



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 105/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 26 de marzo de 2019.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Arico en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la prescripción de infracción urbanística otorgada a (...) mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2018-0203, de 28 de marzo, por el que se declaró la prescripción del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado de las obras consistentes en varias construcciones, en la zona conocida como (...), (...)* (EXP. 19/2019 RO)*.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado preceptivamente por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Villa de Arico a través de escrito de 15 de enero de 2019 y de entrada en este Consejo Consultivo de 21 de enero de 2019, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del Decreto de la Alcaldía núm. 2018-0203, de 28 de marzo por el que se declaró la prescripción del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado de las obras consistentes en varias construcciones, en la zona conocida como (...), (...), con Referencia Catastral n.º (...), otorgada a (...), propietario de la misma (exp. n.º 3413/2018).

2. La legitimación de la Alcaldesa para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del 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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

relación, el primer precepto, con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar lo contrario; es decir, ha de ser conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, no pudiéndose declarar la nulidad del acto si el dictamen fuera desfavorable a la misma.

3. La nulidad instada se fundamenta en el apartado f) del art. 47.1 LPACAP, al considerar la Administración actuante que mediante la declaración de prescripción del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado es contraria al ordenamiento jurídico, adquiriéndose por ella facultades y derechos cuando el interesado carecía de los requisitos esenciales para su adquisición, al no haberse producido tal prescripción y carecer de licencia para llevar a cabo dichas construcciones.

4. El procedimiento se inició de oficio por Decreto de la Alcaldía n.º 2018-1024, de 11 de octubre; en consecuencia, conforme al art. 106.5 LPACAP, la Resolución definitiva debe dictarse antes del día 11 de abril de 2018, momento en el que se producirá su caducidad (art. 106.5 LPACAP).

II

1. Por lo que se refiere a los antecedentes de hecho, son los siguientes los más destacados:

1.1. El 26 de enero de 2016, el interesado solicitó al Ayuntamiento que declarara prescrita la infracción urbanística de las obras ejecutadas sin licencia municipal u orden de ejecución consistente en diversas construcciones, en la zona conocida como (...), (...), con Referencia Catastral n.º (...).

Posteriormente, el día 7 de octubre de 2016, se emitió informe técnico favorable a la solicitud por parte del Área de Urbanismo del Ayuntamiento en relación a la terminación de las obras en cumplimiento al art. 180 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 Espacios Naturales de Canarias, normativa aplicable en dicha fecha (TRLOTENC).

Finalmente, el día 28 de marzo de 2018 se dictó el Decreto de la Alcaldía núm. 2018-0203 por el que se declaró la prescripción del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico

perturbado de las obras correspondientes a la edificación principal, escalera y muros de fábrica de bloques, pero no en lo que se refería al muro perimetral y a la construcción de corral.

1.2. El día 13 de junio de 2016, la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN) remitió al Ayuntamiento la Resolución de su Directora Ejecutiva n.º 642, de fecha 9 de junio de 2016, por la que propone iniciar la tramitación de un procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad urbanística a (...) por la realización, en suelo clasificado y categorizado como Rústico de Protección Territorial, de las obras consistentes en la realización de distintos vallados y muros, cancela y pista de acceso, piscina, plancha tipo sándwich y vivienda, en el lugar de su propiedad ya referido.

El 25 de julio de 2016, la Directora ejecutiva de la APMUN remite a la Corporación Local copia de su Resolución n.º 815, de fecha 21 de julio de 2016, por la que, tras constatar la ilegalidad de las obras ya mencionadas en el inmueble de titularidad dominical del interesado, se ordena al interesado el restablecimiento de lo ilegalmente edificado, mediante la reposición de las cosas al estado anterior a la comisión de las actuaciones en el plazo fijado en dicha Resolución, resolución contra la que el interesado interpuso recurso de reposición.

El día 26 de octubre de 2016 la Directora Ejecutiva de la APMUN, dictó la Resolución n.º 1126 por la que resolvió estimar parcialmente el recurso de reposición interpuesto por el interesado contra la Resolución núm. 815, de fecha 21 de julio de 2016, pues se consideró únicamente restablecido el orden jurídico perturbado respecto a la piscina y plancha tipo sándwich.

