



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 7 1 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de diciembre de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio incoado a instancias de M.N.S.D. y M.B.S.D. para que se declare la nulidad de pleno derecho de la Resolución nº 5008/2014 del Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo, por la cual se concedió licencia municipal para ejecución de las obras de un conducto de humos de chimenea en el inmueble sito en (...) (EXP. 471/2015 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, es la Propuesta de Resolución con forma de Orden resolutoria de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado a instancia de parte, al objeto de declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución nº 5008/2014, del Consejero Director de la Gerencia de Urbanismo, por la cual se concedió licencia municipal para ejecución de obra de instalación de un conducto de humos de chimenea en el inmueble sito en (...).

2. La legitimación del Sr. Alcalde-Presidente de San Cristóbal de La Laguna para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y obstativo 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), que también establece la condición obstativa del parecer de este Consejo, pues

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

requiere que el dictamen sea favorable a la revisión del acto para que el acto pueda declararse nulo.

3. El art. 4.1 de los Estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo de La Laguna (aprobado por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, en sesión celebrada el 10 de noviembre de 2005) establece que le corresponde a la misma, entre otras competencias, ejercer las facultades de revisión, anulación y revocación de sus actos administrativos, de conformidad con el Ordenamiento jurídico.

4. Se cumple tanto el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del art. 102 LRJAP-PAC, ya que contra la Resolución objeto del presente procedimiento no se interpuso recurso de alzada en plazo, por lo que devino firme, como el de que sea favorable, pues a través de la referida Resolución se adquirieron derechos urbanísticos.

Al respecto, ha de advertirse que, erróneamente, las interesadas califican su escrito de recurso de reposición, mas, como ha hecho la Propuesta de Orden, debe considerarse de revisión de oficio, dados los términos del escrito y la firmeza del acto que se recurre.

5. Por último, puesto que la incoación del procedimiento revisor fue a instancia de parte, mediante escrito presentado el 26 de febrero de 2015, no se incurre en la caducidad a la que alude el art. 102.5 LRJAP-PAC, recayendo sobre la Administración la obligación de resolver expresamente (arts. 69 y 102, y arts. 42 y ss. LRJAP-PAC).

II

Los hechos y trámites relevantes que constan en el expediente que se remite a este Consejo son los siguientes:

- El 27 de noviembre de 2014, se dictó Resolución nº 5008/2014 en virtud de la cual se concedió a E.D.G.C. licencia municipal de obra menor para ejecutar la instalación de un conducto de humos para chimenea, en el inmueble sito en (...).

No obstante, ha de señalarse que la solicitud de licencia lo era, según consta en el escrito presentado por la interesada el 31 de octubre de 2014, para legalización de aquellas obras, no para su ejecución *ex novo*.

- Mediante escrito presentado por M.N.S.D. y M.B.S.D. el 26 de febrero de 2015, se solicita la revocación de la referida licencia por entender que su concesión no es conforme a Derecho y perjudica sus intereses.

Señalan las interesadas:

“Que a principios de marzo de 2014 la Policía Ecológica de La Laguna presenta ante esta Gerencia de Urbanismo un expediente de denuncia por la construcción de una chimenea que genera emisiones de humos que afectan a las casas colindantes (...).

A raíz de la mencionada denuncia se inician actuaciones por parte de Disciplina Urbanística para el restablecimiento del orden jurídico perturbado al no haber la prescripción de las obras según informe policial fotográfico también aportado posteriormente.

Paralelamente la parte denunciada presenta solicitud de legalización de la mencionada chimenea solicitando licencia de obra menor. Para ello aportan un croquis en el que no se especifican ni las distancias ni las alturas a las que quedan las casas colindantes edificadas en el año 2009 bajo la preceptiva licencia municipal. En dicha petición tampoco se menciona el uso que se le va a dar a la misma, citándola como conducto de ventilación cuando realmente es una chimenea calorífica. Con estos datos, se le concede licencia bajo el número de expediente 6612/2014 y se crea la contradicción de coexistir un expediente abierto para el restablecimiento del orden y ejecutar la demolición ordenada por Disciplina y un expediente de licencia de construcción para la misma obra.

