

D I C T A M E N 3 8 1 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 17 de noviembre de 2016.

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 conducto de humos de chimenea en el inmueble sito en (...) (EXP. 365/2016 RO)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 14 de octubre de 2106 (RE 17 de octubre de 2016) por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna, es la Propuesta 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 consistente en “conducto de humos de chimenea” en el inmueble sito en (...).

La presente solicitud trae causa del expediente objeto del Dictamen 471/2015, de 17 de diciembre de 2015, en el que concluía que la Propuesta de Orden no era conforme a Derecho, señalando en el Fundamento III.3:

«(...) 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.

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

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».

2. Como ya se indicó en el anterior dictamen, 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 del este Consejo pues requiere que éste sea favorable a la revisión del acto para que el acto pueda declararse nulo, debiendo aclararse ahora que, dado que el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme a su disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, resulta aplicable a este supuesto la citada Ley 30/1992.

3. Por otra parte, como se había señalado, en 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) se 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. Asimismo, 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 ya se advirtió en nuestro anterior dictamen que, erróneamente, las interesadas calificaron 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 las obras consistentes en «conducto de humos para chimenea», en inmueble sito en (...).

No obstante, ha de decirse 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 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 de 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 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».

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

- El 17 de diciembre de 2015, se emite dictamen 471/2015 por este Consejo Consultivo, solicitando a la Administración determinada documentación, así como emisión de informe aclaratorio del Servicio de las contradicciones puestas de relieve en el dictamen, dando nuevo trámite de audiencia a la parte interesada.

- El 19 de mayo de 2016, se emite informe del Servicio aclaratorio de las contradicciones, en los términos en los que luego se expondrá.

- Asimismo, se concede trámite de audiencia a las interesadas, presentando B.S.D. escrito el 7 de octubre de 2016 en el que manifiesta que no presentará alegaciones ni documentos nuevos. No obstante, no consta que se haya aportado documentación acreditativa de este trámite en el expediente que se nos remite, lo que, sin embargo, no es óbice para continuar dados los términos del informe del Servicio, y de la propia Propuesta de Orden.

- El 13 de octubre de 2016, se emite Propuesta de Orden (informe jurídico-propuesta) en el que se estima la solicitud de revisión de oficio de las interesadas, a la vista del nuevo informe del Servicio.

III

1. Como se indicó en el Dictamen 471/2015, 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.

Ante tal pretensión, la Administración emitió una primera Propuesta de Orden que desestimaba la pretensión revisora de las interesadas, concluyendo:

«Primero: Declarar conforme a derecho la resolución de la licencia 9048/14 (...)».

Ante tal Propuesta, se emitió, como venimos señalando, el Dictamen 471/2015, cuyo contenido es preciso transcribir ahora:

«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 se formula el resuelto, desestimación de la solicitud de revisión, de la Propuesta de Orden en contradicción con lo expuesto en el

fundamento jurídico III 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 previsto 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 la 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 Orden:

1º.- Por un lado, este informe no se ha incorporado al expediente que se ha remitido a este Consejo.

2º.- 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”.

Ello, frente a la conclusión del 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.

3º.- Y, por otro lado, no puede obviarse que se detrae del propio informe citado en la Propuesta de Orden una contradicción que podría incurrir en desviación de poder, pues, tras afirmar: “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”, sin embargo, a pesar de asegurarse que supera la altura permitida, se continúa señalando: “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 justificación en que 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.

3) Por último, pero de gran entidad, es el hecho de que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obras o de legalización de éstas (pues en ello también existe incongruencia entre la solicitud de E.D.G.C. para legalización de obras consistentes en “conducto de humos para chimenea”, en inmueble sito en (...), tal como consta en su instancia de 31 de octubre de 2014, y la resolución que otorga la licencia, que lo es de obras, no de legalización de las existentes), obviando la existencia de un expediente de disciplina urbanística en relación con tales obras, que no sólo 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 en informe de 10 de julio de 2015 que se ha remitido a este Consejo.

En el encabezado de este informe: “Expedientes relacionados: 9048/14 (licencia de obra menor) 6612/14 (restablecimiento orden jurídico)”.

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

“Según se describe en el informe 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 expedientes que nos ocupan, ni se cita en la Propuesta de Orden, 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.

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 expediente ponen de manifiesto de forma expresa la necesidad de poner en relación los expedientes de licencia y de Disciplina Urbanística, al ser 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, entendemos que la Propuesta de Orden no es conforme a Derecho, al declarar ajustada a Derecho la licencia y remitir a las interesadas al orden civil para dirimir esta causa, pues consta que es el orden administrativo el que está afectado por los hechos que alegan las interesadas, en cuyo seno se ha incoado para su resolución expediente de Disciplina Urbanística.

