



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 527/2021

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 4 de noviembre de 2021.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Candelaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obra menor para la instalación de un toldo fijo en (...), otorgada a nombre de (...)* (EXP. 488/2021 RO)*.

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante oficio de 24 de septiembre de 2021 -con registro de entrada en este Organismo consultivo el 27 de septiembre siguiente- se solicita Dictamen con objeto de examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución de un procedimiento administrativo de revisión de oficio cuya finalidad es la declaración de nulidad de la licencia de obra menor concedida a (...), mediante Decreto de la Tenencia de Alcaldía 646/2017, de fecha 22 de marzo de 2017, para la instalación de un toldo fijo (expediente n.º 2016/4409), con la obligación de ajustarse a las condiciones establecidas en la licencia.

2. La legitimación de la Alcaldesa de Candelaria 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 (en adelante, LPACAP).

3. El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos, permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo Dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos

* Ponente: Sra. de León Marrero.

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.

En consecuencia, de conformidad con 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 es de tal sentido.

4. La Administración propone declarar nula de pleno derecho la licencia de obra menor para la instalación de un toldo fijo, otorgada a nombre de (...) «*por considerarse incurso en la causa de nulidad del art. 47.1.f) LPACAP, por encontrarse dicho acto expreso contrario al Plan General de Ordenación de Candelaria por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de requisitos esenciales para su adquisición*».

5. Consta acreditada la firmeza en vía administrativa de la Resolución cuya nulidad se pretende. Circunstancia que, por otra parte, no es negada por la propia Administración.

6. Por lo demás, cabe señalar que no ha transcurrido el plazo de seis meses desde que se inició el procedimiento de revisión de oficio (el 22 de junio de 2021), por lo que éste no ha incurrido en caducidad (art. 106.5 LPACAP)

II

En lo que se refiere a los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio, son los siguientes:

1.- Con fecha de 15 de septiembre de 2016, (...) solicitó licencia de obra menor para la instalación de un toldo fijo aprobado por la comunidad de vecinos, en (...) del municipio de Candelaria.

2.- Con fecha de 7 de marzo de 2017, por la Oficina Técnica municipal, se emitió informe técnico de obra menor, favorable a la citada licencia «*al no existir contradicción entre el vigente Plan General de Ordenación Urbana y la obra solicitada, condicionando su autorización a las condiciones generales y especiales de la Licencia*».

3.- Con fecha de 10 de marzo de 2017, se emitió informe jurídico favorable a la obtención de dicha licencia.

Tanto en uno como en otro informe, se establece, como régimen urbanístico de aplicación, el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) y específicamente el art. 5.5.19, denominado *Construcciones Auxiliares en la parcela*, cuyo punto 2 señala:

«2. Se entiende como Pérgolas o Porches toda construcción de estructura ligera (madera, metal, etc.) techada sin cerramientos laterales. Cumplirán las siguientes condiciones:

a. Las pérgolas o porches computarán edificabilidad al 50%. Se permitirán hasta un máximo de 30m.

b. Las pérgolas o porches, podrán adosarse a linderos laterales en un largo máximo de 6m, o situarse ocupando el jardín delantero con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela. En parcelas situadas ladera arriba podrán adosarse al muro del fondo de parcela invadiendo el retranqueo posterior.

c. Las cubiertas de pérgolas o porches podrán ser inclinadas o planas.

d. La altura máxima de las pérgolas o porches será de 2,50m. En ningún caso sus elementos constructivos superarán los 3m de altura.

e. Para los casos de construcciones auxiliares o pérgolas existentes con anterioridad a la entrada en vigor de este Plan, estas se permitirán siempre que cumplan las condiciones máximas de 3m de altura y 30m de superficie construida computable dentro de la edificabilidad asignada a la parcela».

4.- Mediante Decreto de la Tenencia de Alcaldía 646/2017 de 23 de marzo, se concede a (...), licencia de obra menor para instalación de un toldo fijo en la vivienda situada en (...) de la (...) del municipio de Candelaria.

5.- En fecha 1 de agosto de 2017, (...), vecino y propietario de un inmueble en la Comunidad (...) (vivienda 24), presenta oposición a la ejecución de la obra menor amparada por la licencia de obra menor concedida a la propietaria de la vivienda número 23, para la instalación de un toldo fijo.

