Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 26 de febrero de 2025.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución relativa al Recurso Extraordinario de Revisión que tiene por objeto la Resolución del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 8 de noviembre de 2022, por la que se otorgó a (...) licencia urbanística para la legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en la (...) -distrito Salud-La Salle-, con referencia catastral (...) (EXP. 39/2025 RR)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por oficio de 18 de enero de 2025 del Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife (con entrada en el Consejo Consultivo el 22 de enero de 2025), es la Propuesta de Resolución relativa al Recurso Extraordinario de Revisión que tiene por objeto la Resolución del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 8 de noviembre de 2022, por la que se otorgó a (...) -en adelante, (...)- licencia urbanística para la legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en la (...) -distrito Salud-La Salle-, con referencia catastral (...).

2. La legitimación del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife para solicitar el dictamen y la competencia del Consejo Consultivo 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 (LCCC), en relación el primer precepto citado con el art. 126.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). No obstante, sobre la

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

preceptividad de la solicitud de dictamen en el presente asunto [art. 11.1.D.b) LCCC], nos remitimos a lo que señalaremos más adelante.

3. En el análisis a efectuar resultan aplicables los arts. 125 y ss. LPACAP; la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP); la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y la Ley 7/2015, de 1 de abril, de municipios de Canarias (LMC).

4. De conformidad con lo dispuesto en el art. 125.1 LPACAP la competencia para resolver el recurso extraordinario de revisión corresponde al órgano que dictó el acto objeto de dicho recurso; en este caso, al Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife.

5. En cuanto a la concurrencia de los requisitos necesarios para que proceda la tramitación del recurso extraordinario de revisión, nos remitimos a las consideraciones que efectuaremos en el Fundamento IV del presente Dictamen.

II

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

- Con fecha 7 de octubre de 2020 por la entidad (...) se solicita a la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife licencia para la legalización de ampliación de la vivienda sita en la (...), de ese término municipal.

- Con fecha 30 de abril de 2021 se emite Acuerdo de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea en materia de Servidumbres Aeronáuticas mediante el cual se autoriza la ampliación de la vivienda unifamiliar sita en la (...) de Santa Cruz de Tenerife.

- Con fecha 25 de mayo de 2021 (...) presenta escrito ante la Gerencia de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife en el que solicita:

« (...) 2. Comparecer en el expediente de licencia de legalización 2020005474 toda vez que soy directamente afectada por dichas obras realizadas sin título habilitante, afectando a zonas compartidas.

3. copia de todos los documentos obrantes del expediente 2020005474 y, así mismo, solicito que se me dé traslado formalmente de todas las actuaciones que se lleven a cabo en dicho expediente».

- Con fecha 26 de mayo de 2021 por el Servicio de Licencias de la Gerencia Municipal de Urbanismo se emite un primer informe en el expediente de *«licencia*

urbanística de legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...). Distrito Suroeste», en el que entre otros extremos se expone lo siguiente:

« (...) 2.4 informe previo sobre la situación del inmueble.

A la vista de las obras de legalización pretendidas (aumento de volumen) y teniendo en cuenta los antecedentes que constan del edificio, se hace necesario evaluar si la configuración y el volumen completo del edificio difiere del proyecto original y desde que año han sido ejecutadas a los efectos de determinar las obras que se pueden realizar y/o legalizar.

Se evaluará también el uso al que está destinado el inmueble a los efectos de fijar cual debiera ser el alcance de la legalización.

Comparativa respecto la configuración y el volumen del edificio

Se plantearan las diferencias existentes y una vez se detecten se intentará evaluar desde que año se han realizado, de tal manera que todas aquellas que sean anteriores a mayo de 1999, les sería de aplicación la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/2017, y en consecuencia estarían en consolidación por lo que en aplicación del art. 160 se entienden que no han de ser legalizadas, mientras que aquellas que sean posteriores deberán de ser recogidas en el documento que nos ocupa para poder legalizar el volumen de la quinta planta.

(...)

De acuerdo con la documentación gráfica, las plantas que difieren del proyecto original y que no han sido incluidas en el proyecto que nos ocupa serían las plantas tercera y la planta cuarta.

Respecto al proyecto original la planta tercera, denominada planta de azotea no ocupaba toda la planta mientras que, conforme al alzado aportado ocupa la totalidad de la misma. No obstante, según los fotogramas aportados por la Infraestructura de Datos Espaciales de Canarias (IDE Canarias) Cartográfica de Canarias S.A. (GRAFCAN), de fecha: diciembre de 1989, se observa que la edificación ya contaba con la panta tercera, por lo que estaría en consolidación.

(...)

En cuanto a la planta cuarta se ha podido comprobar en el Street View y en los fotogramas aportados por la Infraestructura de Datos Espaciales de Canarias (IDE Canarias) Cartográfica de Canarias S.A. (GRAFCAN) lo siguiente:

(...)