Así pues, y visto todo lo anterior, procede retrotraer las actuaciones para:

1) Emitir informe técnico que resuelva las contradicciones advertidas entre el informe remitido a este Consejo y el informe transcrito en la Propuesta, donde se contenga la repercusión jurídica del expediente de disciplina urbanística en la concesión de licencia, con aclaración expresa de la naturaleza de la misma, si lo es de obra nueva o de legalización.

2) Concesión de trámite de vista y audiencia a las interesadas del referido informe, así como de cuantas actuaciones resulten de los expedientes implicados en el que nos ocupa.

3) Remitir a este Consejo el señalado informe, así como el citado en la Propuesta de Resolución que nos ocupa, junto con el expediente completo de disciplina urbanística y de concesión de licencia.

4) Dictar nueva Propuesta de Orden en la que se pronuncie la Administración sobre las cuestiones jurídicas planteadas por las interesadas, en concreto: 1º.- sobre la conformidad a Derecho o no de la licencia revisada y la incidencia en la misma de las actuaciones llevadas a cabo en el expediente de disciplina urbanística que le afecta, lo cual incidirá, necesariamente, en el hecho de que la licencia se haya concedido conforme a Derecho o no; 2º.- sobre la naturaleza de la licencia, de legalización o de obra nueva, y la incidencia de ello en el expediente de disciplina urbanística incoado en relación con las obras ya existentes.

Tal Propuesta, junto con la documentación señalada, será nuevamente remitida para dictamen de este Consejo».

2. Pues bien, en cuanto al fondo del asunto, como anticipaba este Consejo, existía contradicción entre el sentido del informe del Servicio y los informes desfavorables a la concesión de licencia previos, lo que aclara el nuevo informe del Servicio, emitido el 19 de mayo de 2016, a instancias de este Consejo, del que se extrae:

«(...) Segundo: Con relación a las aparentes contradicciones entre estos tres informes se observa que el informe 1 es favorable por los motivos expuestos en el informe 3, 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).

Dado que la chimenea objeto de este informe se encuentra a 20,4 metros de la fachada delantera de la edificación (en la que se encuentra) y a 58 de la fachada trasera, distancias superiores a los referidos 3 metros.

Si bien la altura sobre el plano de la fachada era 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.

El informe 2 es desfavorable, pero se detectó que la normativa en la que se basaba no era la correcta y por tanto se procedió a la emisión del informe 3, El CTE DEB-HS3 no se refiere a chimeneas de evacuación de productos de la combustión en cubierta sino a conductos de ventilación. El CTE deriva al Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) o normas referenciadas en él. En este sentido la referencia más cercana se encuentra en la UNE 123001 de 2005 de cálculo y diseño de chimeneas metálicas. Es por este motivo por lo que se redactó el informe 3 por el técnico que suscribe.

Por último, el informe 3 es favorable pero con motivo de la visita realizada para la realización de este informe se ha detectado un error en las condiciones de aplicación de la norma que cambia el sentido del mismo.

Visitada la edificación colindante a la vivienda en la que se instaló la chimenea, pudo comprobarse que la planta que se entendió como planta de cubierta en aplicación de la referida UNE 123001, es en realidad la planta primera, en la que se ubican dos viviendas. Por consiguiente, la chimenea para la que se solicitó la legalización incumple con la referida norma por cuanto su remate no se encuentra a una distancia superior a 1 metro por encima de la parte más alta de cualquier edificación situada en un radio inferior a 10 metros respecto a la salida de la chimenea.

Tercero: También con motivo de la inspección pudo comprobarse que el remate de la chimenea se encuentra casi totalmente desintegrado como consecuencia del calor al que se encuentra sometido, por lo que el material empleado no cumple con lo establecido en el referido Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE).

Cuarto: En conclusión, si se hubiera contado con todos los datos de que se disponen ahora y que no se aportaron en la documentación con la solicitud de legalización, se hubiera informado la misma en sentido desfavorable».