El interesado manifiesta en su escrito que el toldo se ha instalado *«infringiendo la realidad de lo declarado para la concesión de la suscrita licencia, infringiendo la normativa del PGO y la propia acta de la Junta de Propietarios, por la que se concedía la instalación de un toldo, y no de una marquesina con elementos fijos, se procede en tiempo y forma, a presentar la consiguiente OPOSICIÓN a la suscrita ejecución que no se ha ceñido a la realidad de lo declarado ni a la legalidad vigente»*. Además, añade el interesado en su escrito, que *«el propietario de la vivienda 23 NI ha seguido el modelo de restos de toldos de la comunidad (...) NI ha procedido a ejecutar un toldo "para el uso de aparcamiento", tal y como establece la ley; NI ha cumplido con los criterios generales de metros de cerramiento de parcela establecidos en la ley (artículo 5.5.19 e)»*.

También señala que en fecha 1 de septiembre de 2016, presentó denuncia ante la Policía Local de Candelaria, manifestando que la denunciada estaba ejecutando la

obra sin «autorización de la Comunidad de Propietarios ni tampoco de la Concejalía de Urbanismo del Ayuntamiento de Candelaria».

6.- Con fecha 13 de marzo de 2018, se emite informe de inspección técnica de la licencia de Obra Menor concedida Exp. 2016/4409 del siguiente tenor:

«Habiéndose personado el técnico que suscribe el 14 de diciembre de 2017 en la mencionada obra, cita en (...), se pudo comprobar que en el momento de la visita se había ejecutado totalmente las obras de "Instalación de un Toldo fijo" tal y como se solicitaron en el Exp. de Obra Menor nº 2016/4409 de referencia.

Se pudo comprobar que el mismo no invade en ninguno de sus dos extremos el retranqueo de 1,00 m (se adjuntan fotografías del medidor laser con el que se realizó la comprobación, en las que se puede observar el punto de medición de las mismas), tal y como se indicaba en el informe antes citado».

Concluyendo el informe que: *«la obra ejecutada se ajusta a la licencia de obra concedida mediante el decreto nº 646/2017 de 22 de marzo de 2017 relativa al Expediente de Obra Menor nº 2016/4409».*

7.- En fecha 15 de marzo de 2018, se presenta recurso de alzada formulado por (...), contra acto desestimatorio presunto, por no haber sido contestadas sus alegaciones de 1 de agosto de 2017, con base en los siguientes argumentos:

«Primero.- INFRACCION DEL PGO DE CANDELARIA.

Que en fecha 15 de septiembre de 2017 se ha solicitado un requerimiento a la Administración de fincas de la Comunidad de propietarios (...), para que la vivienda 23 retire la instalación de una marquesina fija colocada en la parte frontal de jardín de la fachada de la vivienda. Cuando la normativa del PGO establece explícitamente que (artículo 5.5.15, punto e)) "solo se permite la ocupación de los jardines en los siguientes casos: se permite en las zonas de retranqueo -sobre rasante- con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela, ocupar los jardines laterales y delanteros con construcciones ligeras diáfanos tipo pérgola para el uso de aparcamiento.

Y la pérgola colocada no se ha colocado para uso de aparcamiento sino para jardín siendo que el cerramiento ocupado o cerramiento frontal de la parcela según el artículo 5.5.16 también incumple la normativa del PGO por cuanto se ha cerrado más de los 2,50 metros permitidos que se establece legalmente. (...)

Segundo.- INFRACCION DEL ACTA DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.

Que la junta de propietarios dio autorización por UNANIMIDAD (punto segundo) a la propuesta para la colocación de toldos en la Comunidad, guardando todos uniformidad en color textura forma y diseño; proponiéndose tal y como consta en acta, que lo ideal sería

seguir el modelo de toldo que tiene colocado en su vivienda, para así mantener la estética de la Comunidad. Aun así, la comunidad no tuvo presente la ilegalidad de su decisión unánime, en cuanto a la normativa pormenorizada del PGO. No siendo los actos propios pasados óbice al Ayuntamiento para legalizar una ejecución que a todas luces contradice la normativa sectorial de nuestro Ayuntamiento.

Empero por el propietario de la vivienda 23 NI ha seguido el modelo de restos de toldos de la comunidad; sino que ha procedido a la colocación de una marquesina fina, con estructura fija, sobre la que se sustenta el toldo, incumpliendo tanto lo aprobado en acta de la comunidad de propietarios como lo establecido en la ordenanza municipal y PGO; NI ha procedido a ejecutar un toldo "para el uso de aparcamiento", tal y como establece la ley; NI ha cumplido con los criterios generales de metros de cerramiento de parcelas establecidos en la ley (artículo 5.5.16)

Tercero.- PERJUICIO DIRECTO DE INTERESES

Que la colocación de una estructura fija por parte del propietario de la vivienda 23, perjudica directamente mis derechos por cuanto la pérgola de estructura fija se ha colocado a una altura de mi venta (sic) de un metro treinta aproximadamente, con el consiguiente riesgo de fácil acceso a mi vivienda por la estructura fija del propietario vivienda 23, por lo que veo menoscabados directamente mis derechos; además de incumplir manifiestamente la normativa. (...)

