



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 278/2019

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de julio de 2019.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Tegueste en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística de obras, otorgada mediante Decreto de Alcaldía n.º 936/2018, de 26 de junio, a la entidad (...), para el proyecto de ejecución para la construcción e instalación de una estación de servicios en una parcela ubicada en la carretera general La Laguna-Punta del Hidalgo TF-13 (EXP. 255/2019 RO)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de Tegueste mediante escrito con entrada en este Consejo Consultivo el día 2 de julio, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio que tiene por objeto la declaración de nulidad de la licencia urbanística para la ejecución de las obras consistentes en la construcción e instalación de una estación de servicios, que fue otorgada a la entidad mercantil (...) mediante Decreto de la Alcaldía n.º 936/2018, de 26 de junio.

2. La legitimación de la Sra. 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 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), ya que el presente procedimiento se ha iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

De conformidad con lo previsto en esos preceptos, y en garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica, se precisa que el dictamen de este Consejo sea favorable a la declaración pretendida.

3. La revisión de oficio sólo 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 citado Decreto de Alcaldía, en virtud del cual se le concedía a la entidad (...), licencia urbanística, que devino firme. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del citado artículo.

4. El órgano competente para el procedimiento de revisión de oficio es la Alcaldía, de conformidad con lo establecido por el art. 31.1.o) de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias, en relación con el art. 21.1.q) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

5. La nulidad del acto se fundamenta en este caso en el apartado f) del citado art. 47.1 LPACAP, al considerar que se trata de un acto por el que se han adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

6. Por lo demás, resultan igualmente aplicables los arts. 369 y 370 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (LSENPC).

II

1. Son antecedentes de interés en el presente procedimiento los siguientes:

- Mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 936/2018, de 26 de junio, se resuelve otorgar a la entidad mercantil (...), licencia urbanística de obra mayor para proyecto de ejecución consistente en la construcción e instalación de una estación de servicios en una parcela situada en Carretera General La Laguna-Punta del Hidalgo TF-13, esquina Calle (...).

- La Resolución que otorga la licencia urbanística, según reseña la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, si bien no consta documentación al respecto en el expediente remitido, fue objeto de tres recursos de reposición -en realidad, parece ser que fueron cuatro, puesto que sí consta en documentación remitida Recurso de Reposición interpuesto por (...), (...) y (...) en representación de grupo municipal Sí Se Puede, resuelto por Decreto 1246/2018, de 12 de septiembre, en sentido

desestimatorio, que también consta- fueron resueltos, respectivamente, mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1292/2018, de 19 de septiembre se desestimó el recurso de reposición interpuesto por (...), levantándose la suspensión de la obra por Resolución n.º 1339/2018. Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1527/2018, de fecha 29 de octubre se desestimó el recurso de reposición planteado por R.T.P., así como la suspensión de la ejecución del acto impugnado. Igualmente, mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1590/2018, de fecha 14 de noviembre, se resuelve desestimar el recurso de reposición interpuesto por la entidad mercantil (...), desestimando la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

- Consta en el expediente el denominado informe sobre los presupuestos para la revisión de la licencia concedida a una gasolinera en Las Toscas y sobre las bases de una modificación puntual del Plan General de Ordenación (PGO) del Municipio, con el objeto de limitar la implantación en suelo urbano de actividades molestas, nocivas o peligrosas, de fecha 16 de noviembre de 2018, redactado por el arquitecto (...), por encargo municipal mediante contrato administrativo de servicio de esta Corporación. En dicho informe, concluía el Arquitecto como sigue:

«(...) puede concluirse que, si bien existen ciertos aspectos de la normativa que pueden apoyar la concesión de licencia a una gasolinera en suelo urbano en el municipio de Tegueste, estos aspectos resultan contrarios al espíritu de la norma. Por el contrario, una interpretación más sistemática y contextualizada de las normas de aplicación habrá exigido la denegación de la licencia. El incumplimiento de la normativa referente a la parcela máxima para obtener licencia en la zona, la realización de un proyecto sobre una parcela real que supera ampliamente las limitaciones establecidas por la normativa de aplicación y la dedicación de los espacios libres de parcela a usos diferentes a los permitidos por la normativa, constituyen, a juicio de quien informa, un fraude de ley y un supuesto de acto contrario al ordenamiento jurídico por cuanto se adquieren derechos careciendo de requisitos esenciales para su adquisición. Por consiguiente, se estima que las violaciones de la normativa vigente señaladas fueron lo suficientemente graves como para considerar un acto nulo la concesión de la licencia, y ello sin perjuicio del derecho indemnizatorio, en su caso (...).»

- Se emite por el Secretario informe de fecha 27 de noviembre de 2018, sobre moción celebrada en sesión Plenaria ordinaria por el Ayuntamiento en relación con la instalación de la estación de servicios en Tegueste, mediante el que se solicita que el Pleno del Ayuntamiento acuerde declarar la revisión de oficio de la licencia referida por ser contraria a Derecho.

- En fecha 3 de diciembre de 2018, se emite informe de la Aparejadora Municipal mediante el cual se analiza la concesión de la licencia indicando que el proyecto contempla actuaciones que no se ajustan a la ordenación urbanística. Razón por la que se solicita informe técnico al Servicio de Carreteras del Cabildo Insular, en fecha 4 de diciembre de 2018.

- Consta en el expediente informe del Secretario de fecha 28 de diciembre de 2018, sobre el informe del arquitecto (...).

- Mediante oficio de fecha 28 de diciembre de 2018 del Servicio de Carreteras y Paisaje del Cabildo de Tenerife se comunica, a efectos de emplazamiento, la interposición de recurso contencioso administrativo n.º 486/2018 por la entidad (...), contra la Resolución de la Directora Insular de Carreteras y Paisaje del Cabildo Insular mediante la cual se concede autorización de carácter definitivo a la entidad (...), para la ejecución del proyecto de construcción e instalaciones para la estación de servicios (...).

- Se emite informe por la Aparejadora Municipal de fecha 18 de enero de 2019 en el que se advierte de que el proyecto técnico que sirvió de base a la licencia otorgada tiene varias deficiencias que son subsanables y una que no sería subsanable y que afecta a la parcela 1. Según dicho informe esta parcela no reuniría los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de solar edificable.

- Con base en el precitado informe técnico, el Secretario emite informe jurídico de fecha 21 de enero del corriente en el que sostiene que la apreciación de defecto ahora evidenciado supone que el acto dictado estaría incurso en una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.f) LPACAP, lo que determina la necesidad de que se inicie el procedimiento de revisión de oficio. Asimismo indica que es improcedente adoptar como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la obra al estar siendo valorada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife.

- Se ha emitido informe jurídico de la Secretaria General de fecha 29 de enero de 2019.

- Con fecha 29 de enero de 2019, se incoa procedimiento de revisión de oficio de la licencia otorgada mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia.

- Con fecha 11 de febrero de 2019, la entidad mercantil (...) presenta alegaciones en relación a la incoación del citado expediente.

- Con fechas 11 de febrero, 21 de febrero y 13 de mayo, se emiten informes técnicos complementarios.

- Además, se otorgó trámite de audiencia a todos los interesados personados en el procedimiento. Los mismos han presentado las alegaciones oportunas.

- En fecha 20 de junio de 2019 se emite Informe-Propuesta de Resolución del presente procedimiento declarando la nulidad de la licencia por la causa del apartado f) del art. 47.1 LPACAP.

2. De lo obrado en el expediente no se aprecia la existencia de deficiencias formales que obsten un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

III

1. En el caso planteado el objeto de nulidad se refiere al acto administrativo en virtud del cual se concedía la licencia urbanística para la ejecución de las obras consistentes en la construcción e instalación de una estación de servicios en una parcela ubicada en la carretera general La Laguna-Punta del Hidalgo TF-13, fundamentándose la causa de nulidad en el hecho de haberse concedido la licencia en contra del planeamiento urbanístico aplicable.

