



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 5 8 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de mayo de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística 149/2002 LUM, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno (hoy Junta de Gobierno Local), en sesión de 22 de agosto de 2002, mediante la que se autorizó la construcción de una granja caprina ubicada en la denominada "(...)", término municipal de Pájara (EXP. 112/2017 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 29 de marzo de 2017, con fecha de entrada en este Consejo Consultivo el 3 de abril de 2017, el Alcalde del Ayuntamiento de Pájara solicita dictamen preceptivo sobre la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio incoado para la declaración de la nulidad de la licencia urbanística 149/2002 LUM, concedida por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002, para la construcción de una granja caprina en Guerime.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del 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, en relación, el primer precepto citado, con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 2 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPACAP), de carácter básico.

3. La revisión de oficio solo cabrá, a tenor del art. 106.1 LPACAP, 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 el Acuerdo

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

de la Comisión Municipal de Gobierno (en la actualidad, Junta de Gobierno Local) del citado Ayuntamiento en virtud del cual se le concedía a (...) 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 está constituida por las siguientes disposiciones: la citada LPACAP; 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 (TRLOTENC); el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; y el Decreto 86/2013, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de actividades clasificadas y espectáculos públicos. Asimismo, resulta específicamente aplicable a este supuesto la Sentencia 32/2013, del Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto del Rosario, de fecha 13 de febrero de 2013.

II

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

El 22 de agosto de 2002, la entonces Comisión Municipal de Gobierno acordó conceder licencia urbanística a (...) para Proyecto de ejecución de una granja caprina en «Guerime», en el término municipal de Pájara.

El 31 de octubre de 2002, la referida Corporación Local acordó corregir el error de transcripción observado en el acuerdo anterior, especificando que el emplazamiento de la promoción de (...) correspondía a la «(...)».

El 6 de junio de 2006, la Comisión Municipal de Gobierno acordó transferir la titularidad de la licencia urbanística de referencia a favor de (...).

Con registro de entrada de fecha 6 de septiembre de 2006, el Juzgado de Instrucción nº 3 de Puerto del Rosario solicitó copia certificada y completa de todos los expedientes tramitados para el otorgamiento de todas las licencias de obras que afectan a las distintas parcelas que aparecen en el plano adjuntado a la instancia presentada.

El 4 de septiembre de 2012, (...) solicitó al Ayuntamiento de Pájara que se incorporase al expediente administrativo la documentación aportada (cinco ejemplares del Estudio Básico de Impacto Ecológico referido al proyecto de granja ganadera).

Obra en el expediente Sentencia de 13 de febrero de 2013 (si bien en la fecha de la Sentencia figura el año 2012, se entiende que fue emitida en el año 2013), del Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto del Rosario, referida a la licencia de obra objeto del presente expediente. La citada resolución judicial señala que la misma fue concedida por la Administración implicada prescindiendo de toda la tramitación prevista, ordenando al Ayuntamiento de Pájara que procediera a la revocación y anulación de la licencia urbanística municipal Rfa. 149/2002, en relación con la parcela (...).

Por Acuerdo Plenario de 25 de febrero de 2015, se inició un primer procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística 149/2002 LUM, al considerar que en la misma concurrían las causas de nulidad contenidas en las letras d), e) y f) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). El citado Acuerdo se notificó al interesado (constando certificado emitido al respecto) y se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas el 6 de marzo de 2015.

El 20 de marzo de 2015 se emitió por el Técnico municipal informe preceptivo en el que, entre otras consideraciones, se concluye del siguiente modo:

«1ª).- El edificio y zonas adyacentes, que alberga la actividad de "granja caprina y quesería", aparentemente situado en la parcela (...) INCUMPLE con la licencia otorgada, por los siguientes motivos:

a).- Estar construida en otra parcela, la (...), distinta a la que figura en el proyecto que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia urbanística.

b).- El hecho de ser muy diferente, tanto la configuración de las fachadas, así como la distribución interior del edificio, a la que figura en el proyecto que sirvió de base para el otorgamiento de la licencia urbanística.