Se observa que la citada planta no se encontraba con la misma configuración en el 2008, si bien en el 2011 ya aparece la cubrición de esa planta, por lo que, si bien podría estar

rescrita, la ampliación de volumen tanto hacía la fachada como en altura con la pretendida planta quinta, exige que se recoja, dentro de lo que es la legalización, la planta cuarta completa.

Con respecto al uso, ya el proyecto cita la existencia de una vivienda por planta por lo que se trataría de una edificación colectiva lo que pudiera implicar la aplicación de normativa diferente, por lo que se deberá acreditar desde que momento existe esta división, que en el caso de que no cuente con 4 años deberá legalizarse en el documento que nos ocupa.

Por otra parte, se hace constar que, además, se publicita como alojamiento turístico la vivienda situada en la planta cuarta con la remonta objeto de informe, de forma pública; se denomina cómo "Canary Loft Glorieta", circunstancia que se debe aclarar a la hora de la aplicación de la normativa

Por todo ello se concluye que se hace necesario, que a los efectos de proceder a realizar el informe técnico correspondiente de la legalización, se aclaren y se aporte la modificación de la documentación que proceda conforme a lo citado anteriormente».

- Con fecha 26 de mayo de 2021 se confiere a la entidad (...) un plazo de diez días a los efectos de subsanar las anomalías y acompañar la documentación que se detallaba en el informe del Servicio de Licencias de la misma fecha, de lo que es notificada con fecha 4 de junio de 2021.

- Con fecha 15 de septiembre de 2021 por el Servicio de Licencias se emite un segundo informe en el expediente de *«licencia urbanística de legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...). Distrito Suroeste»*, en el que entre otros extremos se expone lo siguiente:

« (...) Según los planos que constan en el Proyecto que sirvió de base a la referida licencia, el edificio ocupaba un solar de 130,09 m2, que da a dos calles, en la actualidad (...) y trasera hacia la calle (...), que constaba de 3 plantas destinadas a 2 viviendas triplex la última retranqueada respecto a la fachada de la calle (...) y una planta sótano, con el siguiente programa:

Planta sótano (superficie construida 143,11 m2): con acceso hacia la Calle (...) destinada a garajes. Planta baja (superficie construida 114,35 m2): jardín delantero, portal común y planta baja de las dos viviendas destinadas cada una de ellas a comedor hall, cocina y escalera interior de acceso.

Panta primera (superficie construida 114,35 m2): destinada a la planta primera de las dos viviendas destinada cada una de ellas a tres dormitorios, un aseo y escalera interior de acceso. En esta planta hay un patio común de las dos viviendas.

Panta segunda (superficie construida 94,31 m2): destinada a la planta segunda de las dos viviendas destinada una de ellas a dos dormitorios, un estar, un baño y escalera interior de acceso y la otra a dormitorio, aseo, solana y terraza con escalera exterior de acceso a la cubierta privativa

Planta de azotea (superficie construida de 20,65 m2) destinada a escalera interior de acceso, trastero, aseo y terraza con escalera exterior de acceso a la cubierta privativa

(...)

2.4 informe previo sobre la situación del inmueble.

A la vista de los nuevos antecedentes aportados por el Archivo Municipal, se realiza una nueva evaluación sobre si la configuración y el volumen completo del edificio difiere del proyecto original y desde que año han sido ejecutadas a los efectos de determinar las obras que se pueden realizar y/o legalizar.

Respecto al uso se mantiene lo citado en el informe técnico anterior, emitido con fecha 26 de mayo de 2021.

Comparativa respecto la configuración y el volumen del edificio

Se plantearan las diferencias existentes con los nuevos antecedentes y una vez se detecten se intentará evaluar desde que año se han realizado, de tal manera que todas aquellas que sean anteriores a mayo de 1999, les sería de aplicación la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/2017, y en consecuencia estarían en consolidación por lo que en aplicación del art. 160 se entienden que no han de ser legalizadas, mientras que aquellas que sean posteriores deberán de ser recogidas en el documento que nos ocupa para poder legalizar el volumen de la quinta planta.

(...)

De acuerdo con la documentación gráfica, la planta que difiere del proyecto original y que no ha sido incluida en el proyecto que nos ocupa sería la planta cuarta por lo que se mantiene la conclusión del informe técnico anterior emitido con fecha 26 de mayo de 2021, en cuanto que la ampliación de volumen tanto hacía la fachada como en altura con la pretendida planta quinta, exige que se recoja, dentro de lo que es la legalización, la planta cuarta completa».

- Con fecha 17 de septiembre de 2021 por la entidad (...) se aporta escrito aclaratorio con documentación adjunta, a los efectos de subsanar anomalías.

- Con fecha 18 de octubre de 2021 por el Servicio de Licencias se emite un tercer informe de carácter desfavorable en el expediente de *«licencia urbanística de*

legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...). Distrito Suroeste», en el que entre otros extremos se expone lo siguiente:

« (...) Respecto al punto primero:

PRIMERO: que en el proyecto de legalización presentado se recoge la legalización de la cuarta planta y la quinta planta, que constituyen una única vivienda.