Cuarto.- ILEGALIDAD Y NULIDAD DE LICENCIA OTORGADA. ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO (ARTICULO 47 LPA 2015): LOS QUE LESIONEN DERECHOS Y LIBERTADES SUSCEPTIBLES DE AMPARO CONSTITUCIONAL y LOS QUE TENGAN UN CONTENIDO IMPOSIBLE

Que la licencia de obras menores (expediente 2016004409) que se otorgo a la propietaria de la vivienda 23 fue una licencia de "instalación de un toldo fijo aprobado por la Comunidad de vecinos"; A TODAS LUCES ILEGAL EN CUANTO A LA NORMATIVA SECTORIAL DEL PGO POR CUANTO SOLO SE PERMITE LA OCUPACION DE JARDINES EN LAS ZONAS DE RETRANQUEO SOBRE RASANTE PARA EL USO DE APARCAMIENTO; sin embargo ni se ha instalado un toldo fijo de acuerdo al resto de toldos de la comunidad; ni se cumple la normativa del PGO de Candelaria, por cuanto la instalación ha sido una pérgola fija o una estructura fija, que no cumple ni los metros ni la finalidad de aparcamiento legalmente establecida».

Concluye con solicitud de:

«Por lo expuesto,

SOLICITO AL AYUNTAMIENTO: que tenga por presentado el presente escrito junto con sus copias y acuerde orden de demolición de marquesina ejecutada por concesión de licencia de obras menores en fecha 23 de marzo de 2017 por (...) en su expediente 20160004409; al ser ilegal su ejecución, dado que no se ha ejecutado la instalación de un toldo fijo, sino de una

marquesina o estructura fija con un ángulo de 6 cm en el frente de la fachada; que no cumple ni la finalidad de aparcamiento ni los criterios de cerramientos de parcela».

8.- Con fecha 31 de julio de 2018, (...) presenta nuevo escrito en el que expone:

«Que quien suscribe ha formulado recursos administrativos frente al Decreto del Concejal de Urbanismo de fecha 22 de marzo de 2017 por el que se concedió licencia de obra menor para la instalación de un toldo fijo en (...), colindante con mi vivienda. Tales recursos no han sido resueltos por el Ayuntamiento de Candelaria a pesar del tiempo transcurrido, concretamente el primero de ellos hace un año, incumpliendo la citada Administración, por tanto, el deber de resolver expresamente los recursos administrativos.

Por último, examinado el expediente administrativo se comprueba que el informe técnico de fecha 7 de marzo de 2017 considera que es de aplicación el art. 5.5.19 de la Normativa de Ordenación Pormenorizada del PGO de Candelaria, sin embargo, analizado el citado informe se comprueba que nada dice, en la solicitud de licencia de obra menor sobre el cumplimiento o incumplimiento de la letra b) del citado artículo que señala: "las pérgolas o porches, podrán adosarse a linderos laterales en un largo máximo de 6 metros, o situarse ocupando el jardín delantero con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela. En aceras situadas ladera arriba podrán adosarse al muro del fondo de parcela invadiendo el retranqueo posterior.

Dado que no es posible la entrada de vehículos en el jardín delantero, intereso se complete el informe requiriendo al técnico para que amplíe el citado informe, aclarando si a su parecer técnico, la solicitud de la referida de licencia de obra menor se adecua a lo previsto en la letra b del art. 5.5 19 de la NOP».

Concluye su escrito solicitando informe técnico complementario sobre la licencia de obra menor y su cumplimiento en relación con el art. 5.5.19 b) del PGO de Candelaria, que señala: *«las pérgolas o porches, podrán adosarse a linderos laterales en un largo máximo de 6 metros, o situarse ocupando el jardín delantero con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela (...)».* Dado que no es posible la entrada de vehículos en el jardín delantero».

9.- Con fecha 5 de octubre de 2018, se emite informe técnico que ratifica el informe de inspección técnica favorable a la citada licencia de obra exp n.º 2017/3641 de fecha 13 de marzo de 2018.

