Año:	2017
Nº Dictamen:	0242/2017
Fecha:	25-4-2017
Nº Marginal:	II.233
Ponencia:	Gutiérrez Rodríguez, Francisco José Guisado Barrilao, José Mario. Letrado
Órgano solicitante:	Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)
Nombre:	Revisión de oficio de licencia de obras. Actos nulos. Adquisición de derechos careciendo de requisitos esenciales.
Voces:	ACTOS ADMINISTRATIVOS: Actos nulos: Causas: Adquisición de derechos careciendo de requisitos esenciales. ADMINISTRACIÓN LOCAL: Revisión de oficio. REVISIÓN DE OFICIO: Objeto: Licencia de obras.

Número marginal: **II.233**

DICTAMEN Núm.: 242/2017, de 25 de abril

Ponencia: Gutiérrez Rodríguez, Francisco José

Guisado Barrilao, José Mario. Letrado

Órgano solicitante: Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Revisión de oficio de licencia de obras.

Actos nulos.

Adquisición de derechos careciendo de requisitos esenciales.

TEXTO DEL DICTAMEN

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se somete a dictamen de este Consejo Consultivo el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada), en relación con el expediente de revisión de oficio de la licencia de obras otorgada a favor de doña F.C.S. para la construcción de una vivienda unifamiliar en calle el Olivo de Cotobro el 20 de septiembre de 2000; así como de la ulterior licencia de primera ocupación de la vivienda construida, otorgado mediante decreto de la Alcaldía de 23 de septiembre de 2002.

Antes de realizar cualquier otra consideración, hay que recordar que la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, reconoce la potestad de las Corporaciones Locales de revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación estatal reguladora del procedimiento administrativo común [arts. 4.1.g) y 53], al igual que lo hace el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

En cualquier caso, la remisión a la legislación estatal conduce a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en concreto al capítulo III ("Nulidad y anulabilidad") del título III ("De los actos administrativos") y a su título V ("De la revisión de los actos en vía administrativa"), si bien dado que los actos a revisar son de los años 2000 y 2002, respectivamente, el régimen a considerar en cuanto al fondo del asunto es el establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo ámbito de aplicación se incluyen las Entidades que integran la Administración Local [arts. 1 y 2.1.c) de dicha Ley]. En relación con el procedimiento, habiéndose iniciado el 24 de noviembre de 2016, habrá de regirse por la Ley 39/2015 citada.

La intervención de este Consejo Consultivo constituye trámite esencial e ineludible (art. 17.11 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el art. 102.1 de la Ley 30/1992; y actual art. 106.1 de la Ley 39/2015, citada), al haber condicionado el legislador estatal la declaración de nulidad al previo

dictamen favorable del órgano consultivo.

II

Realizadas las consideraciones precedentes, en cuanto al órgano competente para acordar el inicio y resolver el procedimiento de revisión de oficio, se ha de observar, en primer término, que no existe una previsión expresa en la Ley 7/1985 acerca del órgano competente de manera genérica en la Administración Local para acordar la declaración de nulidad de un acto administrativo (a diferencia de la actual Ley 39/2015, que en su artículo 111 establece la competencia en el ámbito de la Administración General del Estado).

Ahora bien, considerando que el artículo 110.1 de la citada Ley 7/1985 precisa que el órgano competente para la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria es el Pleno de la Corporación, que la idea que subyace en la enumeración de los órganos competentes de la Administración del Estado en el artículo 111 antes citado, es la de que la autoridad u órgano superior a quien haya dictado el acto es la competente para la revisión de oficio, y que, conforme a los artículos 107.5 de la Ley 39/2015, y 22.2.k) de la Ley 7/1985, corresponde al Pleno la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento, ha de concluirse que la competencia para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos del Ayuntamiento corresponde al Pleno.

Esta doctrina asentada del Consejo Consultivo (dictamen 16/1998, entre otros), no fue alterada tras la reforma introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre (dictámenes 69/1995, 26/2000, 13/2001, 330 y 353/2004), en cuanto a los municipios que no se pueden catalogar como municipios de gran población (Título X de la Ley 7/1985). Por tanto, corresponde al Pleno de Almuñécar la declaración de nulidad pretendida.

Por otro lado, el procedimiento no ha caducado, al no haber transcurrido el plazo de seis meses del artículo 106.5 de la Ley 39/2015.

III

Se ha iniciado este nuevo procedimiento de revisión después de haber sido declarada la caducidad del anteriormente tramitado, dado que la sentencia judicial en cuestión (STSJA, sala de Granada, que revocó la sentencia dictada previamente por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Granada, y declaró caducado el procedimiento de revisión de oficio -sentencia de apelación nº 530/2016-) no ha compartido el criterio de este Consejo según el cual aquel procedimiento se inició a instancia de parte (requerimiento de revisión de oficio realizado por la Dirección General de la Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo efectuado el 29 de abril de 2011), no de oficio, y que en estos casos el efecto legal por el transcurso del plazo de tres meses es la desestimación en lugar de la caducidad (art. 102.5 de la Ley 30/1992, aplicable al procedimiento primitivo, y en iguales términos se pronuncia el artículo 106.5 de la vigente Ley 39/2015).