1.3. El 14 de diciembre de 2017 se dicta la Resolución de la Directora Ejecutiva de la APMUN n.º 957, por la que resuelve incoar procedimiento sancionador a interesado por la infracciones urbanísticas anteriormente referidas, el cual finalizó con la Resolución de la Directora núm. 279 de 19 de abril de 2018 por la que se sancionó al interesado con multa sancionadora de 7.375,00 euros, al considerar que cometió infracción urbanística grave en los términos contenidos en dicha Resolución, contra la que se ha interpuesto recurso de reposición, según afirma el interesado.

2. En lo que se refiere al presente procedimiento administrativo, el mismo se inició de oficio por Decreto de la Alcaldía n.º 2018-1024, de 11 de octubre, otorgándosele el trámite de vista y audiencia al interesado, que presentó escrito de alegaciones. Por último, se emitió Propuesta de Resolución.

Además, consta que el 20 de febrero de 2019, el Sr. Presidente de este Organismo comunicó al Ayuntamiento que se suspendía el plazo de emisión del dictamen solicitado por 15 días, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.e) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (Decreto 181/2005, de 26 de julio), en virtud de lo acordado por la Sección I de este Consejo Consultivo en orden a la solicitud de remisión diversa documentación por parte del Ayuntamiento, lo cual se hizo posteriormente de forma correcta.

III

1. En la Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen se considera que el Decreto de la Alcaldía núm. 2018-0203, de 28 de marzo, cuya declaración de nulidad se pretende, incurre en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.f) LPACAP, puesto que la documentación que remitió la APMUN al Ayuntamiento con posterioridad a que se dictara dicho Decreto probaba que el mismo adolecía de los requisitos precisos para que el interesado obtuviera la declaración de prescripción del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado de las obras referidas, resultando evidente que con tal declaración el mismo adquiriría el derecho a mantener dichas construcciones en las condiciones previas al restablecimiento de la legalidad que ha acordado la APMUN.

2. En el Decreto objeto del presente procedimiento de revisión de oficio se afirmaba que la parcela del interesado se clasificaba y categorizaba como suelo rústico de protección territorial de acuerdo con la TRLOTENC y en la actualidad, en aplicación de la normativa vigente, como suelo rústico residual, pues ello es así en virtud de lo establecido en la disposición transitoria tercera, en su apartado 2, de la Ley 4/2017, de 13 de julio, Ley del suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (LSENPC), que dispone que «El suelo rústico de protección territorial previsto en el 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, se corresponde con la categoría de suelo rústico común en la subcategoría que corresponda con su destino» y en su apartado 1, al regular la diferentes correspondencias entre las dos normas de las distintas categoría de suelo, se establece que «- Suelo rústico residual = suelo rústico común (SRC), subcategoría de reserva u ordinario».

Por tanto, en dicha Resolución se considera, primeramente, que a esta parcela no le es aplicable lo dispuesto en el art. 361.5 de la LSENPC, precepto en el que se

regulan los plazos para incoar los procedimientos de restablecimiento de la legalidad urbanística, ya que se establece, en tal apartado, el listado de excepciones de aplicación de limitaciones temporales para el ejercicio de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, entre las que se incluye las correspondientes a la construcción o edificación cuando hayan sido ejecutadas o realizadas sobre suelo rústico de protección ambiental calificado como tal con carácter previo al inicio de la actuación, ya que como anteriormente se expuso la parcela está clasificada y categorizada como suelo rústico residual.

En segundo lugar, en el referido Decreto se considera que, en aplicación de lo dispuesto en dicho art. 361 de la Ley del Suelo, había prescrito la acción administrativa para incoar el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida con respecto a los actos de construcción que afectan a la edificación principal, escalera y muros de fábrica de bloques del inmueble del interesado, ya que con base en el informe de los técnicos municipales de 7 de octubre de 2016, tales construcciones estaban finalizadas desde hacía más de cuatro años, se entiende que con relación a la fecha del informe.

Además, el interesado alega que las construcciones son anteriores a enero de 2011, momento en que adquirió el inmueble.

3. Sin embargo, los distintos informes emitidos por la APMUN permiten determinar, sin género de dudas, que nada de ello es tal y como se afirma en el informe municipal referido, es decir, tales informes demuestran que el interesado realizó distintas obras en las referidas construcciones, y que no sólo se acometieron tras el informe, sino también dentro del plazo de cuatro años anteriores al Decreto que declara la prescripción de las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística.