10.- En fecha 8 de octubre de 2018, se emite informe jurídico que indica: *«la obra fue ejecutada con licencia de obra menor tramitada en el expediente 2016/4409, siguiendo el procedimiento establecido para las licencias de obra menor, contando con autorización de la comunidad de propietarios, así como con los informes técnicos y jurídicos favorables, concediéndose por Decreto número 646/2017 de fecha 22/03/17 la licencia solicitada».*

Concretamente, en el apartado referido al informe técnico, señala el informe jurídico que: *«Una vez comprobada toda la documentación obrante en el expediente, se constata que la licencia de obra menor solicitada es para la instalación de un toldo fijo, aprobado en comunidad de vecinos. En cuanto a las dimensiones del toldo en la solicitud se indica que con esas medidas el toldo que se va a instalar no invade el retranqueo delantero de 3,00 m., así mismo se aporta en la misma la ubicación y medidas de los otros toldos fijos instalados en la comunidad, que como se observa en aquellos ubicados en el frente de la parcela tampoco invaden el jardín delantero».*

El informe jurídico se funda nuevamente en el apartado 2 del art. 5.5.19 PGOU, para señalar que *«de la normativa pormenorizada del vigente P.G.O.U., y al tratarse de un toldo fijo por lo que se podrá entender como una estructura ligera techada sin cerramientos laterales (como se indica en el punto 2 antes citado).*

Según los datos catastrales la parcela en la que se ubica la comunidad de vecinos tiene una superficie de 4.069'00 m², en los cuales existen tres edificaciones de dos plantas de altura teniendo cada una de ellas 310'00 m² por planta (1.860,00 m² totales construidos sobre rasante)

La edificabilidad máxima de la zona es de 0,50, y la superficie construida de la parcela sería, según la documentación presentada, de los 1.860,00 + (50% de las pérgolas existentes) 34,83 = 1.894,83 m², la edificabilidad en que se incrementaría la parcela con las dimensiones de la pérgola solicitada (6,00x3,85 m) sería de 11,55 m² que sumada a la existente (1.906,38 m²) seguiría siendo inferior a la máxima que podría tener la parcela (2.034,00 m²) .

Dicha intervención se encuentra dentro de las consideradas como obra menor, dado que su finalidad es la de mantener las condiciones de salubridad y ornato de la edificación, sin intervenir en la estructura ni en la morfología de la edificación».

El informe jurídico recuerda que se emitió informe favorable a la solicitud de Licencia de obra menor *«al no existir contradicción entre el vigente PGOU y la obra, condicionando su autorización a las condiciones generales y especiales de la Licencia».* Y que constan en el expediente de licencia los informes técnicos, en los cuales se dice que la mencionada licencia se ajusta a la legalidad, siendo las licencias de obra, actos administrativos que se dictan teniendo en cuenta las prescripciones de la legislación urbanística y de los Planes, Normas y Ordenanzas municipales, sin que quepa valorar y considerar derechos de naturaleza civil.

También se informa que el acto de concesión de una licencia municipal de construcción es una actividad eminentemente reglada, se comprueba que la actuación del particular se ajusta a las disposiciones en los aspectos urbanísticos, higiénico y ornamental (...) y que es a estas disposiciones a las que los técnicos habrán de ajustarse para informar favorable o desfavorablemente una licencia.

En consecuencia, la Propuesta de Resolución desestima el recurso de alzada presentado por el interesado al considerar que no procede la incoación del expediente de revisión de la licencia concedida por Decreto 646/2017, al haberse emitido informes técnicos que reiteran la legalidad de dicha obra.

11.- Con fecha de 17 de diciembre de 2018, se emite informe por el Secretario General del Ayuntamiento de Candelaria en el que, tras exponer la sucesión de hechos acaecidos -tanto las denuncias y recursos como los correspondientes informes técnicos y jurídicos- concluye:

«Por todo lo expuesto y dada la contundencia de los argumentos del recurso formulado por el interesado que ponen en tela de juicio los informes técnicos y jurídicos descritos y en consecuencia el Decreto objeto de impugnación, se solicita que por Arquitecto Técnico de la Oficina Técnica (...) y (...), que emite (sic) informe técnico al respecto sobre la licencia otorgada cumple o no el PGO de Candelaria teniendo en cuenta que el art. 5.5 15 punto e) del Plan General establece sólo se permite la ocupación de los jardines en los siguientes casos: se permite en las zonas de retranqueo -sobre rasante- con vistas a facilitar la inserción de los vehículos de la parcela, ocupar los jardines laterales y delanteros con construcciones ilegales diáfanos tipo pérgola, para el uso de aparcamiento» y en el presente caso no se ha usado para el fin permitido por el PGO: aparcamiento».

