAC».

6. Por lo anteriormente expuesto, se considera que concurre la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.b) LRJAP-PAC, procediendo la declaración de nulidad parcial de la Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 18 de septiembre de 2014.

7. En relación con esta declaración de nulidad parcial, resulta de aplicación el art. 64.2 LRJAP-PAC, que establece que “la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”.

De ello se sigue que el resto de las obras que autorizaba la resolución referida, y que afectaban al interior del local o a la pintura y barnizado de una baranda existente en la terraza, no resulten perjudicadas por el vicio de nulidad radical, pues se trata de partes del acto absolutamente independientes de la parte contraria a Derecho, y en modo alguno contrarias a la normativa aplicable a este supuesto. Por tanto, como correctamente propone la Administración, no debe extenderse a ellas los efectos de la declaración de nulidad, y el acto administrativo legitimador de las mismas puede ser conservado.

8. Por todo ello, cabe afirmar que la Propuesta de Resolución que acuerda la revisión de oficio es conforme a Derecho, y procede la declaración de nulidad parcial de la resolución mencionada en los términos referidos en el presente dictamen.

9. La Propuesta de Resolución no se pronuncia acerca de la eventual responsabilidad de la Administración por los efectos dañinos de la anulación, sin perjuicio del derecho del titular de la licencia a reclamar por los posibles daños causados, según establece el art. 186 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.

C O N C L U S I Ó N

Se emite dictamen favorable a la revisión de oficio, resultando conforme a Derecho la Propuesta de Resolución que acuerda la declaración de nulidad parcial de la Resolución de 18 de septiembre de 2014, del Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife.