



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 9 / 2 0 2 0

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 14 de octubre de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio Resolución núm. 44674, de fecha 14 de noviembre de 2018, de la Directora General de Edificación y Actividades, por la que se denegó a (...) la licencia para la legalización del Reformado del Proyecto de Reforma de vivienda pareada número 13, sita en la (...) (EXP. 353/2020 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 18 de agosto de 2020, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el 2 de septiembre de 2020, el Alcalde Accidental del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria (LPGC) interesa preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Canarias en relación con la Propuesta de Resolución (PR) del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución núm. 44674, de fecha 14 de noviembre de 2018, de la Directora General de Edificación y Actividades que denegó a (...) la licencia para la legalización del Reformado del Proyecto de Reforma de vivienda pareada número 13, sita en (...) de esa ciudad.

2. La legitimación del Alcalde para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad, 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 con el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que permite a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo, declarar de oficio la nulidad de los

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Además, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable (art. 106.1 LPACAP), es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si el dictamen no lo considera así.

3. Tal y como se manifestó con anterioridad, la ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos se contiene en el art. 106 LPACAP. Esta revisión de oficio procede contra actos nulos que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en este caso.

4. La tramitación de este procedimiento fue iniciada a instancia de parte interesada, tras haberse presentado solicitud de revisión de oficio el 20 de diciembre de 2019 por (...), por lo que el procedimiento no está sometido al plazo de caducidad de seis meses establecido en el art. 106.5 LPACAP.

5. La Resolución que se pretende revisar es un acto firme que ha puesto fin a la vía administrativa, por lo que puede ser objeto de revisión de oficio con base en lo establecido en el art. 106.1 LPACAP.

II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

1.- Mediante Resolución de la Directora General de Edificación y Actividades núm. 28478, de fecha 26 de septiembre de 2016, se concede a (...), licencia de Obra Mayor para reforma de la vivienda unifamiliar pareada núm. (...), situada en Las Palmas de Gran Canaria, (...).

2.- Con fecha 18 de julio de 2017 se presenta escrito por (...) solicitando título autorizador para el reformado del proyecto de reforma de vivienda unifamiliar pareada en parcela, ubicada en el complejo de varias viviendas en (...), consistiendo dicho reformado en ampliar la superficie construida a la mayor edificabilidad permitida, aportando el correspondiente proyecto redactado por (...).

3.- Por Resolución de la Directora General de Edificación y Actividades núm. 44674, de fecha 14 de noviembre de 2018, se le denegó la licencia solicitada, con fundamento en el informe técnico emitido con fecha 31 de julio de 2018 y en el informe jurídico emitido con fecha 29 de agosto de 2018, que estimaban la no

procedencia de lo solicitado por estar agotada la edificabilidad en dicha parcela, al considerar que el coeficiente de edificabilidad asignado a la parcela era el de 0,31 m²/m² y no el 0,46 m²/m² que fue un error de transcripción del Plan Parcial al Documento de aprobación de la adaptación plena del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de LPGC al Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias y a Las Directrices de Ordenación, aprobado el 12 de septiembre de 2012.

4.- El 8 de mayo de 2019 el interesado presenta escrito solicitando certificado de silencio producido, así como que se le entregue copia de todos los documentos relativos al expediente de licencia (explicando luego, en su escrito de revisión de oficio, que la licencia se debió entender concedida por silencio positivo al no contravenir la legalidad).

III

La tramitación del procedimiento de revisión de oficio se ha realizado adecuadamente, habiéndose evacuado los siguientes trámites:

- El 20 de diciembre de 2019 el interesado presenta solicitud de revisión de oficio de acto nulo de pleno derecho, *«por concurrir el supuesto del art. 47.1.e) LPACAP»*, al considerar que *«la resolución denegatoria de la solicitud de licencia urbanística municipal de legalización a la que se refiere la presente acción, está viciada de manifiesta nulidad radical y de pleno derecho, al suponer la revocación “de plano” del acto presunto de otorgamiento por silencio administrativo positivo de la licencia de legalización (...), habiéndose dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento formal y de los cauces legales y especialmente requeridos al efecto en los artículos 106 y 107 de la LPACAP»*.

- El 26 de diciembre de 2019 el interesado aporta documento subsanando lo presentado inicialmente por error.