Cabe citar que en el punto 1.3 DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA EDIFICACIÓN A LEGALIZAR de la memoria del expediente de legalización aportado, se cita expresamente lo siguiente:

Según se observa en las fotos del vuelo de Grafcan así como en fotos aportadas por la propiedad la ampliación efectuada en un primer nivel se corresponde a un salón-cocina que estaba cubierto por un panel sándwich apoyado simplemente en una carpintería de aluminio. Estructura poco estable. La ampliación efectuada deriva de usar la fachada como apoyo a la introducción de una estructura metálica y forjado realizado con chapa colaborante. Ampliándose una media de 30 cm a lo largo de la fachada. Cubierta que se convierte en terraza en la planta superior. Donde también se ha edificado un estar con baño.

Donde no se reconoce que la legalización sea de la planta cuarta completa. A ello se le añade la relación de superficies que aparece en la memoria y que en todo caso no contempla toda la citada planta.

Superficie construida ampliada: m2

Aumento en:
Salón comedor cocina:3.77 m2

Ampliación estar:21.89 m2

Superficies total:25.66 m2

Superficie construida a legalizar: m2

Salón comedor cocina:21.80 m2

Ampliación estar:21.89 m2

Superficies total:43.69 m2

Así mismo del PLANO 5: SECCIÓN AA se desprende que el objeto de la legalización coincide con el texto, si bien es cierto que se aportan planos de instalaciones de toda la planta. Se adjunta extracto del citado plano.

Por todo ello y con el fin de evitar posibles errores, se deberá definir claramente el objeto del expediente de legalización, lo que implicaría una aclaración/corrección tanto en la memoria como en la documentación gráfica y en la posible repercusión en el presupuesto de la legalización completa de la planta cuarta.

en cuanto al punto segundo

SEGUNDO: Con respecto al uso, aclaramos que, en el momento de la compra de la edificación, ésta ya estaba estructurada con un local en planta baja y una vivienda por planta con sus contadores correspondientes, en las tres plantas restantes, según se desprende del informe previo a la compra de la edificación realizado por (...).

Nos consta que esta estructura de local y 3 plantas de viviendas venía siendo usada con esta configuración desde hace mucho más de 4 años. Estamos a la espera de que la entidad suministradora (…), nos pase recibos o fecha de la instalación de los contadores colocados en su día. Se aporta solicitud y reiteración de dicha solicitud.

Así mismo se aporta e-mail enviado a la inmobiliaria por (...), el 6 de abril de 2017 en el que se adjunta informe de descripción del edificio con fotos de las correspondientes viviendas.

Se adjunta también imagen de carpeta con las fotos con sus correspondientes fechas de realización.

El técnico que suscribe, salvo mejor parecer jurídico, considera que no será en el ámbito del expediente de legalización que nos ocupa, el reconocimiento de un uso consolidado conforme se establece en el art. 361 de la Ley (4/2017) del suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. En todo caso podría caber la justificación de las condiciones técnicas de seguridad, habitabilidad y salubridad de la edificación, para que dicho uso consolidado pueda ser mantenido.

Respecto al punto tercero

TERCERO: Por último, tenemos que aclarar también que (...) tiene arrendado el edificio que nos ocupa a (...) que es quien está explotando la propiedad y la que publicita la misma como alojamiento turístico.

Será objeto de análisis por parte del técnico jurídico. Destacar que en el punto 1.54 del Anexo II del Decreto 117/2006 de 1 de agosto, por el que se regulan las condiciones de habitabilidad de las viviendas y el procedimiento para la obtención de la cédula de habitabilidad se cita expresamente que en conjuntos edificatorios con viviendas las zonas comunes de entrada a éstas y a sus zonas comunes exclusivas estarán funcionalmente independizadas de las que estén compartidas con otros usos existentes en los mismos, circunstancia que podría resultar relevante en el expediente que nos ocupa».

- Con fecha 20 de enero de 2022 por el Servicio de Licencias de la Gerencia Municipal de Urbanismo se emite Diligencia mediante la cual se añade al informe técnico de 18 de octubre de 2021 una nueva consideración jurídica en la que se concluye lo siguiente:

«Por lo expuesto, para el inmueble que nos ocupa se deberá acreditar a priori la independencia funcional de zonas comunes con la vivienda colindante antes de destinarla a viviendas vacacionales».

- Con fecha 21 de enero de 2022, de conformidad con el art. 342.5 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, y con el art. 82 LPACAP, se confiere a la entidad (...) un trámite de audiencia por plazo de quince días a los efectos de que se ratifique o desista de su solicitud o bien solicite una estimación condicionada de la licencia, de lo que es notificada con fecha 26 de enero de 2022.