2. Conviene comenzar precisando que la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión judicial, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que cualquier vicio jurídico no permite acudir sin más a la revisión de oficio, lo que sólo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, en una serie de supuestos que han de ser objeto de interpretación restrictiva, sin que pueda convertirse en una vía ordinaria de impugnación de los actos administrativos firmes, como ya indicamos, entre otros, en nuestro Dictamen 170/2018.

Como reiteradamente ha señalado este Consejo Consultivo, ha de advertirse, ante todo, que la revisión de oficio es una vía extraordinaria contra actos que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Por ello, debe ceñirse la revisión de oficio a las causas tasadas del art. 47.1 LPACAP, cuyos

presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva, sin que sea ésta una vía de impugnación de actos anulables.

A mayor abundamiento, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo seguida por este Consejo Consultivo, los actos administrativos firmes sólo pueden expulsarse del ordenamiento jurídico cuando se produzca la nulidad radical, esto es, mediante la aplicación rigurosa que debe verificarse de la revisión de oficio prevista en el art. 106.1 LPACAP. Por ello, es preciso tener en cuenta la naturaleza extraordinaria del procedimiento revisor con arreglo a las causas estrictamente tasadas recogidas en la legislación aplicable.

La finalidad de dicho procedimiento no es otra que evitar que en el ordenamiento jurídico existan actos administrativos que, estando afectados por alguna causa de nulidad de pleno derecho, no hayan sido recurridos en plazo, pudiendo iniciarse el procedimiento de oficio por propia iniciativa de la Administración Pública afectada o bien solicitar entonces el interesado a la Administración que declare de oficio la nulidad de un acto administrativo.

3. En el presente supuesto la nulidad del acto se fundamenta en la causa prevista en el apartado f) del art. 47.1 LPACAP, ya que, para la Administración, en virtud de una licencia, que pudiera ser contraria al ordenamiento jurídico, la entidad mercantil afectada adquirió derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera, en este caso la habilitación necesaria para la construcción e instalación de una estación de servicios en una parcela ubicada en la carretera general La Laguna-Punta del Hidalgo TF-13.

En relación con la precitada causa de nulidad, ya nos pronunciábamos en nuestro Dictamen 178/2014, de 14 de mayo, en el que exponíamos:

«(...) 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, 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 (...)».

4. Entrando a analizar si, efectivamente, la licencia fue concedida en contra del ordenamiento jurídico, de los informes y documentación obrante en el expediente se constata que la licencia de obras fue otorgada en contra de lo establecido en la normativa urbanística aplicable por los motivos que expondremos seguidamente.

Consta, como se ha señalado anteriormente, en el expediente, informe técnico municipal complementario, que destaca:

«(...) Plan de movilidad del Plan General de Ordenación, se ha comprobado, que la carretera insular TF-13, a la que da frente la parcela no está considerada como Travesía, sino como viario exterior. En este sentido, agrupa dentro del concepto de viario exterior, a las vías que conectan el municipio con el resto de la isla, con otras comarcas u otros municipios.

Establece igualmente el documento, que entre las dos vías exteriores o territoriales, la principal es la TF-13, que atraviesa la zona 116 de este a oeste, y que tanto en el tramo de Las Canteras, como en gran parte del tramo de vía que atraviesa la zona 116, la vía tiene carácter de travesía. Así, examinado el documento y los planos que lo integran, se puede afirmar que el tramo frente a la parcela nº 1, objeto del presente informe, no está considerada como travesía, sino como vía exterior (...).

En conclusión, la parcela nº 1 no reúne el requisito establecido en el artículo 48.1.a) de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, al no tener acceso por vía pavimentada.

2º. En el caso de que no compute la vía como acceso rodado, tal falta ¿sería subsanable de incorporar el promotor, al proyecto de edificación, un proyecto de urbanización?

A priori no resulta viable subsanar el acceso con un proyecto de urbanización que diera como resultado un viario de sesión al Ayuntamiento, pues analizando la configuración de las parcelas resultantes de la segregación, no es posible la comunicación entre vías de dominio público, y en cualquier caso solo daría servicio a los usuarios de la instalación (...)».