Tras tener diferencias citas con el Servicio Jurídico y el Servicio de Licencias los días 10 de diciembre de 2014, con el Sr. G., y el 16 de diciembre de 2014 con el Sr. V., respectivamente, y según conversación telefónica mantenida con el Sr. G. el 2 de febrero de 2015 para unir ambos expedientes y aclarar esta situación, se procede a interponer el presente recurso de reposición contra la licencia para la legalización de chimenea colindante (...).”.

Se aporta, junto con el referido escrito, informe pericial sobre la ubicación de la chimenea y su disconformidad a Derecho, así como informes policiales elaborados a partir de denuncias de las interesadas que han sido remitidos a Disciplina Urbanística, con nº registro 1596/2014, dando lugar a la apertura de expediente de disciplina urbanística para “el restablecimiento del orden y ejecutar la demolición ordenada”.

- Sin que conste acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, se emite en contestación al escrito de las interesadas informe técnico, de 10 de julio de 2015, en el que se señala:

“Expedientes relacionados: 9048/14 (licencia de obra menor); 6612/14 (restablecimiento orden jurídico) (...).

El técnico que municipal que suscribe y con relación al recurso presentado, con fecha 2/3/2015 y número de registro 1536, informa lo siguiente:

Primero: Con fecha 27/11/2014, se concedió licencia para conducto de humo de chimenea, sobre la cubierta del inmueble ubicado en la calle (...). La altura sobre la cubierta es de 4,40 m.

Segundo: Según se establece en la CTD DB HS3, la ubicación de las bocas de expulsión deben situarse separadas horizontalmente tres metros como mínimo de cualquier elemento de entrada de aire de ventilación (boca de toma, apertura de admisión, puerta exterior, ventana) y de los espacios donde pueda haber personas de forma habitual, tales como terrazas, galerías, miradores, balcones, etc.).

La boca de expulsión debe superar la altura de cualquier obstáculo que esté a una distancia comprendida entre dos y diez metros.

Según se describe en el informe de disciplina urbanística de 20 de marzo de 2014 el conducto de humo se ubica cercano al lindero de varias terrazas transitables de la edificación colindante.

El citado conducto no cumple con la ubicación establecida en normativa del CTE DB HS3, puesto que no se respeta la distancia y altura respecto a la edificación colindante".

- Por último, la Propuesta de Resolución (informe jurídico-propuesta), de 16 de noviembre de 2015, sometida a dictamen de este Consejo, desestima la solicitud de nulidad al entender que no existe vulneración de la normativa urbanística de aplicación en la concesión de la licencia cuya revisión se ha instado.

III

1. Aunque las solicitantes, en su escrito, no lo explicitan, es fácilmente deducible, y así lo ha entendido la Administración actuante, que su pretensión se basa en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, en virtud del cual son nulos los actos expresos o presuntos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

La Propuesta de Orden, viene a concluir la desestimación de la pretensión revisora de las interesadas.

2. No puede este Consejo compartir las argumentaciones expuestas en la Propuesta para fundar la declaración referida por varias razones:

1) En primer lugar, debemos advertir que el Resuelto de la Propuesta de Resolución, desestimación de la solicitud de revisión, se formula en contradicción con lo expuesto en el fundamento jurídico tercero de la misma, que plantea la

procedencia de la no admisión a trámite de la solicitud, no su desestimación, cosa distinta, al señalar:

“Según lo expuesto y como conclusión se reitera que las alegaciones carecen de todo fundamento, pues no existe tal vulneración de la normativa urbanística de aplicación al presente supuesto, no concurriendo ninguno de los vicios de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, procediendo inadmitir a trámite la solicitud planteada, ya que carece manifiestamente de fundamento”.