- Con fecha 22 de febrero de 2022 se pone en conocimiento de (...) que con fecha 18 de octubre de 2021 se ha emitido informe desfavorable respecto de la licencia de legalización para la ejecución de obras de ampliación de vivienda en la (...).

- Con fecha 27 de junio de 2022 por la entidad (...) se aporta nueva documentación a los efectos de que se tenga por corregida la solicitud de licencia de legalización para la ejecución de obras de ampliación de vivienda en la (...).

- Con fecha 2 de noviembre de 2022 por el Servicio de Licencias se emite un cuarto informe de carácter favorable en el expediente de *«licencia urbanística de legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...). Distrito Suroeste»,* en el que entre otros extremos se expone lo siguiente:

« (...) Pasado nuevamente el expediente de referencia aportando el interesado nueva documentación el 27 de junio de 2022, consistente en proyecto modificado de legalización de vivienda en plantas tercera y cuarta visado por el COAC el 21 de junio de 2022 con el nº 98285 redactado por (...) cuyo representante es (...) col. 2958 (Arquitecto), en contestación al informe técnico emitido con fecha 18 de octubre de 2021, se informa lo siguiente:

Se aclara y corrige en el nuevo expediente de legalización aportado tanto en la memoria como en la documentación gráfica que el objeto de la legalización es la vivienda situada en la planta tercera y cuarta.

La vivienda a legalizar cumple con la normativa urbanística que le es de aplicación, con las Ordenanzas de la Edificación de 2017.

Respecto a las condiciones de habitabilidad (Decreto 117/2006, de 1 de agosto), se aporta ficha justificativa del cumplimiento de las Condiciones de Habitabilidad conforme a lo dispuesto en los apartados 1.41 y 1.42 del Anexo I del Decreto 11/2006, y plano de planta donde se justifica gráficamente y de acuerdo con la ocupación de la vivienda que nos ocupa lo dispuesto en los apartados 1.41 y 1.42 del Anexo I, los equipamientos mínimos;

dimensiones, accesibilidad y movilidad, establecidos en la Tabla 3 para cocinas, cuartos higiénicos y piezas de servicios.

Con respecto al cumplimiento Código Técnico de la Edificación (CTE) el expediente de legalización contiene la documentación y especificaciones de acuerdo al artículo 6 y anejo I del Código Técnico de la Edificación RD 314/2006 todo ello referido únicamente a la vivienda que nos ocupa.

2.1 CONCLUSIONES

Las obras se encuentran incluidas en la zona afectada por Servidumbres Aeronáuticas, contando con el acuerdo favorable de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) de fecha 30 de abril de 2021.

Se recuerda lo indicado en el informe técnico emitido con fecha 18 de octubre de 2021, respecto al uso de toda la edificación (residencia colectiva), donde se indicaba que, (...) (...) salvo mejor parecer jurídico, considera que no será en el ámbito del expediente de legalización que nos ocupa, el reconocimiento de un uso consolidado conforme se establece en el art. 361 de la Ley (4/2017) del suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias.

Por todo lo expuesto se concluye que el expediente de legalización de "VIVIENDA EN PLANTA TERCERA Y CUARTA" resulta FAVORABLE con las normas de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanísticos aplicables, sin perjuicio del resto de informes, autorizaciones y trámites que sean procedentes con arreglo a la legislación sectorial aplicable.

Se hace constar que el expediente que nos ocupa da solución en parte de lo exigido en el ámbito del expediente 2019006383 de actuaciones previas».

- Mediante Resolución de fecha 8 de noviembre de 2022 del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, se resuelve:

«PRIMERO.- Otorgar a (...), CIF (...), LICENCIA URBANÍSTICA para legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...), distrito Salud-La Salle, de esta localidad, referencia catastral (...), con sujeción a la normativa aplicable, al proyecto técnico de (...), visado por el COAC con número 098285, el 10 de junio de 2020 y modificación posterior de fecha 21 de junio de 2022 con mismo número de visado, a la autorización de AESA, a los informes técnicos municipales emitidos y a las siguientes condiciones:

a) El objeto de la legalización es la vivienda situada en la planta tercera y cuarta de la citada edificación.

(...) ».

Esta Resolución fue notificada a (...) el día 10 de noviembre de 2022.