5. En consecuencia, de la documentación obrante en el expediente se desprende el incumplimiento de requisito esencial, pues, para ostentar la condición de solares las superficies de suelo urbano aptas para la edificación deberán, entre otras, de estar dotadas del servicio de acceso por vía pavimentada, debiendo estar abiertas al uso público, en condiciones adecuadas, todas las vías que lo circunden. A estos efectos no merecen esa calificación ni las vías perimetrales de los núcleos urbanos, respecto de las superficies de suelo colindantes con sus márgenes exteriores, ni las vías de comunicación de los núcleos entre sí o las carreteras, salvo los tramos de

travesía y a partir del primer cruce de esta con calle propia de núcleo urbano, siguiendo el art. 48.1 a) LSENPC.

De lo anterior se deriva, de acuerdo con el informe técnico del servicio, aclarado en varios informes posteriores -el 11, 21 de febrero y 13 de mayo de 2019- y tal y como se observa en la documentación obrante en el expediente, que al existir una vía exterior la parcela carece de la condición de solar, sin que la precitada vía tenga la consideración de travesía. Recordamos a estos efectos que una travesía se identifica como aquella carretera que discurre por un núcleo urbano, según el art. 45, dos, de la Ley 9/1991, de 8 de mayo, de Carreteras de Canarias.

En síntesis, la ausencia de acceso por vía pavimentada a la estación de servicios -construida mediando previa licencia de obras cuya nulidad se pretende-, incumpliendo los requisitos tasados legalmente impide que la parcela ostente la condición de solar y, por tanto, no pueda ser edificable al carecer de tal derecho, previsto en el art. 55.1.c) LSENPC.

6. Con respecto a la nulidad en materia de licencias urbanísticas por incumplimiento de un requisito calificable de esencial, cabría citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2008 (recurso n.º 6.558/2005) -FJ 3º, último párrafo-, por la que se declara nulo el acuerdo municipal de concesión de una licencia de instalación de estación depuradora otorgada expresamente, por vulnerar el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP):

«(...) la obra es ilegal por haberse incumplido la distancia mínima de 2.000 metros al núcleo de población más próximo que determina el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre. Siendo esa la conclusión, el pronunciamiento que se hace en la sentencia es claro e inequívoco, y, lejos de contemplar o sugerir siquiera la retroacción del procedimiento en orden a una posible subsanación, la decisión que se adopta en la sentencia consiste en (...) declarar la nulidad de los acuerdos impugnados, la nulidad de las obras que se están realizando de instalación de la estación depuradora de Aranda de Duero, acordándose la reposición de los terrenos a su estado primitivo (...)».

También podemos traer a colación nuestro Dictamen núm. 254/2016, 5 de septiembre de 2016, en el que expresábamos:

«(...) la licencia está viciada de nulidad en atención a lo dispuesto en el art. 62.1.f) LRJAP-PAC, puesto que, tal y como señala la Propuesta de Resolución, la concesión de las

licencias que ahora se revisan se produjo en contra de las determinaciones del planeamiento y a pesar de los numerosos informes contrarios a dicho otorgamiento.

Por lo tanto, las resoluciones revisadas de oficio constituyen actos expresos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos de apertura y funcionamiento de la actividad de restaurante para las que se otorgaron las licencias, cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición, que son los establecidos en las normas del planeamiento vigentes en el momento del otorgamiento de las licencias.

(...) En el presente supuesto, el sometimiento de la apertura y funcionamiento del restaurante a las licencias, y de éstas, a su vez, a la ley, es el requisito más elemental y esencial requerido para el otorgamiento de aquéllas, lo que no ha ocurrido en este caso.

(...) el parámetro de legalidad que debe ser tomado en consideración es el existente en el momento de la concesión de la licencia, esto es, el PGOU de 1992, no el de 2011 (...).

A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, núm. 673/2007, de 29 de marzo de 2007, nos indicaba:

«(...) tampoco se permite que se adquieran facultades contrarias al ordenamiento jurídico urbanístico a través de un acto expreso.