- Con fecha 21 de julio de 2020, se emite informe por la Asesoría Jurídica-Coordinadora del Servicio de Edificación y Actividades, señalando:

«Vistos los antecedentes expuestos y revisando lo actuado se informa lo siguiente:

La resolución denegatoria de licencia de legalización que aquí nos ocupa, se fundamenta en los informes municipales que consideraban en ese momento agotada la edificabilidad de la parcela, toda vez que trae causa de un error material atribuido a la transcripción del parámetro de edificabilidad establecido en el artículo 5.13.28 - (...) para las Parcelas 23, 33,

y 36 de la norma Zonal E-25 del PGO, que en lugar de recoger el 0,31m²/m² pone 0,46m²/m², que supone aproximadamente un 50% más respecto de la edificabilidad autorizada con la licencia, y comparativamente la superficie construida que pide legalizar el interesado es de 29,74m² proporcionalmente insignificante frente a la totalidad de la edificabilidad que podría ejecutarse con este parámetro de 0,46m²/m² aplicado a toda la parcela y repartido equitativamente entre las 56 viviendas que la componen.

Entrando en el fondo de este asunto, se constata que la normativa del PGO/2012 publicada y en vigor, cuando se realizaron las obras de reforma y ampliación de la vivienda que se pretendían legalizar, como en el momento en el que se presentó la solicitud de licencia de legalización, como cuando se produjo el plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa sobre la misma, es la del parámetro publicado en el Boletín oficial de canarias núm. 158 de 12/12/2012 relativo a la ordenanza zonal E-25 de aplicación, esto es:

Artículo 5.13.28.- "E25. (...) -Parcelas 23,33 y 36", apartado 3, Condiciones de ocupación y edificabilidad: Letra b) Edificabilidad Residencial: Parcelas 23 y 36: 0.46 m²/m²".

Por consiguiente, el interesado considera que el vencimiento del plazo máximo establecido sin haberle sido notificada resolución expresa, le legitima para entenderla otorgada por silencio administrativo positivo, toda vez que lo solicitado no contraviene de manera manifiesta la legalidad urbanística vigente (artículo 345 de la LSENPC) y ni tan siquiera operaba la suspensión de licencia al tiempo de solicitarla (18/07/2017), ni al tiempo del vencimiento del plazo máximo para su resolución expresa, porque la aprobación inicial del documento de Modificación del PGO'12 relativa a sus Normas de Ordenación Pormenorizada, en las que aparece ya corregido el error, se produjo por acuerdo plenario de fecha 26 de octubre de 2018, y se publicó el 16 de noviembre de 2018, es decir, después de producido el silencio administrativo alegado de contrario, y ello es así teniendo en cuenta que el artículo 85 de la LSyENPC '17 referido a "Suspensión de la tramitación de instrumentos de ordenación y de licencias", establece en su apartado 3 lo siguiente:

3. No obstante lo anterior, el acuerdo de aprobación inicial de los instrumentos de ordenación determinará, por sí sólo, la suspensión del otorgamiento de las licencias señaladas en el apartado 2 en aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente, debiendo señalarse expresamente las áreas afectadas por la suspensión.

Hasta la fecha actual no se ha dictado resolución expresa de aprobación definitiva de dicho documento de Modificación. Por consiguiente, en la práctica sigue sin corregirse dicho error, aun cuando la vigente Ley del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias establece en su artículo 166 referido a los Límites a las potestades de modificación, lo siguiente:

Apartado 3. Las administraciones públicas competentes, de oficio o a instancia de los interesados, podrán rectificar, en cualquier momento, los errores materiales, de hecho o

aritméticos existentes en sus instrumentos de planeamiento, sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento de modificación. Tales rectificaciones deberán publicarse en el Boletín Oficial de Canarias.

A la vista de los datos fácticos que se acaban de exponer, puede entenderse que efectivamente operó la concesión de la licencia por silencio administrativo positivo, al haber justificado dicha ampliación en el proyecto presentado, por lo que la ulterior actuación de este Ayuntamiento denegando la licencia con un acto expreso, contravino la situación jurídica que devino consolidada al amparo del acto presunto originario.

A este respecto señala la Sentencia del T.S. de 5/05/2005 Ar. 2681 " (...) que el artículo 102.1 (hoy sería el 106.1 de la LPACAP) configura la revisión de oficio con un carácter excepcional, que únicamente debe ser utilizado cuando realmente se detecten vicios que hagan precisa la retirada del acto del mundo jurídico".

Desde el punto de vista formal, considera la que suscribe, que efectivamente es necesario iniciar el Procedimiento de Revisión de oficio que solicita el interesado respecto de la resolución que le denegó la licencia, toda vez que ha quedado claro que obtuvo la licencia de legalización por acto presunto y que al amparo del artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, referido a La Revisión de disposiciones y actos nulos, dispone:

1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado o órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

(...)