2ª).- Se han cometido dos infracciones de carácter muy grave, por ser la realización de actos y actividades de transformación del suelo mediante la realización de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones, con gran repercusión en el ambiente urbano, sin la cobertura formal de la licencia urbanística, y además, afectar a terrenos declarados espacio natural protegido.

3ª).- Se deberá ordenar la inmediata suspensión y precintado de las edificaciones, construcciones e instalaciones, al llevarse a cabo una actividad sin la previa licencia urbanística correspondiente.

4ª).- Las edificaciones, construcciones e instalaciones, así como la actividad de “Granja caprina y Quesería”, no son legalizables por estar expresamente prohibidas en virtud de los artículos 26 y 29 de las “Normas de Conservación del Monumento Natural de Montaña Cardón”, publicadas en el Boletín Oficial de Canarias el día 29 de abril de 2005”.

Además, en el referido informe el técnico propone que se requiera al interesado “la reposición a su estado originario la realidad física alterada, o en su caso, mediante los sistemas de ejecución forzosa previstos, con el fin de restaurar el orden infringido, y con cargo al infractor».

El 26 de marzo de 2015, el afectado presentó escrito de alegaciones ejerciendo su derecho legítimo en defensa de sus intereses.

El 22 de abril de 2015 se formuló la Propuesta de Resolución relativa al procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística en cuestión, en cumplimiento de lo ordenado por la mencionada Sentencia número 32/2013, dictada por el Juzgado de lo Penal.

2. Fue precisamente por dicho motivo por el que la Corporación Local implicada apreció la existencia de las causas de nulidad recogidas en las letras d), e) y f del art. 62.1 LRJAP-PAC, por cuanto el órgano instructor considera que las obras efectivamente ejecutadas no están amparadas por licencia alguna y se encuentran en el mencionado espacio natural protegido, con infracción de lo dispuesto en esta materia por la legislación aplicable.

Como se indicó con anterioridad, el interesado formuló diversas alegaciones en su escrito de 26 de marzo de 2015, alegaciones que fueron contestadas motivadamente en la Propuesta de Resolución. Así, en primer lugar, el órgano instructor pone de relieve el contenido y las consecuencias que se derivan de la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Puerto del Rosario; en segundo lugar, por lo que respecta a la demolición o desaparición de la granja, se remite al revelador informe del técnico municipal, de 20 de marzo de 2015, al que ya se hizo mención; y en lo que atañe a los límites de la revisión recogidos en el art. 106 LRJAP-PAC, el órgano instructor destaca, justamente, la imposibilidad de tener en cuenta dichos límites por aplicación de lo previsto en el art. 180.2.a) TRLOTENC («Plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y restablecimiento del orden jurídico perturbado»), cuando establece que el plazo de cuatro años que tiene la Administración para adoptar válidamente las medidas cautelares y definitivas de protección de la legalidad y el orden jurídico perturbado no regirá respecto de los

siguientes actos y usos: «a) Los de parcelación en suelo rústico protegido o comprendido en un Espacio Natural Protegido».

3. En consecuencia, este Consejo Consultivo emitió el Dictamen nº 202/2015, de 27 de mayo, en virtud del cual se concluía favorablemente la declaración de nulidad de pleno derecho de la licencia urbanística municipal Rfa. 149/2002 LUM.

4. El 26 de junio de 2016 se adoptó finalmente el Acuerdo por el Pleno de la Corporación Local por el que se resolvía el procedimiento de revisión de oficio. Sin embargo, el citado Acuerdo fue objeto de recurso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, figurando como demandantes (...) y (...), y como demandado el Ayuntamiento de Pájara. Posteriormente, la Sentencia núm. 302/2016, de 26 de octubre, estimó íntegramente el recurso presentado, declarando la nulidad del citado acto administrativo. En concreto, la referida sentencia, entre otras cosas, indica:

«(...) La Jurisprudencia determina la caducidad aducida por la parte recurrente pues el acuerdo de incoación del procedimiento de revisión tuvo lugar mediante Acuerdo del Pleno de la Corporación Local de 25 de febrero de 2015 (...) en tanto que la notificación de la Resolución que culminaba el citado procedimiento y que es objeto de recurso no fue notificada (...) hasta el 20 de julio de 2015 (...) habiendo transcurrido por tanto más de los tres meses previstos en el artículo 102.5 LRJAP-PAC. No altera esta conclusión el hecho de que el procedimiento estuviera suspendido, tal y como determinó la Propuesta de Resolución de 22 de abril de 2.015 (...) ex artículo 42.5 b) de la LRJ-PAC, "durante el tiempo que transcurra dese la solicitud del mismo hasta la notificación al Ayuntamiento del Dictamen que se emita, dando cuenta a los interesados" plazo que comprendió desde el 5 de mayo de 2.015 (data en la que tuvo entrada la solicitud de la Corporación Local al órgano Consultivo) (...) hasta el 29 de mayo del mismo año momento en que el Ayuntamiento de Pájara recibió el mentado Dictamen (...) más allá de que no consta comunicación ni de la solicitud al Consejo Consultivo ni del Dictamen por el mismo elaborado en el procedimiento a los interesados como exige la jurisprudencia para entender validamente producida la suspensión del plazo para resolver (...)» (FJ 3º).

5. El 4 de noviembre de 2016 se emite informe preceptivo del Técnico de la Administración General, en el que se propone declarar la nulidad del Acuerdo de 26 de junio de 2015 del Pleno municipal de Pájara por el que se resolvía el procedimiento de revisión de oficio, declarándose nula de pleno derecho la licencia urbanística nº 149/2002 LUM, e iniciar un nuevo procedimiento de revisión de oficio en relación con la misma licencia.

6. Por lo tanto, el 17 de noviembre de 2016 el Pleno municipal adoptó Acuerdo de incoación del nuevo procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística Ref. 149/2002 LUM.

Asimismo, se propone trasladar el citado acuerdo adoptado a la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural con la finalidad de que proceda a la incoación del oportuno expediente sancionador, al haberse realizado en un Espacio Natural Protegido (área de sensibilidad ecológica y zona de especial conservación Montaña de Cardón), la construcción de una granja veterinaria sin las autorizaciones legales preceptivas y ello sin perjuicio de que la Administración pueda solicitar la documentación que estime oportuna para la resolución del expediente que se inicie y que figure en la Corporación Local implicada.

Se procedió a la notificación de dicho Acuerdo a los interesados en el procedimiento revisor, se concedió plazo de información pública y se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas. Los interesados presentaron alegaciones a las que se ha dado la debida respuesta en el procedimiento revisor.

7. El 23 de marzo de 2017 se formuló la Propuesta de Resolución de la Alcaldía relativa al procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística en cuestión.

III

1. El procedimiento de revisión tiene por objeto declarar la nulidad de la licencia urbanística 149/2002 LUM, que fue otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno (hoy Junta de Gobierno Local) en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002.

En el procedimiento de revisión de oficio se analiza un acto contrario al Ordenamiento jurídico por el que, entre otros motivos, se han adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para tal adquisición, de modo que la pretensión se fundamenta en las causas de nulidad contenidas en los apartados d), e) y f) del art. 47.1 LPACAP, siendo por ello mismo correcta su tramitación.

2. De los documentos que figuran en el expediente se desprende que la revisión del acto administrativo objeto del procedimiento se ha iniciado de oficio por la propia Administración implicada (en cumplimiento, no se olvide, de lo ordenado por una resolución judicial firme), no habiéndose producido caducidad. Concretamente, la Propuesta de Resolución considera que en la licencia referida concurren las causas de 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 o cuando se carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición») del art. 47.1 LPACAP. El procedimiento revisor se ha tramitado de acuerdo con lo previsto en la legislación aplicable.