Por eso en la legislación urbanística, tanto estatal como autonómica, se permite que la propia Administración urbanística actúe, incluso mediando una licencia, si ésta se considera ilegal o contraria a la ordenación urbanística. Simplemente debemos recordar el artículo 190 de la LOUA, antes citado. Porque igual que puede existir un acto administrativo que concede una licencia por silencio positivo que resulte contraria al ordenamiento jurídico, también puede suceder que una licencia expresa otorgue facultades que resulten contrarias al mismo ordenamiento jurídico urbanístico. Y la respuesta del legislador, en el caso de acto expreso, no es entender que no existe la licencia, sino instar la revisión de la misma. Si se identifica acto expreso con acto presunto, los efectos tienen que ser iguales, y la revisión, también.

La garantía de los intereses generales urbanísticos que fundamenta el artículo 242.6 de la Ley de Suelo no pierde intensidad con esta interpretación. En efecto, el artículo 62.f de la Ley 30/1992, configura un concreto motivo de nulidad radical para los casos de obtención por silencio de facultades contrarias al ordenamiento jurídico. De tal manera que la reforma operada por el legislador procedimental común tiene en el mismo texto legal una corrección técnica que conjuga la garantía de los intereses generales y la seguridad jurídica. El interesado entenderá que ha obtenido su solicitud por silencio positivo, por expreso deseo de legislador y por la falta de respuesta de la Administración a su petición, pero el interés general se ve defendido pudiendo la misma Administración instar la revisión de lo obtenido por silencio. Siendo una conducta obligada para la Administración revisar esta licencia adquirida por silencio una vez que tenga conocimiento de su existencia. Y en esa revisión

podrá invocar el artículo 242.6 de la Ley de Suelo en relación con el artículo 62.f de la Ley 30/1992.

Pretender que el artículo 242.6 de la Ley de Suelo, una vez que se ha promulgado la Ley 4/1999 con la redacción dada al art. 43 de la Ley 30/1992, exime a la Administración de su obligación de revisar la licencia obtenida por silencio positivo es primar dos veces a quien ha incumplido su obligación (...).

7. Asimismo, en este caso, hemos de llegar a la conclusión de que la entidad (...), adquirió un derecho a construir en una parcela que no reunía los requisitos esenciales para ello, como acaba de señalarse, pues se le otorgó una licencia de obras contraria a Derecho, incumpliendo un requisito esencial para su adquisición.

Por tanto, con independencia de las alegaciones restantes, esta causa es determinante para señalar que existe la causa de nulidad absoluta, prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, pues nos hallamos ante un resolución administrativa por la que se ha adquirido una facultad o derecho careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, por lo que procede estimar la revisión de oficio planteada.

8. Por lo demás, la empresa interesada alega que en este caso no procede la revisión de oficio de la citada licencia pues concurren los límites a la potestad revisora de la Administración establecidos en el art. 110 LPACAP.

Pues bien, coincidimos con la Propuesta de Resolución al señalar que no procede su estimación, al no darse ninguno de los límites a dicha revisión. Cabe recordar, como ha reiterado este Consejo Consultivo, a tal efecto, que estos límites debe interpretarse restrictivamente, a fin de impedir que se conviertan en «portillo de escape a las consecuencias de la nulidad» (STS de 23 de enero 2009 Y Dictamen del Consejo de Estado 245/2010, de 12 de mayo) lo que obliga a ponderar caso por caso su aplicación, siendo que en el presente caso, no cabe duda que no procede la aplicación de tales límites.

9. Para finalizar, señalar que la Propuesta de Resolución estima que no procede pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial que pudiera derivarse, coincidiendo en su razonamiento respecto a que podrá determinarse en otro procedimiento administrativo diferente en el que se dilucidaría tanto la procedencia como la cuantificación de la indemnización, en su caso, conforme a lo dispuesto en el art. 106.4 LPACAP.

Por las razones expuestas, en aras a la salvaguarda del principio fundamental de la seguridad jurídica, siendo la doctrina citada plenamente aplicable al presente

caso, se considera que en el presente supuesto en ningún caso concurre el límite a la revisión alegado por la entidad interesada.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la licencia otorgada a la entidad mercantil (...), mediante acuerdo Decreto de Alcaldía n.º 936/2018, de 26 de junio, para la ejecución de las obras consistentes en la construcción e instalación de estación de servicios.