Si el acto denegó algo a lo que se tenía derecho, en este caso a una licencia, la Administración deberá anular el acto y reconocer ese derecho y, si es la Jurisdicción, además de anular la denegación, deberá condenar a la Administración a que dicte el acto, salvo que en el proceso no sea posible decidir si el interesado tiene o no tal derecho, en cuyo caso lo procedente es anular el acto denegatorio y condenar a la administración a decidir de nuevo sobre la pretensión del particular de conformidad con el Derecho.

En consecuencia con todo lo expuesto, y previamente a la elaboración de la Propuesta de Resolución, procede que por la Unidad de Soporte Técnico a este Servicio de Edificación y

Actividades, se emita nuevo informe técnico respecto al proyecto técnico presentado en su día para la legalización de la obra ejecutada».

- El 31 de julio de 2010 (*sic*, la PR por error señala dicha fecha cuando la fecha de emisión es 31 de julio de 2020) se emite nuevo informe técnico, en virtud de lo señalado por el informe jurídico, concluyendo que: «*A la vista de la normativa aplicable según informe jurídico, se concluye que lo proyectado se ajusta a las determinaciones de la Norma Zonal E-25 del PGO-2012 en vigor*».

- El 18 de agosto de 2020 se dicta Propuesta de Resolución, que es sometida a dictamen de este Consejo.

IV

1. La Propuesta de Resolución estima la solicitud de revisión de oficio instada por el interesado al entender que concurre causa de nulidad de la Resolución que se revisa más no identifica cuál es la causa que concurre.

2. Pues bien, no se comparte la argumentación que lleva a la Administración para estimar la solicitud de revisión de oficio instada por el interesado, para quien concurre la causa de nulidad del art. 47.1.e): «*actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido*», dado que si bien la resolución expresa se dictó tras la adquisición del derecho por silencio positivo, no se dictó aquella resolución prescindiendo del procedimiento establecido sino que se realizó extemporáneamente, lo que, como se analizará, llevó a contemplar como fundamento de la denegación una norma en la que se apreció un error que no había sido corregido al tiempo de adquirirse por silencio positivo el derecho, por lo que no debió perjudicar al interesado.

3. Para el análisis del supuesto concreto ante todo debemos recordar que, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, 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 graves y 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.

4. Sentado lo anterior, nos hallamos con que, en el presente caso, se ha invocado por quien insta la revisión de oficio como causa de nulidad la del art. 47.1.e) LPACAP, según la cual, como se ha señalado, son nulos los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

A tal efecto fundamenta el interesado su solicitud, en síntesis, que se dictó la Resolución denegatoria contraviniendo la obtención de la licencia solicitada por silencio administrativo.

Con respecto a la alegación relativa a la concurrencia de la causa de nulidad consistente en haberse dictado el acto prescindiendo total absolutamente del procedimiento legalmente establecido, debe decirse que, si bien la resolución denegatoria es extemporánea y contraria al silencio positivo, consta en el expediente que la misma se dictó tras haberse realizado todos los trámites procedimentales: tras la solicitud del interesado y su admisión a trámite, el enjuiciamiento previo del proyecto en los informes técnicos recabados, trámite de audiencia y resolución, todo lo cual concurre en el procedimiento tramitado.

Por tanto, no concurre tal causa de nulidad, como tampoco, entendemos, ninguna otra de las previstas en el art. 47.1 LPACAP, y en consecuencia, entendemos que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho al entender que procede la revisión de oficio y declaración de nulidad de la Resolución objeto de revisión de oficio.

5. Debemos referirnos, además, a otro aspecto que se desprende del expediente remitido y que se refiere a la calificación de la solicitud presentada por el interesado y que da origen al expediente de revisión de oficio en el que se dicta la Propuesta de Resolución sometida a dictamen de este Consejo Consultivo, dado que en realidad, la resolución denegatoria cuya revisión de oficio se pretende incurrió en vicio incardinable en los arts. 113 y 125.1.a) LPACAP, relativo al recurso extraordinario de revisión, que prevé la interposición del mismo contra actos que, al dictarse, hubieran incurrido en un error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

Por ello, en aplicación del principio *iura novit curia* en el ámbito del derecho administrativo, y a tenor de lo dispuesto en el art. 115.2 LPACAP «*El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*», la Administración debió calificar correctamente el recurso que interpuso el interesado,

toda vez que debe ser la Administración la que determine el cauce legalmente establecido para lograr el fin solicitado por el interesado y tramitarlo como tal recurso extraordinario de revisión basado en la causa señalada.