- Con fecha 10 de noviembre de 2022 por (...) se presenta escrito ante la Gerencia Municipal de Urbanismo en el que manifiesta *«en referencia a la legalización recién concedida hoy día 10 de noviembre de 2022, me gustaría hacer constar que me niego en rotundo a que se legalice el uso de vivienda vacacional como venía siendo incluso antes de haber solicitado la legalización de las obras ya realizadas dado que la única entrada es por el zaguán y es entrada única para ambas viviendas por lo que las viviendas que tienen el actual uso vacacional no tienen entrada independiente para acceder a ninguna de sus plantas. La única entrada es por dicho zaguán que compartimos mi vivienda y la de propiedad de (...)»*, y termina solicitando que *«no se legalice el uso de vivienda vacacional en la vivienda recién legalizada con licencia urbanística porque yo que comparto entrada no he dado ningún permiso».*

- Con fecha 2 de diciembre de 2022 por (...) se presenta recurso de reposición contra la Resolución de fecha 8 de noviembre de 2022 del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, por la que se concede a (...) licencia urbanística para legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...), del que se da traslado al Servicio de Disciplina Urbanística de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

III

En cuanto a la tramitación del recurso extraordinario de revisión, figuran en el expediente remitido a esta Institución consultiva las siguientes actuaciones:

- Con fecha 7 de mayo de 2024 por (...) se presenta escrito ante la Gerencia Municipal de Urbanismo en el que solicita que se atienda al recurso de reposición presentado con fecha 2 de diciembre de 2022, en los siguientes términos:

« (...) Como ya se ha señalado, ha de entenderse que con fecha 2 de diciembre de 2022 presenté recurso potestativo de reposición contra la resolución de concesión de licencia de legalización de las obras realizadas por (...) en la edificación sita en la Glorieta Veintinueve de mayo 8. Sin embargo, no parece que esa Gerencia lo interprete así y, en todo caso, no se ha pronunciado sobre dicho recurso (ni estimándolo ni desestimándolo).

En consecuencia, SOLICITO:

a) Que dicha Gerencia de Urbanismo se pronuncie sobre el recurso de reposición presentado, incorporando al mismo las alegaciones complementarias presentadas con fecha 29 de enero de 2024, declarando expresamente la estimación o no de dicho recurso.

b) Que, en caso de que se estime el recurso de reposición, se proceda a anular la resolución de 8 de noviembre de 2022 mediante la cual se concedió la licencia de legalización de las obras realizadas.

c) Que, en caso de que se desestime el recurso, se motiven los argumentos contrarios a los que he expuesto en mis dos escritos, de modo que pueda presentar recurso contencioso administrativo».

Asimismo, en el mismo escrito interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 18 de abril de 2024 por la que se acordaba el archivo del expediente 2019006383, y terminaba solicitando:

«a) Que se revise y anule la licencia de restablecimiento de la legalidad.

b) Que se presente denuncia contra (...) por falsedad en la solicitud de licencia (documento público).

c) Que, una vez anulada la licencia de legalización, si así procede, se requiera a (...) que, para la legalización, presente nueva documentación en la que describa con veracidad las obras ejecutadas y solicite tanto las de ampliación como las de división de la vivienda original en tres plantas, aportando planos completos de éstas incluyendo los relativos a la estructura del edificio (ya que ha incrementado las sobrecargas) y mi autorización como copropietaria del inmueble».

- Con fecha 29 de mayo de 2024 se notificó a la entidad (...) trámite de audiencia en relación con el recurso potestativo de reposición presentado por (...) en los siguientes términos:

« (...) Por resolución del Sr. Consejero-Director de esta Gerencia Municipal, de fecha 8 de noviembre de 2022, se otorgó a (...), CIF (...), LICENCIA URBANÍSTICA para legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...), distrito Salud-La Salle, de esta localidad, referencia catastral (...), en concreto, la ampliación de la vivienda situada en la planta tercera y cuarta, sin embargo, la división horizontal de la vivienda unifamiliar original en dos viviendas (planta primera y segunda) no consta legalizada con anterioridad ni se ha acreditado su situación de consolidación en los términos señalados en los informes técnicos municipales del Servicio de Licencias de esta Gerencia Municipal obrantes en el expediente, de fechas 26/05/2021, 15/09/2021 como en el de 18/10/2021.

Sobre esta cuestión versa parte del recurso potestativo presentado contra la mencionada resolución, del que se adjunta copia, por lo que se abre trámite de audiencia por plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES contados a partir del siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, plazo durante el cual se podrán formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimen procedentes antes de la resolución del recurso».

- Con fecha 20 de junio de 2024 por la entidad (...) se presenta escrito de alegaciones conforme al trámite de audiencia conferido en el seno del recurso potestativo de reposición.

- En fecha que no consta se emite Informe-Propuesta de Resolución por la que se acuerda *« (...) Estimar el recurso extraordinario de revisión presentado por (...) contra la resolución del Sr. Consejero-Director de esta Gerencia Municipal, de fecha 8 de noviembre de 2022, por la que se otorgó a (...), CIF (...), licencia urbanística para legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en (...), distrito Salud-La Salle, de esta localidad, referencia catastral (...), toda vez que no resulta ajustada a derecho al no encontrarse la edificación en situación legal de consolidación, debiendo la mercantil interesada proceder a tramitar la legalización de la totalidad del inmueble».*