4. En primer lugar, en el informe técnico de evolución cronológica de la actuación que viene acompañado de diverso material fotográfico, y que muestra la evolución de las construcciones con fotografía aéreas efectuadas entre 2011 y 2016 (página 363 y ss. del expediente remitido a este Consejo Consultivo, tras la suspensión del plazo para la emisión del dictamen al que ya antes se hizo mención), elaborado por la Técnico de la APMUN el día 11 de julio de 2016, se afirma que:

«A lo que la técnico que suscribe informa como sigue:

En la referida escritura de compra-venta se expresa que la única construcción existente en la parcela consistía en un cuarto de aperos de unos 20 m²; mientras que la documentación

técnica en base a la que se solicita la prescripción de infracción urbanística explicita la existencia de una construcción destinada a vivienda de más de 97,45 m². Por lo que la construcción ha experimentado un aumento de más 77,45 m² de superficie.

Según las fotografías aéreas de febrero de 2011, marzo de 2012, y siguientes; el vallado con su cancela, así como la construcción de muros es posterior a la fecha de compraventa de la precitada parcela 264. De otra parte, se observa también cómo la configuración de los límites de las parcelas 264 y 479 presentan signos externos de que se haya producido el “agrupamiento físico” de las mismas. Ver fotografías y grafismo (plano), adjuntos a la precitada documentación técnica».

5. En segundo lugar, en el informe de la APMUN de 23 de junio de 2017, consta que «Se aprecia que se ha realizado un muro de una altura de un bloque. En la inspección de fecha 14 de diciembre de 2016 de este expediente (ordinal 70) no se aprecia dicho muro».

Además, en lo que se refiere a la escalera situada en el exterior de la vivienda se le añadió una barandilla metálica con posterioridad al 23 de septiembre de 2015, momento en el que se elabora el informe de los técnicos de la APMUN que obra en las páginas 126 y siguientes, pues en la fotografía de la página 130 del expediente, perteneciente a dicho informe, se observa como tal escalera carece de barandilla. Sin embargo, en varios documentos de fechas posteriores a ésta se observa en las fotografías incorporadas a los mismos como tal escalera cuenta con una barandilla metálica, como se puede observar, por ejemplo, en el informe elaborado por los técnicos del Ayuntamiento en vista girada el 10 de agosto de 2016 (página 81 del expediente).

6. En conclusión, está suficientemente demostrado que desde que se adquirió el inmueble, hasta al menos en 2016 continuaron realizándose continuas obras de ampliación y mejora en la vivienda, muros y escalera del inmueble de titularidad del interesado, lo que implica que en modo alguno se han cumplido los plazos previstos en el art. 361 de la Ley del Suelo para entender prescrito el ejercicio de la referidas potestades urbanísticas, estableciéndose al respecto en el punto 1, apartados a) y b) de dicha norma que:

«1. La Administración podrá incoar procedimiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística:

a) En cualquier momento, mientras las obras o usos estén en curso de ejecución, salvo lo dispuesto en la letra d), respecto a los usos consolidados.

b) En el plazo de cuatro años desde su completa terminación, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones sujetas a licencia u otro título habilitante equivalente».

7. En este sentido, en la solicitud de aclaración que la APMUN remite al Ayuntamiento se alega que:

«Constando, a mayor abundamiento, continuación de obra, sobre la vivienda, al haberse añadido una barandilla en las escaleras de acceso a su azotea, entre las fechas de 23 de septiembre de 2015, y 11 de octubre de 2016 (como consta en la documentación obrante en el expediente de referencia IU- 1296/2013). Así como conocida la doctrina jurisprudencial sobre la unidad de propósito constructivo (STSJ, Sala de lo C-A, Sección Segunda de 12/02/2015; 07/04/ 17, entre otras), que computa la Unidad de Obra y la reactivación de los plazos de prescripción o caducidad por continuación de la misma».

Pues bien, en relación con dicha doctrina jurisprudencial se afirma en la Sentencia núm. 78/2017, de 7 abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (JUR\2017\286615), en un supuesto similar al presente, que:

«En el presente caso se incoa el expediente sancionador que aquí se juzga el 20 de junio de 2013 porque obra un informe de 22 de mayo de los agentes de Medio Ambiente en donde se detecta que en la vivienda en cuestión se había procedido a rellenar el acceso a la vivienda con atezado de cemento.