3. Los afectados solicitan en su escrito de alegaciones que se archive el procedimiento de revisión atendiendo al tiempo transcurrido desde el otorgamiento de la licencia y la imposibilidad de revisión al amparo del límite temporal señalado en el art. 185 TRLOTENC y los límites generales previstos en el art. 110 LPACAP; subsidiariamente, si se revisara finalmente el acuerdo por el que se otorgó la licencia de referencia y se anulara la misma, piden asimismo que se declare en el mismo acto la conservación de todas las actuaciones del expediente de licencia hasta que tuvo lugar la infracción de omisión del informe jurídico y la declaración de impacto ambiental.

En relación con el escrito presentado por los Sres. (...) y (...) de 26 de diciembre de 2016, ha de significarse que el Informe preceptivo emitido el 23 de marzo de 2017 por la Técnico de la Administración General del citado Ayuntamiento dio cumplida respuesta a las alegaciones planteadas.

4. Entrando en el fondo del asunto, y como entonces se advirtió en nuestro Dictamen 202/2015:

«(...) 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» (en la actualidad, por el cambio normativo producido, las referidas causas son las recogidas en los apartados d), e) y f) del art. 47.1 LPACAP. No habiendo incurrido en caducidad al no haber transcurrido el plazo de 6 meses desde que se inició el procedimiento de oficio por la propia Administración).

Y continúa señalando el referido dictamen:

«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 infiere 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 el de declaración del impacto ecológico, entre otras exigencias legales. En definitiva, no se recabaron los informes preceptivos previos a la concesión de la licencia respectiva».

5. Por su parte, debe traerse a colación, como así hace también la Propuesta de Resolución, lo indicado por el Técnico Municipal en su informe de 29 de noviembre de 2016:

«(...) se puede detectar a simple vista que lo construido actualmente en la parcela (...) de Guerime, sobrepasa en una superficie considerable los 299,20 m², que en su día fueron autorizados para la construcción de la granja.

Así de las fotografías aéreas de GRAFCAN realizadas con posterioridad al año 2007, se puede apreciar como se ha ido ampliando la superficie ocupada con nuevas construcciones a modo de zonas cubiertas para el ganado. De esta manera, lo construido y ocupado actualmente por la granja alcanza aproximadamente los 2000 m² de superficie cubierta, que en absoluto coincide con lo que se autorizó en la licencia de construcción 149/2002 LUM. No consta en el expediente ningún acuerdo municipal posterior en la que se haya autorizado las obras ejecutadas en demasía».

Por tanto, es evidente que la licencia otorgada carecía de los informes preceptivos necesarios y que, además, las ampliaciones de obras realizadas se ejecutaron sin la debida licencia municipal que las ampare, siendo un hecho constitutivo de infracción urbanística razón por la que se justifica el oportuno trasladado para su conocimiento y actuación a la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN).

6. Por lo que se refiere a los límites de la revisión, cuya aplicación pretenden (...) y (...) en las alegaciones presentadas, debe precisarse que, si bien es cierto que el art. 185 TRLOTENC establece el plazo de cuatro años para que por el órgano municipal se proceda a la revisión de «las licencias y las órdenes de ejecución, cuyo contenido constituya o legitime alguna de las infracciones graves o muy graves definidas en este Texto Refundido», no menos verdad es, sin embargo, que en esta materia hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 106 LPACAP, norma posterior a la legislación autonómica y de carácter básico, que habilita a las Administraciones a proceder a la revisión de los actos nulos «en cualquier momento», con arreglo a los trámites allí previstos. Por otra parte, como bien argumenta la Propuesta de

Resolución, no es aplicable en este concreto caso lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la citada Ley 39/2015.

Por lo que respecta a los otros límites del art. 110 LPACAP, la buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. En este caso, la buena fe no puede estar de parte de los interesados, que pretenden beneficiarse de una situación a todas luces contraria a Derecho y constitutiva, además, de infracción penal (que dio lugar, no se olvide, a una condena por la comisión de un delito continuado contra la ordenación del territorio).