IV

1. La Propuesta de Resolución, como se ha expuesto, propone estimar el recurso extraordinario de revisión presentado, a su entender, por (...) contra la resolución del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de fecha 8 de noviembre de 2022, por la que se otorgó a la entidad (...) licencia urbanística para legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en la (...), distrito Salud-La Salle, de Santa Cruz de Tenerife, toda vez que considera que *«no resulta ajustada a derecho al no encontrarse la edificación en situación legal de consolidación, debiendo la mercantil interesada proceder a tramitar la legalización de la totalidad del inmueble».*

Para alcanzar tal conclusión la Propuesta de Resolución razona lo siguiente:

« (...) 3ª) La concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 125.1 justificativas de la admisión del recurso, en el caso que nos ocupa, que se hubiese incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

La jurisprudencia exige que el error de hecho debe concretarse a "aquel que verse sobre un hecho, cosa o suceso, es decir, algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación"; y queda excluido de su ámbito "todo aquello que se refiera a cuestiones jurídicas, apreciación de la trascendencia o alcance de los hechos indubitados, valoración de las pruebas e interpretación de disposiciones legales y calificaciones que puedan establecerse". (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1965, 5 de diciembre de 1977, 17 de junio de 1981, 6 de abril de 1988, 16 de junio de 1992 y 16 de enero de 1995, entre otras).

Como ha manifestado el Consejo de Estado, "la cuestión fáctica interesa siempre que el error, en su caso, padecido por la Administración, afecte a la Resolución impugnada"

(Dictamen 279/97), por lo que deberá desestimarse si se trata de cuestiones interpretativas ajenas al error de hecho o material que se pretende invocar.

A efectos de un recurso extraordinario de revisión, el error de hecho debe ser, además, evidente, indiscutible y manifiesto, y resultar de los propios documentos incorporados al expediente.

Lo cierto es que la resolución por la que se otorga la licencia urbanística de legalización que se impugna tiene por objeto la ampliación de la edificación existente en la planta tercera y cuarta para destinarla a una vivienda, pero, no ampara las modificaciones ejecutadas en la planta primera y segunda que tuvieron por objeto el cambio de residencial unifamiliar a residencial colectivo destinándose a una vivienda por planta.

Examinado el expediente que nos ocupa no consta pronunciamiento ni técnico ni jurídico acerca de la situación urbanística del inmueble dadas las modificaciones sufridas en las plantas primera y segunda que dieron lugar a la división de la vivienda original en dos viviendas, una por planta.

La ausencia de este dato se traduce en una incorrecta valoración de la situación urbanística del inmueble y su consecuente repercusión en el sentido de la resolución que se adopta.

Esta Administración contaba con los antecedentes administrativos de la edificación, entre otros el proyecto original, que junto con la ausencia de expedientes y licencias que amparasen la modificación comentada, determinaba que la edificación no se encontraba en situación de consolidación, como erróneamente se creyó, que es lo que permitió otorgar licencia urbanística para la legalización de la ampliación de las plantas tercera y cuarta.

En este sentido, además, se pronuncia la recurrente en su escrito de impugnación:

Las obras realizadas para la división de la única vivienda original en las dos primeras plantas no se mencionan ni se presentan planos de las mismas, cuando dicha actuación está también sujeta a la obtención de licencia. En consecuencia, la licencia concedida no ampara las obras realizadas en las dos primeras plantas, que seguirían careciendo de título habilitante.

De lo expuesto, concluimos que concurren los requisitos necesarios para admitir a trámite el recurso presentado por (...) contra la resolución de fecha 8 de noviembre de 2022».

2. Sentado lo anterior, se ha de advertir desde este momento, que en el presente asunto que se somete a nuestro dictamen consideramos que se ha incurrido por parte de la Administración municipal en un error tanto en la calificación del

recurso interpuesto por la Sra. (...), como en su tramitación, tal como analizaremos a continuación.

Como se puede comprobar en el expediente administrativo remitido a este Organismo consultivo, mediante Resolución de 8 de noviembre de 2022 del Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Santa Cruz de Tenerife se otorgó a la entidad (...) licencia urbanística para la legalización de la ampliación realizada en el edificio sito en la (...).

Notificada esta Resolución a (...) el día 10 de noviembre de 2022, se procede por su parte a interponer Recurso potestativo de reposición contra la referida Resolución con fecha 2 de diciembre del mismo año. En cuanto a la calificación jurídica de este recurso, de los datos obrantes en el expediente administrativo no cabe duda alguna de que se trataba de un recurso potestativo de reposición, puesto que era el medio impugnatorio en vía administrativa que procedía contra la concesión de la licencia, tal como resulta del art. 123 LPACAP, y así se indicaba en el Resuelvo quinto de la Resolución de 8 de noviembre de 2022 al disponer *«Significar a la persona interesada que la resolución del presente expediente pone fin a la vía administrativa, pudiendo interponer contra la misma Recurso Potestativo de Reposición ante el Sr. Consejero-Director de la Gerencia Municipal de Urbanismo en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente al del recibo de la notificación o directamente Recurso Contencioso-Administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de dicha notificación»*. Además, en cumplimiento de las previsiones legales, el recurso se interpuso dentro del plazo de un mes desde la notificación de la Resolución. Pero, por si quedara alguna duda sobre la meritada calificación, en el acuse de presentación electrónica firmado por la Sra. (...) el día 2 de diciembre de 2022 se hace constar expresamente *«Aporto recurso de reposición respecto al expediente número 2020005474 en relativo a la solicitud de licencia urbanística»*, solicitando *«que se tenga en cuenta el siguiente recurso presentado en fecha».*