A tal efecto, se cita jurisprudencia sobre la inadmisión a trámite por tal motivo.

2) En segundo lugar, la Propuesta de Orden fundamenta que la licencia impugnada no vulnera el Ordenamiento jurídico de aplicación, pues consta informe técnico al respecto, que recoge expresamente:

«El técnico municipal que suscribe y con relación a la solicitud de revisión presentada, con fecha 2/3/2015 y número de registro 1536, informa lo siguiente:

Primero: Con relación a las determinaciones urbanísticas que establece el vigente PGO para las chimeneas, los únicos parámetros establecidos son la altura máxima de tres metros desde la cara inferior del último forjado (art. 36 Anexo 2) y la separación mínima de tres metros a las fachadas (art. 37 Anexo 2).

La chimenea objeto de este informe se encuentra a 20,4 metros de la fachada delantera de la edificación y a 5,8 de la fachada trasera, distancias superiores a los referidos 3 metros.

Si bien la altura sobre el plano de la fachada es de 4,40 metros, a pesar de superar en 1,90 metros la altura máxima permitida, se informó favorablemente para permitir el correcto funcionamiento de la chimenea dada la volumetría a su alrededor, aspecto no contemplado en el vigente PGO. De hecho, con relación a las determinaciones de la norma UNE 123001 a las que se refiere el informe técnico aportado junto con la solicitud de revisión presentada, la chimenea cumple al superar en un metro la altura del edificio colindante como bien se manifiesta en el referido informe. Los casetones de la escalera son construcciones auxiliares por encima de la altura máxima del edificio, que es el techo de la segunda planta tal como se establece en las condiciones de volumen y forma de lo edificación del anexo 2 del vigente PGO.

En consecuencia, se puede constatar que el conducto de extracción de humos está situado a distancias superiores a los tres metros establecidos por el vigente PGO, tal como señala el informe técnico anteriormente transcrito, cumpliendo así mismo con la norma UNE 123001 al superar en más de un metro la altura del edificio colindante.

Debemos señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones, admitido ampliamente por la jurisprudencia y la totalidad

de la doctrina, "las licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero", por tanto, esa causa deberá dirimirse en el orden civil, pues es esa jurisdicción la competente para conocer y dirimir aquellos conflictos relacionados con la propiedad privada y las relaciones de vecindad, como es este caso, no correspondiente al orden administrativo las cuestiones atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionados con la actividad de la Administración Pública, según lo establecido en los artículos 9.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 1, 2 y 3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa».

Sin embargo, a la vista del informe es posible plantearnos tres cuestiones, que impiden que el mismo sirva de fundamento a la desestimación hecha en la Propuesta de Resolución formulada:

Por un lado, este informe no se ha incorporado al expediente que se ha remitido a este Consejo.

Por otro lado, el mismo entra en contradicción con el informe técnico, de fecha 10 de julio de 2015, que sí consta en el expediente que se ha remitido a este Consejo, que concluye:

"Según se describe en el informe de Disciplina Urbanística de 20 de marzo de 2014, el conducto de humo se ubica cercano al lindero de varias terrazas transitables de la edificación colindante.

El citado conducto no cumple con la ubicación establecida en normativa del CTE DB HS3, puesto que no se respeta la distancia y altura respecto a la edificación colindante".

Lo que se opone al informe citado por la Propuesta, que concluye:

"En consecuencia, se puede constatar que el conducto de extracción de humos está situado a distancias superiores a los tres metros establecidos por el vigente PGO, tal como señala el informe técnico anteriormente transcrito, cumpliendo así mismo con la norma UNE 123001 al superar en más de un metro la altura del edificio colindante".