12.- La solicitud del Secretario del Ayuntamiento es atendida con fecha 19 de diciembre de 2018, emitiéndose nuevo informe técnico, que señala que *«la licencia concedida para la instalación de un toldo fijo mediante Decreto de la Tenencia de Alcaldía número 646/2017, de fecha 22-03-2017 del expediente de obras nº 2016/4409, NO CUMPLE con lo establecido en la Normativa Pormenorizada del P.G.O.U. del Ayuntamiento de Candelaria, dado que el uso al que se destina el citado toldo no es para aparcamiento de vehículo alguno».*

El citado informe técnico funda su conclusión en que la licencia otorgada incumple los arts. 5.5 10, 5.5 15 y 5.5 19 del PGOU.

13.- En fecha 26 de diciembre de 2018, se concede trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento. Tanto el interesado denunciante, como la nueva propietaria de la vivienda (por subrogación debidamente acreditada (...)), presentan escritos de alegaciones. El primero se ratifica en sus alegaciones anteriores, y la

segunda alega el principio de confianza legítima con respecto al actuar administrativo oponiéndose a la nulidad de la licencia, además plantea la recusación del técnico que indica que la licencia no cumple con la normativa establecida, y, finalmente, en caso de que prosperara el recurso planteado, solicita la indemnización correspondiente por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

14.- Por Decreto n.º 2019/1307 de fecha de 24/04/2019, se resuelve desestimar el incidente de recusación y la continuación del procedimiento.

15.- En fecha 5 de diciembre de 2019, y a instancias de la Concejala de Urbanismo, se emite informe de la Arquitecta técnica municipal (...), que, señala:

«Una vez visto el Decreto 646/2017 de fecha 22 de marzo de 2017, por el que concede licencia de obra menor para la instalación de un toldo fijo sito en (...), y una vez analizado el informe técnico emitido con fecha 7 de marzo de 2017 incluido en el expediente en el que se concluye que: " (...) En base a todo lo anteriormente expuesto, se emite Informe FAVORABLE a la presente solicitud de Licencia de Obra Menor, al no existir contradicción entre el vigente Plan General de Ordenación Urbana y la obra solicitada, condicionando su actuación a las condiciones generales y especiales de la licencia.

La intervención solicitada en el mencionado expediente, consistente en la instalación de toldo CUMPLE con los Parámetros establecidos en la Normativa pormenorizada del Plan General de Ordenación. Capítulo 5 Normativa Aplicable a la Edificación aislada en (...).».

16.- Con fecha de 24 de mayo de 2021, por la Técnico de Administración General, con conformidad del Secretario General, se propone incoar procedimiento de revisión de oficio de la licencia de obra menor.

La propuesta se funda en que *«dado que el toldo fijo, cuya licencia es objeto de revisión, no se destina, como dispone el Plan General de Ordenación de Candelaria, para el uso de aparcamiento ni para la inserción de vehículos en la parcela, no se debe permitir su instalación».*

III

1. En cuanto a la tramitación del expediente administrativo de revisión de oficio, en fecha 22 de junio de 2021, consta Decreto 2021-1743 de la Alcaldesa, mediante el que se resuelve incoar el procedimiento de revisión de oficio con base en que el Decreto n.º 646/2017 de 22 de marzo de 2017, se considera incurso en la causa de nulidad del art. 47.1 f) LPACAP, por ser dicho acto expreso contrario al Plan General

de Ordenación de Candelaria (PGOC) adquiriendo facultades o derechos cuando se carece de requisitos esenciales para su adquisición.

2. Mediante el mismo Decreto se resuelve, asimismo, notificar a los interesados el inicio del procedimiento al efecto de que presenten las alegaciones, documentos y justificaciones que estimen pertinentes en su defensa en el plazo de 15 días (art. 82.2 LPACAP).

(...) presenta escrito de alegaciones manifestando, entre otras cuestiones que:

« (...) El decreto se basa en el informe jurídico con propuesta de resolución elaborado por técnica municipal y conformado por el Secretario deja claramente expresado que la licencia municipal concedida en su día por el Ayuntamiento de Candelaria (expediente 2016/4409- expediente gestión nº 1411/2019) para la instalación de un toldo fijo en (...), contravino el PGO vigente, dado que el toldo fijo autorizado por aquella licencia no se destina a uso de aparcamiento ni para la inserción de vehículo en la parcela (...).

En el caso que nos ocupa se trata un acto expreso (licencia urbanística) que otorga derecho el derecho de instalación, siendo este acto autorizador contrario al ordenamiento jurídico (PGO de Candelaria), careciendo, por tanto, de los requisitos esenciales para adquirirlo (...). ».