A pesar de haberse presentado en plazo y forma el indicado recurso potestativo de reposición conforme a los arts. 115**,** 123 y 124 LPACAP, por la Gerencia Municipal de Urbanismo no se procedió a tramitarlo ni a resolverlo.

Una vez transcurridos dos años, esto es, el 7 de mayo de 2024, por la Sra. (...) se presenta escrito ante la Gerencia Municipal de Urbanismo en el que solicita que se atienda al recurso de reposición presentado con fecha 2 de diciembre de 2022, en los siguientes términos:

« (...) Como ya se ha señalado, ha de entenderse que con fecha 2 de diciembre de 2022 presenté recurso potestativo de reposición contra la resolución de concesión de licencia de legalización de las obras realizadas por (...) en la edificación sita en la Glorieta Veintinueve de mayo 8. Sin embargo, no parece que esa Gerencia lo interprete así y, en todo caso, no se ha pronunciado sobre dicho recurso (ni estimándolo ni desestimándolo).

En consecuencia, SOLICITO:

a) Que dicha Gerencia de Urbanismo se pronuncie sobre el recurso de reposición presentado, incorporando al mismo las alegaciones complementarias presentadas con fecha 29 de enero de 2024, declarando expresamente la estimación o no de dicho recurso.

b) Que, en caso de que se estime el recurso de reposición, se proceda a anular la resolución de 8 de noviembre de 2022 mediante la cual se concedió la licencia de legalización de las obras realizadas.

c) Que, en caso de que se desestime el recurso, se motiven los argumentos contrarios a los que he expuesto en mis dos escritos, de modo que pueda presentar recurso contencioso administrativo».

Como se puede advertir, en este escrito la Sra. (...) interesaba la resolución expresa del recurso potestativo de reposición interpuesto en su momento en tiempo y forma -2 de diciembre de 2022-, petición que es acorde con lo previsto en el art. 21.1 LPACAP conforme al cual *«La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación»*.

Además, en el mismo escrito de 7 de mayo de 2024, la Sra. (...) interponía recurso potestativo de reposición contra una Resolución de 18 de abril de 2024 por la que se acordaba el archivo del expediente 2019006383, que no es objeto del presente expediente administrativo, y terminaba solicitando:

«a) Que se revise y anule la licencia de restablecimiento de la legalidad.

b) Que se presente denuncia contra (...) por falsedad en la solicitud de licencia (documento público).

c) Que, una vez anulada la licencia de legalización, si así procede, se requiera a (...) que, para la legalización, presente nueva documentación en la que describa con veracidad las obras ejecutadas y solicite tanto las de ampliación como las de división de la vivienda original en tres plantas, aportando planos completos de éstas incluyendo los relativos a la estructura del edificio (ya que ha incrementado las sobrecargas) y mi autorización como copropietaria del inmueble».

Tras la presentación de dicho escrito -recurso potestativo de reposición-, la Gerencia Municipal de Urbanismo, sin pronunciarse previamente sobre la admisión o inadmisión de los recursos y, sin distinguir que se trataba de dos peticiones independientes: a) Solicitud de resolución expresa del recurso potestativo de reposición interpuesto el día 2 de diciembre de 2022 contra la Resolución de 8 de noviembre de 2022; y, b) Impugnación de la Resolución de 18 de abril de 2024 ajena a este procedimiento; procede a conferir trámite de audiencia a la entidad (...) conforme al art. 118 LPACAP, quien presentó escrito de alegaciones con fecha 20 de junio de 2024.

Una vez evacuado el trámite de audiencia, se emite Informe-Propuesta de Resolución en el que, sorpresivamente, se viene a calificar el recurso interpuesto por la Sra. (...) como extraordinario de revisión al amparo del art. 125.1.a) LPACAP (contra los actos administrativos *«que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente»*) y se resuelve conforme a la regulación legal de tal recurso (arts. 125 y ss. LPACAP).