Como consecuencia de ello, el 13 de octubre de 2016 se emite nueva Propuesta de Orden (informe-propuesta) en la que se propone se resuelva, ahora correctamente:

«Declarar no ser conforme a Derecho la resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo n° 5008/2014, de fecha 27 de noviembre, dictada en expediente n°9048/14, por la que se concedía a E.D.G.C., licencia de obra menor para la ejecución de obras de “Conducto de humos de chimenea”, en inmueble sito en (...), según resolución 5008/2014, de 27 de noviembre, por las razones expuestas en los antecedentes y fundamentos jurídicos arriba señalados, considerando la existencia de hechos y circunstancias de las que pueden deducirse una relación con la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1 f) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, toda vez que la chimenea incumple con la norma (UNE 123001) por cuanto su remate no se encuentra a una distancia superior a 1 metro por encima de la parte más alta de cualquier edificación situada en un radio inferior a 10 metros respecto a la salida de la chimenea, asimismo, el material empleado no cumple con lo establecido en el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE)».

Resueltas las contradicciones existentes anteriormente, y dado que el nuevo informe del Servicio reconoce que se concedió licencia de obra menor para ejecución de obras de «conducto de humos para chimeneas» en contra de la norma aplicable, lo que ha venido causando un perjuicio a quienes instan la revisión de oficio, entendemos que la Resolución del Sr. Consejero Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo n° 5008/2014, de fecha 27 de noviembre, por la que se concedía a E.D.G.C. tal licencia es nula, pues incurre en la causa de nulidad del art. 62.1.f) LRJAP-PAC.

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 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.

Así, en este caso E.D.G.C. adquirió el derecho a construir un conducto de salida de humos en virtud de un acto contrario al Ordenamiento jurídico, careciendo de los requisitos esenciales para ello, que no eran otros que los previstos en las normas urbanísticas, precisamente para respetar los derechos de los vecinos (a saber, la distancia con respecto a edificaciones colindantes), además de incumplir otros, como los materiales utilizados, carencia que ha fundado la apertura del expediente de disciplina urbanística 6612/2014 con objeto del restablecimiento del orden jurídico, por emisión de humos procedentes de aquella chimenea, expediente que se ha incorporado a instancias de este Consejo.

Por todo ello, entendemos que la Propuesta de Orden es conforme a Derecho.

No obstante, debe señalarse que no procede, como prevé la misma en el punto tercero B) del resuelvo, declarar suspendido el plazo máximo legal para resolver el presente procedimiento por el tiempo que medie entre la notificación de solicitud del preceptivo informe al Consejo Consultivo de Canarias y su efectivo cumplimiento, o en su defecto, el transcurso del plazo en el que debe concurrir la remisión del informe.

Como ha señalado este Consejo Consultivo, entre otros, en el DCC 316/2015:

«(...) en relación con la suspensión que se pretende (...) es preciso recordar la doctrina de este Organismo al efecto que considera que el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, que es el precepto que resultaría de aplicación, permite suspender el plazo máximo previsto para resolver un procedimiento y notificarlo.

Con tal suspensión de plazo –siempre que no se deba a la inactividad de la Administración– se pretende concluir debidamente el procedimiento sin que proceda la declaración de caducidad, lo que sería aplicable tanto a la revisión de oficio (art. 102.5 LRJAP-PAC) como a los incidentes contractuales (resolución, modificación, etc.). La declaración de caducidad del procedimiento persigue evitar la dilación indebida de la Administración en el cumplimiento de los plazos en los que debe resolverse el procedimiento, lo que supone una garantía del ciudadano por la certeza de su duración de la actuación administrativa y el tiempo de respuesta. Por la misma razón, el procedimiento no puede ser artificialmente alargado mediante una suspensión infundada para de esta manera impedir la caducidad del mismo.

La doctrina de este Consejo ha venido siendo clara y precisa en el extremo de no avalar la suspensión del plazo de duración durante el transcurso de tiempo previsto para la emisión del correspondiente dictamen, con la consecuencia de considerar caducado el procedimiento

tramitado, con la excepción del cómputo del mes de agosto y sus efectos, como anteriormente se manifestó.

No obstante, tal regla general se puede modular “por razones de eficacia y economía”, y asumir la procedencia de la suspensión prevista en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC en aras a los principios constitucionales de seguridad y responsabilidad, siempre que por parte de la Administración correspondiente solicitante del dictamen se cumplan los siguientes presupuestos, requisitos y condiciones:

- Que la suspensión no se aplique de forma automática y se acuerde de manera expresa.
- Que la suspensión se motive debidamente y que la instrucción haya sido diligente.
- Que la suspensión se notifique fehacientemente a los interesados antes del vencimiento del plazo para la resolución del procedimiento».

Todo lo cual es aplicable a este supuesto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden es conforme a Derecho, por lo que se dictamina favorablemente la revisión de oficio instada en los términos expresados en el presente Dictamen.