3. En fecha 9 de septiembre de 2021, se emite el informe-Propuesta de Resolución, que, como ya se ha mencionado, declara la nulidad de la licencia de obra menor concedida al entenderse incluida en el supuesto recogido en el art. 47.1.f) LPACAP, con base en que el toldo fijo no se destina para aparcamiento ni para la inserción de los vehículos en la parcela, por lo que se considera que no se debe permitir su instalación. Todo ello, siguiendo el informe técnico emitido con fecha 19 de diciembre de 2018, en relación con los arts. 5.5.10, 5.5.15 y 5.5.19 del PGOC, que indican:

«Art. 5.5.10. Retranqueos.

5. Se permite ocupar -sobre rasante- los retranqueos lateral y delantero con aparcamiento bajo pérgola diáfana con vistas a facilitar la inserción del vehículo en la parcela. Se cumplirán las condiciones establecidas para construcciones auxiliares.

Art. 5.5.15. Uso y Ocupación de los Jardines. (Ver Gráfico)

1. No se permitirá otro uso ni ocupación que el estricto de jardín, no pudiendo ser ocupado por construcciones permanentes, instalaciones, etc.; ni siquiera en el subsuelo, salvo los casos permitidos en el punto siguiente.

2. Se permitirá la ocupación de los jardines en los siguientes casos:

e. Se permite en las zonas de retranqueo -sobre rasante-, con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela, ocupar los jardines laterales y delantero con construcciones ligeras diáfanas tipo pérgola, para el uso de aparcamiento, deberán cumplir las condiciones establecidas para construcciones auxiliares.

Art. 5.5.19. Construcciones Auxiliares en la Parcela.

2. Se entiende como Pérgolas o Porches toda construcción de estructura ligera (madera, metal, etc.) techada sin cerramientos laterales. Cumplirán las siguientes condiciones:

b. Las pérgolas o porches, podrán adosarse a linderos laterales en un largo de 6m, o situarse ocupando el jardín delantero con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela. En parcelas situadas ladera arriba podrán adosarse al muro del fondo de parcela invadiendo el retranqueo posterior».

IV

1. Antes de entrar en el fondo del asunto, este Consejo Consultivo, ha de recordar su doctrina general acerca de la pertinencia de acudir a la vía de la revisión de oficio para la declaración de nulidad de la Administración de sus propios actos. De modo reiterado (por ejemplo, en su reciente Dictamen 299/2021, de 27 de mayo), viene señalando:

«1. Ha de advertirse con carácter previo al análisis de los motivos alegados, como tantas veces se ha señalado por este Consejo Consultivo en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la revisión de oficio supone el ejercicio de una facultad exorbitante por 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».

El Tribunal Supremo ha señalado en la Sentencia de 9 de diciembre de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), entre tantas otras, lo que a continuación se expone:

«La seguridad jurídica es un valor fundamental del ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista constitucional (artículo 9.3 de la C.E.) como desde el punto de vista legal (v.g. artículo 106 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), que, aunque referido a las facultades de revisión, expresa sin duda un valor general); se trata de un valor social, y no puramente individual, de forma que es la colectividad misma la que está involucrada en ella, y no sólo los intereses particulares; y los Jueces y Tribunales, que tienen encomendada la tutela judicial efectiva, también han de salvaguardar la seguridad jurídica a fin de que no se pongan en tela de juicio situaciones jurídicas consolidadas por el transcurso del tiempo, las cuales, en otro caso, podrían ser cuestionadas ad eternum; en la tensión

dialéctica entre tutela judicial y seguridad jurídica, los Jueces y Tribunales no pueden, como pretende la parte recurrente, atender sólo a la primera con olvido manifiesto de la seguridad.

En suma, no cualquier vicio jurídico permite acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ello solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva.

La declaración de nulidad, en consecuencia, ha de analizarse partiendo del carácter restrictivo de los motivos de nulidad, pues la revisión de oficio no es en modo alguno un cauce para decidir cuestiones que debieran haber sido resueltas por las vías de impugnación ordinarias. Esto es, la revisión de oficio es una vía excepcional que solo se puede utilizar cuando se den las causas tasadas previstas legalmente», doctrina aplicable a este supuesto.

2. En el presente supuesto, la concreta causa de nulidad aducida por la Administración, es la indicada en el art. 47.1.f) LPACAP (*Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*). La proyección sobre ella de la doctrina general antes trascrita también ha sido destacada de manera reiterada por este Consejo Consultivo, por ejemplo, en el Dictamen 299/2021, (si bien referido al art. 62.f) de la anterior Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pero perfectamente trasladable a la vigente LPACAP), del modo que a continuación se señala:

« (...) 7. En relación con la causa de nulidad legalmente invocada en segundo término y prevista por el apartado f) del art. 62 LRJAP-PAC, tampoco concurre propiamente en el presente supuesto dicha causa de nulidad de pleno derecho.