Por la misma razón, la equidad, que obliga a que se consideren las circunstancias específicas y singulares del caso concreto y se ponderen los perjuicios que la declaración de nulidad comportaría al interés público y al de los particulares, se decanta claramente a favor de la Administración, que al pretender el restablecimiento del orden jurídico alterado por el delictivo comportamiento de una serie de personas que en su momento ocuparon determinados cargos en dicho Ayuntamiento, sólo está defendiendo el interés general y la legalidad (restaurada en virtud de un pronunciamiento del orden jurisdiccional penal y por la propia actuación administrativa con este procedimiento revisor). Por ello mismo, en fin, resulta abiertamente improcedente invocar en este caso el límite constituido por un eventual «derecho de los particulares».

7. Por lo que concierne a la conservación de los actos a que alude el art. 51 LPACAP, también pretendida por los interesados, este Consejo se remite a lo señalado en el muy reciente Dictamen (DCC 157/2017, de 11 de mayo) en relación con asunto de trazas muy similares [nulidad de la licencia 148/2002 LUM, referida a vivienda unifamiliar levantada en la parcela (...)]. En este sentido, como indica la Propuesta de Resolución, semejante solicitud no puede ser atendida toda vez que el procedimiento carece de la Declaración de Impacto Ecológico, *informe previo al resto de los trámites* al tratarse de una construcción en un espacio protegido, por lo que es improcedente la conservación de ningún acto. Dicho de otro modo, la ausencia de este importante trámite medioambiental, al ser el primero, «guarda sin duda relación de causalidad con los trámites posteriores que se pretenden conservar como es el informe técnico municipal y siguientes» (Consideración Jurídica Sexta)

8. Por último, respecto a la exigencia responsabilidad patrimonial en el presente asunto, sin perjuicio de lo argumentado al respecto en la Propuesta de Resolución

(Consideración Jurídica Séptima), debe señalarse en primer término que es indiscutible que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda 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, en su caso, el afectado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Sin embargo, en el presente supuesto y con mayor evidencia incluso respecto a otros casos análogos (nulidad de licencias urbanísticas concedidas irregularmente en la denominada «Cuesta de Guerime»), debe afirmarse que la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento es a todas luces inexistente. Para llegar a esta categórica conclusión bastará con recordar, una vez más, parte del contenido del Informe emitido por Técnico municipal el 29 de noviembre de 2016, en el que quedó claro que si inicialmente la edificación (granja caprina y quesería) se construyó en la parcela (...) de acuerdo con lo previsto en la licencia urbanística otorgada, años más tarde (a partir de 2007) se acredita que «se ha ido ampliando la superficie ocupada con nuevas construcciones a modo de zonas cubiertas para el ganado». De lo dicho se sigue, como señala el Técnico, que «lo construido y ocupado actualmente por la granja alcanza aproximadamente los 2000m² de superficie cubierta que en absoluto coincide con lo que se autorizó en la licencia de construcción 149/2002 L.U.M. No consta en el expediente ningún acuerdo municipal posterior en el que se hayan autorizado las obras ejecutadas en demasía» (el subrayado es original).

Por lo tanto, no es posible apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración toda vez que la edificación se realizó de una forma no prevista en el proyecto de obras, siendo este el motivo, entre otros, por el que se había concedido a los interesados la licencia, sin que, durante años, se hubiese solicitado la necesaria aprobación urbanística sobre las modificaciones (en ningún caso, de menor entidad), habiéndose ejecutado así las sucesivas obras de ampliación sin las debidas autorizaciones administrativas. Su propia conducta, pues, rompe el nexo causal requerido en un procedimiento de responsabilidad patrimonial. Por otra parte, la normativa urbanística autonómica dispone que en los supuestos de anulación de licencias «en ningún caso» habrá lugar a la indemnización si existiera grave culpa imputable al perjudicado (art. 186 TRLOTENC). Lo que acontece en este caso.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con el razonamiento expuesto en el Fundamento III se dictamina favorablemente la revisión de oficio de la Propuesta de Resolución mediante la que se declara de nulidad de pleno derecho de la licencia urbanística municipal Rfa. 149/2002 LUM, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno, en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002, que autorizó la construcción de una granja caprina en la denominada «(...)», al encontrarse incurso en las causas de nulidad contenidas en los apartados d), e) y f) del art. 47.1 LRJAP-PAC.