Por otro lado, no puede obviarse que se detrae del propio informe citado en la Propuesta de Resolución una contradicción, pues, tras afirmar que "(s)i bien la altura sobre el plano de la fachada es de 4,40 metros, a pesar de superar en 1,90 metros la altura máxima permitida", sin embargo, a pesar de asegurarse que supera la altura permitida, continúa señalando que "se informó favorablemente para permitir el correcto funcionamiento de la chimenea dada la volumetría a su alrededor, aspecto no contemplado en el vigente PGO".

Esto es, a pesar de no cumplir, se informa favorablemente con la justificación de que el sistema extractor de humos funcione correctamente, precisamente, la chimenea que no cumple.

Por todo ello, tal informe no puede servir como fundamento para la desestimación de la revisión instada.

Por último, se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de la licencia de legalización de las obras, obviando la existencia de un expediente de disciplina urbanística en relación con tales obras, que no solo se señala por la interesada en su escrito, acreditado en el propio informe de la Policía Local que aporta, de 8 de abril de 2014 -donde se hace constar que el 12 de febrero de 2014 se remiten sus actuaciones, fruto de denuncia de las interesadas, a Disciplina Urbanística Gerencia de Urbanismo, con nº registro 1596/2014- sino que, además, se señala por el propio técnico que suscribe el informe de 10 de julio de 2015, que se ha remitido a este Consejo, y cuyo encabezado reza así: "Expedientes relacionados: 9048/14 (licencia de obra menor) 6612/14 (restablecimiento orden jurídico)".

Asimismo, en el cuerpo del citado informe se alude a un informe de Disciplina Urbanística, de 20 de marzo de 2014, que se dice:

"Según se describe en el informe (de) Disciplina Urbanística de 20 de marzo de 2014, el conducto de humo se ubica cercano al lindero de varias terrazas transitables de la edificación colindante".

Sin embargo, a pesar de lo inescindible de los dos expedientes que nos ocupan, tal hecho ni se cita en la Propuesta de Resolución ni se remite a este Consejo documentación alguna relacionada con el expediente de Disciplina Urbanística existente en relación con la chimenea cuya licencia se revisa de oficio. Omisión que sorprende máxime cuando, precisamente, la causa de la revisión instada por las interesadas a tenor de su escrito es la contradicción existente en la coexistencia simultánea de "un expediente abierto para el restablecimiento del orden y ejecutar la demolición ordenada por Disciplina y un expediente de licencia de construcción (que no de legalización, recordemos, según la Resolución de concesión de licencia de 27 de noviembre de 2014, que ahora se revisa) para la misma obra".

Además, las interesadas, en el escrito de inicio del presente procedimiento ponen de manifiesto de forma expresa la necesidad de poner en relación los expedientes de licencia y de disciplina urbanística, al haber sido infructuosos sus

intentos a través de distintas conversaciones previas mantenidas, por lo que se interpone el presente recurso, al señalar:

“Tras tener diferencias citas con el Servicio Jurídico y el Servicio de Licencias los días 10 de diciembre de 2014, con Sr. G., y el 16 de diciembre de 2014 con el Sr. V., respectivamente y según conversación telefónica mantenida con el Sr. G. el 2 de febrero de 2015 para unir ambos expedientes y aclarar esta situación, se procede a interponer el presente recurso (...)”.

3. Por todo lo expuesto, para que este Consejo Consultivo pueda emitir su parecer se requiere informe complementario del servicio y remitir la documentación que se señala a continuación:

1) Emitir informe técnico que resuelva las contradicciones advertidas entre el informe remitido a este Consejo y el informe transcrito en la Propuesta de Orden.

2) Conceder trámite de vista y audiencia a los interesados sobre el nuevo informe.

3) Remitir a este Consejo Consultivo el informe solicitado, junto con el informe técnico citado en la Propuesta de Orden y no incluido en el expediente, así como el expediente completo de disciplina urbanística y el de legalización de las obras.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden no es conforme a Derecho, debiendo realizarse los trámites señalados en el Fundamento III.3 de este Dictamen.