Así pues, en este caso, y analizando además, el informe jurídico recabado en el expediente, de fecha 21 de julio de 2020, tal debió ser el cauce de la solicitud presentada, puesto que en la resolución denegatoria de la licencia se ha producido un error de hecho manifiesto al entender la Administración, equivocadamente, que el coeficiente de edificabilidad aplicable era de 0,31 m²/m² cuando lo correcto era el establecido en el Plan Parcial vigente en el momento de la solicitud de licencia, esto es, del 0,46 m²/m².

Efectivamente, el informe jurídico señala:

«La resolución denegatoria de licencia de legalización que aquí nos ocupa, se fundamenta en los informes municipales que consideraban en ese momento agotada la edificabilidad de la parcela, toda vez que trae causa de un error material atribuido a la transcripción del parámetro de edificabilidad establecido en el artículo 5.13.28 - (...) para las Parcelas 23, 33, y 36 de la norma Zonal E-25 del PGO, que en lugar de recoger el 0,31m²/m² pone 0,46m²/m², que supone aproximadamente un 50% más respecto de la edificabilidad autorizada con la licencia, y comparativamente la superficie construida que pide legalizar el interesado es de 29,74m² proporcionalmente insignificante frente a la totalidad de la edificabilidad que podría ejecutarse con este parámetro de 0,46m²/m² aplicado a toda la parcela y repartido equitativamente entre las 56 viviendas que la componen.

Entrando en el fondo de este asunto, se constata que la normativa del PGO/2012 publicada y en vigor, cuando se realizaron las obras de reforma y ampliación de la vivienda que se pretendían legalizar, como en el momento en el que se presentó la solicitud de licencia de legalización, como cuando se produjo el plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa sobre la misma, es la del parámetro publicado en el Boletín oficial de canarias núm.158 de 12/12/2012 relativo a la ordenanza zonal E-25 de aplicación, esto es:

Artículo 5.13.28.- "E25. (...) -Parcelas 23,33 y 36", apartado 3, Condiciones de ocupación y edificabilidad: Letra b) Edificabilidad Residencial: Parcelas 23 y 36: 0.46 m²/m²".

(...)

Hasta la fecha actual no se ha dictado resolución expresa de aprobación definitiva de dicho documento de Modificación. Por consiguiente, en la práctica sigue sin corregirse dicho error».

Por tanto, se confirma en dicho informe que la resolución denegatoria de la licencia se fundó en un error en la normativa que se aplicó, puesto que el Plan Parcial, a diferencia del PGOU vigente en el momento de solicitud de licencia,

establecía un coeficiente de edificabilidad en la parcela del interesado de 0,46m²/m², y no de 0,31m²/m², y en cuya virtud, por otro lado, precisamente, el interesado entendió concedida su licencia por silencio positivo, al no contravenir la normativa aplicable.

En el informe técnico emitido el 31 de julio de 2020 se aclara que en la *«Modificación del Plan General de Ordenación de Las Palmas de Gran Canaria relativa a las Normas Urbanísticas de la Ordenación Pormenorizada»*, con aprobación inicial según Acuerdo de fecha 26 de octubre de 2018, publicado el 16 de noviembre del mismo año (BOP n.º 138), se había corregido el error en cuanto a la edificabilidad en esta parcela, volviéndose a limitar la edificabilidad a un máximo de 0,31 m²/m², pero que la solicitud de licencia del interesado se había presentado en el Ayuntamiento con fecha 18 de julio 2017, con bastante antelación a la mencionada aprobación inicial de la Modificación del PGO, y, por ende, vigente el «error», en virtud del que era aplicable la edificabilidad de 0,46 m²/m², por lo que debió haberse autorizado la solicitud presentada.

Ello conlleva a que, una vez detectado tal error, se concluya que el acto cuya revisión se solicita se dictó incurriendo en un error de hecho derivado de los documentos obrantes en el expediente, por lo que procede la revisión de la resolución recurrida, pero no en virtud de la revisión de oficio ex art. 47.1.e) LPACAP, como solicita el interesado, sino ex art. 125.1.a) LPACAP, siendo competencia de la Administración calificar adecuadamente el recurso, lo que no se ha hecho en el presente caso, sino a través del recurso extraordinario de revisión.

Por todo ello, entendemos que la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho. Esto sentado, en virtud de la previsión contenida Enel art. 51 LPACAP, a tenor del cual *«el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción»*; y dado que el es manifiesto el error en que ha incurrido la Resolución por la que se denegó la licencia, y además, ha sido asumido por la propia Administración, procedería dictar nueva Propuesta de Resolución que deberá, tras seguir los trámites oportunos, ser remitida a este Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo Dictamen.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho, al no concurrir la causa de nulidad invocada debiendo la Administración, con conservación de las actuaciones, emitir una nueva Propuesta de Resolución en los términos previstos en el Fundamento III de este Dictamen.