Ha de partirse de entrada del carácter restrictivo con que ha de interpretarse la concurrencia de esta concreta causa de nulidad, para evitar de otro modo que cualquier defecto de legalidad pueda cuestionarse por esta vía. Como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 2012 (RC 7113/2010):

“los supuestos de nulidad, y este en particular, han de ser objeto de interpretación restrictiva, para no convertir la revisión excepcional de actos firmes por nulidad en un debate ordinario de legalidad común, en contra de la finalidad y razón de ser de la figura. El precepto no puede interpretarse en el sentido de que cualquier percepción de un beneficio monetario cuando no se dan los requisitos legales para ello pueda devenir en acto nulo, pues en ese caso no habría práctica diferencia entre los actos radicalmente nulos y los anulables; debe ser interpretado en consonancia con el resto de supuestos, que prevén actos de

contenido imposible, constitutivos de delito, dictados con manifiesta incompetencia, esto es, vicios que afectan a carencias radicales y esenciales del acto. El precepto da respuesta a un supuesto de nulidad que no venía contemplado en la antigua Ley de Procedimiento de 1958 y que venía siendo reclamado por la doctrina, para dar cabida a casos no expresamente previstos en la antigua regulación pero de flagrante irregularidad en los que se otorgan nombramientos, concesiones, facultades de obrar, o se constituyen situaciones jurídicas, en ausencia de los más elementales elementos constitutivos de quien los recibe, tal como el reconocimiento a un menor de derechos que exigen la mayor edad, nombramiento para un cargo sin poseer el título correspondiente, etc.».

En otros términos, no basta aducir cualquier género de incumplimiento para que la revisión de oficio pueda prosperar al amparo de esta causa de nulidad de pleno derecho. No es suficiente que se haya desatendido la observancia de un requisito necesario para la adquisición de un derecho o de una facultad, ha de tratarse del incumplimiento de un verdadero requisito de carácter esencial.

3. Dados los estrechos cauces a los que se subordina el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio, entendemos que en el presente supuesto, no concurren los presupuestos legalmente indispensables para asegurar que su empleo se ajuste a Derecho en los términos pretendidos por la Administración.

Es patente, ciertamente, que la Administración concedió a la interesada una licencia de obra menor, pero sin embargo no se observa que la misma haya supuesto un quebranto a la legalidad urbanística en relación con los arts. 5.5.10, 5.5.15 y 5.5.19 PGOC, cuyo contenido normativo ya ha sido expuesto.

Los distintos informes técnicos obrantes en el expediente, elaborados en relación con este asunto, se han pronunciado favorablemente a la concesión de la licencia, indicando al respecto que la obra menor consistente en la instalación de un toldo fijo, cumplió con los parámetros normativos, siendo posible por ende tal construcción, pues las dimensiones del toldo no invaden el retranqueo delantero de 3,00 m; se aporta también en los informes la ubicación y medidas de los otros toldos fijos instalados en la comunidad, y se señala que la obra consistió en una estructura ligera techada sin cerramientos laterales, cumpliendo el máximo de 3 metros de altura y 30 m de superficie construida, situándose en el jardín delantero.

Dicha intervención se encuentra dentro de las consideradas como obra menor, dado que su finalidad es la de mantener las condiciones de salubridad y ornato de la edificación, sin intervenir en la estructura ni en la morfología de la edificación.

El informe jurídico, en el mismo sentido, indicó que era favorable a la solicitud de licencia de obra menor al no existir contradicción entre el vigente PGOC y la obra, condicionando su autorización a las condiciones generales y especiales de la licencia.

Cierto es que el informe elaborado por el técnico municipal en fecha 19 de diciembre de 2018, indicaba que la licencia no cumple con la normativa pormenorizada del PGOC porque el uso del toldo fijo al que lo destinaba la propietaria no era para el aparcamiento del vehículo.

Sin embargo, el informe técnico de 7 de marzo de 2017 (que se ratifica el 5 de octubre de 2018) que fue el que sirvió de base para la concesión de la licencia, determina que la licencia cuya nulidad se pretende es para la instalación de un toldo fijo aprobado en la comunidad de vecinos, y que como ya se indicó, la obra consistió en la instalación de un toldo cuyas medidas no invaden el retranqueo delantero de 3 metros, al igual que la ubicación y medidas que presentan los toldos fijos ya instalados en la comunidad y ubicados en el frente de la parcela que tampoco invaden el jardín delantero.