3. Pues bien, tal como venimos apuntando, la calificación como extraordinario de revisión del recurso interpuesto por la Sra. (...) se considera errónea, toda vez que el medio impugnatorio empleado por la misma contra la Resolución de fecha 8 de noviembre de 2022 ha sido en todo momento el recurso potestativo de reposición. Y, si bien, de acuerdo con lo señalado en la Propuesta de Resolución, es cierto que el art. 115.2 LPACAP dispone que *«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»*, en el presente caso no resulta de aplicación tal precepto, puesto que la calificación dada por la recurrente como potestativo de reposición ha sido correcta en atención a los medios impugnatorios que legalmente procedían contra la Resolución, la forma y el plazo para interponerlo y además eran acordes con su carácter.

Lo que no resulta acorde con el verdadero carácter del recurso formulado el 2 de diciembre de 2022 y reiterado el 7 de mayo de 2024, es su calificación como extraordinario de revisión.

En este sentido debemos recordar que, en relación con esta modalidad impugnatoria, el art. 125 LPACAP dispone que:

«1. Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

c) Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

d) Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

2. El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa a) del apartado anterior, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

3. Lo establecido en el presente artículo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 y 109.2 de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan».

Conforme al precepto transcrito el recurso extraordinario de revisión únicamente puede ser presentado a instancia de parte, no cabe que la Administración lo incoe de oficio, resultando que, en el presente caso, la recurrente en ningún momento ha interesado la incoación de un recurso extraordinario de revisión, y sin que, además, de sus escritos se deduzca tal voluntad, y mucho menos se haga alusión a alguna de las causas previstas en el art. 125.1 LPACAP para fundamentar su impugnación, por lo que la Propuesta de Resolución es incongruente con lo solicitado por la recurrente.

Desconocemos las razones que han llevado a la Administración municipal a calificar como extraordinario de revisión el recurso interpuesto por la Sra. (...), pudiendo inferirse que, quizás, tal confusión procede de una errónea interpretación del art. 124.1 primer inciso LPACAP, conforme al cual *«El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión».* En el presente caso, presentado el escrito de 7 de mayo de 2024 transcurrido más de un mes desde la fecha de la Resolución impugnada -8 de noviembre de 2022-, no procedía calificar el recurso como extraordinario de revisión, porque ese no fue el medio impugnatorio elegido por la recurrente, tal como hemos expuesto, sino

pronunciarse sobre el recurso de reposición interpuesto el 2 de diciembre de 2022 (art. 21.1 LPACAP) estimándolo, desestimándolo, o, en su caso, inadmitiéndolo si lo consideraba extemporáneo.

A mayor abundamiento, el hecho de que la Gerencia Municipal de Urbanismo califique en la Propuesta de Resolución el recurso como extraordinario de revisión causa una evidente indefensión a la entidad (...), quien no ha tenido oportunidad de alegar y probar los hechos y fundamentos que pudieran enervar la presunta causa de revisión -art. 125.1.a) LPACAP-, puesto que el trámite de audiencia que se le confirió con fecha 29 de mayo de 2024 lo fue «*Sobre (...) del recurso potestativo presentado contra la mencionada resolución, del que se adjunta copia, por lo que se abre trámite de audiencia por plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES contados a partir del siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, plazo durante el cual se podrán formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimen procedentes antes de la resolución del recurso»,* limitándose de este modo sus medios de prueba y de defensa.

Por todo ello, atendidos los razonamientos expuestos a lo largo del presente Fundamento Jurídico, consideramos que en el presente caso la Administración municipal ha calificado y tramitado erróneamente el recurso presentado por la Sra. (...) que ha de ser considerado, a todas luces, como potestativo de reposición, por lo que consideramos que la Propuesta de Resolución no se considera conforme a derecho.

4. Sobre asuntos similares nos hemos pronunciado en alguna ocasión. Así, en nuestro Dictamen 401/2015, de 29 de octubre, concluíamos lo siguiente -si bien en aquel caso el error en la calificación del recurso se producía tanto por el interesado como por la Administración, mientras que en el presente caso tal error de calificación corresponde en exclusiva a la Administración-:

«5. Consecuentemente, habiendo incurrido tanto el recurrente como la Administración en error al calificar el recurso presentado como de extraordinario de revisión, cuando en realidad se trata de un recurso de reposición ordinario, que, además, ha sido ya resuelto, la solicitud de dictamen no es preceptiva al no existir procedimiento ni recurso extraordinario de revisión propiamente dicho, lo que impide entrar sobre el fondo del asunto».

En definitiva, no estando previsto conforme a la Ley reguladora de este Organismo consultivo [art. 11.1.D.b) LCCC] la emisión de dictamen preceptivo en

relación con los recursos potestativos de reposición, no procede pronunciarnos en relación con la cuestión de fondo controvertida.

C O N C L U S I Ó N

La no preceptividad de dictamen, por inexistencia de un auténtico recurso extraordinario de revisión, impide legalmente emitir dictamen sobre un recurso de reposición interpuesto en vía administrativa ordinaria. En consecuencia, la Propuesta de Resolución sometida a la consideración jurídica de este Consejo Consultivo de Canarias se considera que no es conforme a Derecho por las razones expuestas en el Fundamento IV del presente Dictamen.