Que por supuesto se comprueba y se desprende del informe fotográfico, no solo el relleno, sino un ensanche respecto del acceso original, que no se sabe cuando se efectuó, pero que desde luego no estaba (porque se había respetado la suspensión de las obras) a la fecha de la caducidad del anterior expediente el 25 de julio de 2012; por lo que hemos de concluir que en algún momento posterior a esa fecha se realizó el relleno, y tratándose de una obra nueva realizada en algún momento entre dicha fecha y la fecha de incoación del actual expediente sancionador de 20 de junio de 2013, es decir dentro de los dos años de prescripción de las infracciones graves, no existe posibilidad de la prescripción alegada.

Lo mismo podemos decir respecto de la caducidad para el restablecimiento de la realidad física y orden urbanístico infringido, que exige el transcurso de cuatro años desde la total terminación de las obras, que como hemos visto no se ha producido tampoco.

Que el argumento del recurrente, que ignora temerariamente los argumentos dados por la sentencia de primera instancia sobre la base de los criterios sostenidos por esta Sala, insiste en ignorar nuestro criterio de la unidad de proyecto.

Por más que se hubiera terminado la vivienda, se han realizado obras complementarias de acceso a la misma. Obras totalmente adyacentes a la construcción y en donde se comprueba incluso el ensanche. Y esto es equiparable a la realización de obras de continuación, pues las construcciones de las viviendas se proyectan y autorizan con todos sus elementos y no por partes fraccionadas. No se daba en este caso una total terminación de las obras, y no es posible acogerse argumentos basados en interpretaciones favorables a la caducidad o la prescripción; por quien pretende obtener de la clandestinidad una mejor situación que quien actúa legalmente solicitando las autorizaciones y licencias», siendo esta doctrina jurisprudencial aplicable al presente supuesto.

8. Por todo ello, procede afirmar que el Decreto de la Alcaldía núm. 2018-0203, de 28 de marzo, por el que se declaró la prescripción del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado correspondiente a las construcciones referidas incurre en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.f) LPACAP, ya que a través del mismo no sólo se declaró una prescripción indebida, faltando el requisito esencial para ello, el trascurso del lapso de tiempo fijado por el art. 361.1 de la Ley sin llevar acabo nuevas actuaciones constructivas, sino que tal resolución supuso de forma efectiva que el interesado obtuviera el derecho a mantener las referidas construcciones careciendo del requisito esencial para ello, las preceptivas licencias urbanísticas, lo que supone legalizarlas de forma contraria a la legislación urbanística.

Este Consejo Consultivo al respecto ha manifestado en su Dictamen 34/2019, de 23 de enero, que:

«Este Consejo Consultivo ha manifestado acerca de esta causa de nulidad, de manera reiterada y constante, como por ejemplo se hace en el Dictamen 493/2018, de 7 de noviembre, que:

“Como reiteradamente ha declarado este Organismo, entre otros, en el Dictamen núm. 127/2017, de 20 de abril:

«Pues bien, ante todo, se ha de recordar, 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, actual art. 47.1.f) LPACAP, 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 se 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"», doctrina aplicable a este asunto.

Del mismo modo, en el supuesto sometido ahora a nuestra consideración, es correcta la invocación de la causa de nulidad de pleno derecho alegada por la Administración sobre la que se sustenta el presente expediente [art. 47.1.f) LPACAP].

Teniendo en cuenta el carácter desfavorable sobre la esfera jurídica del interesado que tiene la potestad ejercitada en el presente caso en origen (protección de legalidad y restablecimiento del orden jurídico perturbado), la prescripción acordada que ahora se pretende revisar de oficio produce indebidamente un efecto favorable, en la medida en que ha quedado confirmado con toda claridad con la documentación aportada al expediente que en este caso las obras no estaban completamente terminadas dentro de los límites temporales legalmente establecidos en punto al inicio del cómputo del plazo de prescripción.

Y esto es lo relevante, en tanto que la prescripción acordada que ahora se revisa se traduce en el reconocimiento de un derecho a favor del interesado para el que éste carece de los requisitos esenciales para su adquisición.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo la revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía núm. 2018-0203, de 28 de marzo, por el que se declaró la prescripción del plazo para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad y el restablecimiento del orden jurídico perturbado de las obras consistentes en varias construcciones, en la zona conocida como (...), (...).