Llegados a este punto, no podemos ignorar que la licencia es un acto declarativo de derechos que devino firme y consentido, y que la obra consistente en la instalación del toldo se ha ejecutado conforme a la licencia otorgada, consistiendo el toldo fijo en una estructura ligera sin cerramientos laterales habiéndose mantenido las condiciones de salubridad y ornato de la edificación, sin intervenir en la estructura ni en la morfología de la edificación, cumpliéndose pues con la normativa pormenorizada del PGOC, tal y como han venido confirmando los distintos y sucesivos informes técnicos municipales mencionados, así como los informes jurídicos obrantes en el expediente, todos los cuales ratifican que la licencia cumple con la normativa aplicable siendo ésta conforme a derecho.

4. La Administración fundamenta la nulidad de la licencia que se pretende en que el toldo no se ha destinado al aparcamiento o inserción de vehículo. Sin embargo, de la lectura de los preceptos invocados, que son los mismos para el otorgamiento de la licencia que para su revisión, no es posible establecer sin ningún género de duda que ese aspecto sea determinante de la legalidad de la licencia concedida.

Así, mientras que el art. 5.5.15 del PGO establece en su apartado 2 e: *«Se permite en las zonas de retranqueo -sobre rasante-, con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela, ocupar los jardines laterales y delantero con construcciones ligeras diáfanos tipo pérgola, para el uso de aparcamiento», el apartado 2.19 del mismo art. 5.5*

considera que: «b. Las pérgolas o porches, podrán adosarse a linderos laterales en un largo de 6m, o situarse ocupando el jardín delantero con vistas a facilitar la inserción de los vehículos en la parcela. En parcelas situadas ladera arriba podrán adosarse al muro del fondo de parcela invadiendo el retranqueo posterior».

De la interpretación lógica de ambos preceptos, cabe deducir que las pérgolas o porches son permitidos por el PGOC para diferentes usos, no solo «con vistas a facilitar la inserción de vehículos en la parcela» expresión, por otra parte, que tampoco resulta muy aclaratoria, pues no se alcanza a entender en qué medida un toldo facilita la inserción de vehículos en una parcela. Contribuye a esta interpretación, el hecho de que no exista una prohibición expresa al establecimiento de toldos en el caso de que no haya puerta para la entrada de vehículos.

Por otra parte, frente a los reiterados informes técnicos o jurídicos que consideran, motivadamente, que la licencia de obra menor concedida se ajusta a las determinaciones del PGOC, el informe técnico de 19 de diciembre 2018, que es el único favorable a la nulidad de la licencia, se limita a señalar que «NO CUMPLE con lo establecido en la Normativa Pormenorizada del P.G.O.U. del Ayuntamiento de Candelaria, dado que el uso al que se destina el citado toldo no es para aparcamiento de vehículo alguno». Expresión que no resulta afortunada para avalar taxativamente la declaración de nulidad, ya que no se corresponde con ningún precepto del PGOC.

Llegados a este punto, manifestamos que no se aprecia una ilegalidad singular o, si se prefiere la expresión, una ilegalidad especialmente cualificada. Se trata ésta de una exigencia que se proyecta sobre todas y cada una de las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho que la Administración pretenda hacer valer en cada caso y, por tanto, en el que ahora nos ocupa, en que la Administración trata de reconducir la nulidad en el supuesto específicamente tipificado en el apartado f) del art. 47.1 LPACAP.

5. En definitiva, lo que inexorablemente sí requiere el legítimo recurso a la vía de la revisión de oficio, si se invoca la concreta causa de nulidad de pleno derecho tipificada por el art. 47.1.f) LPACAP, es la acreditación del incumplimiento de uno de los requisitos esenciales para la adquisición del derecho otorgado en cada caso. Lo importante, pues, es recalcar que los requisitos por cuyo incumplimiento la Administración queda habilitada para el ejercicio de su potestad de revisión de

oficio, sean subjetivos u objetivos, además de necesarios, en todo caso, han de tener carácter esencial. Y en ello sí se precisa ser especialmente riguroso.

Pues bien, así las cosas, entendemos, con base en los datos obrantes en el procedimiento que la expresada circunstancia «esencial» no concurre en el supuesto que venimos examinando, por lo que no procede la revisión de oficio de la licencia otorgada.

De las actuaciones practicadas en el curso del presente procedimiento, en efecto, cabe concluir que en el acto que se pretende revisar no se aprecia el incumplimiento de un requisito esencial, no se ha incurrido en ilegalidad suficientemente grave y ostensible, por lo que no es legítimo el recurso a la vía de la revisión de oficio.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo no es conforme a Derecho. Se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad pretendida, por lo que legalmente no es posible acordar la nulidad de la licencia de obra menor objeto del presente procedimiento de revisión, por los motivos indicados en el Fundamento IV de este Dictamen.