Al nuevo expediente de revisión tramitado le es trasladable, en lo que se refiere al fondo del asunto, el contenido del dictamen 609/2012, de 19 de julio, al no haberse modificado ninguna de las circunstancias entonces tenidas en cuenta. El citado dictamen se expresó en los siguientes términos:

"En lo que concierne al fondo de la cuestión planteada en el expediente, la Administración consultante ha iniciado y tramitado el presente expediente de revisión en virtud del requerimiento efectuado para ello por la Administración autonómica.

Como antecedentes esenciales para dilucidar si los actos objeto de revisión incurren en nulidad de pleno derecho, los cuales constan en el expediente, se ha de indicar que el 5 de diciembre de 2002 tuvo entrada en el Ayuntamiento de Almuñécar requerimiento efectuado por la Delegación Provincial en Granada de la entonces Consejería de Obras Públicas y Transportes, mediante el que solicitaba la tramitación de expediente de revisión de oficio y declaración de nulidad de la licencia de obra, de la cual trae causa la de primera ocupación que ahora igualmente se propone anular.

A este Consejo Consultivo no le cabe duda de la nulidad de la licencia de obra otorgada, ya que si analizamos la normativa urbanística aplicable, resulta que una vez realizado el desmonte y aterrazamiento del desnivel donde se ejecuta la vivienda, ésta excede en una planta del número de dos establecidos en el planeamiento: de hecho, la conforman tres plantas más un torreón. Y a ello se añade que excede del techo edificable permitido, amparándose en la artimaña de no contabilizar como tal la superficie construida en la primera planta (de 407,25 m², a la que pretende calificase como sótano a pesar de encontrarse toda su fachada sobre rasante), ni la superficie construida en el torreón (de 51,13 m²).

Desde el punto de vista urbanístico, las licencias son nulas de pleno derecho, y no meramente anulables como pretende la interesada en su escrito de alegaciones, al incurrir en el supuesto del artículo 62.1.f de la ley 30/1992.

Pero además de lo razonado, resulta que el Arquitecto Técnico Municipal que informó favorablemente dicha licencia (cuya beneficiaria era la esposa del Arquitecto Municipal de Almuñécar, según se refleja en la resolución judicial condenatoria a la que se aludirá de inmediato) ha sido condenado mediante Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de noviembre de 2009, obrante en el expediente, por tales hechos.

Es decir, que la actuación del técnico municipal autorizante de la licencia ilegal ha merecido el reproche penal, lo cual alcanza a la propia licencia ya que el artículo 102.1 d) de la Ley 30/1992 considera nulos los actos que se dicte como consecuencia de una infracción penal, como es el caso de la licencia de obras otorgada a consecuencia del informe favorable del Arquitecto Técnico condenado.

La nulidad que con toda claridad puede apreciar este Órgano no es rebatible ni con los argumentos del escrito de alegaciones de la interesada: la falta de publicación de las normas de Almuñécar no afectaría a la validez de las mismas, sino exclusivamente a su conocimiento público mediante la publicación en periódico oficial. Ahora bien, es obvio que la interesada presentó el proyecto básico y/o de ejecución de obra, con ocasión de la solicitud de la licencia, sobre la base de tales normas, es decir, con conocimiento de su contenido y esgrimiendo su aplicación; luego no es admisible invocar ahora una supuesta no aplicación o falta de vigencia de dicho planeamiento.

Igualmente, no son aplicables los pretendidos límites del artículo 106 de la Ley 30/1992: una simple lectura del mismo sólo nos puede llevar a esa conclusión, ya que ni existe prescripción de acciones, ni el ejercicio de la potestad de revisión resulta contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares ni a las leyes, atendiendo a las circunstancias concurrentes.

Y finalmente, en relación con la existencia de una eventual responsabilidad de la Administración, la concurrencia de los requisitos para ello deben dilucidarse, en su caso, en otro procedimiento, en el cual habría que evaluar si la anulación de una licencia otorgada sobre la base de una actuación de empleado público sancionada como prevaricadora por sentencia judicial, puede generar derecho a indemnización en favor de quien se benefició de esa conducta, que a su vez era la esposa del superior jerárquico de aquél empleado, según constata la resolución judicial en cuestión. Pero eso es otra cuestión".

Por último, tal y como ya se dijo en el anterior dictamen, se ha de abundar en que no son de aplicación los límites a la revisión reseñados en el artículo 106 de la Ley 30/1992, hoy artículo 110 de la Ley 39/2015. Y de forma concreta, el motivo relativo al tiempo transcurrido debe ser rechazado de plano ya que no podemos olvidar que desde el año 2000 y 2002, en los que respectivamente se otorgaron las licencias de obra y ocupación, la actuación del Técnico municipal que informó el otorgamiento de la licencia dio lugar a un procedimiento penal que concluyó en sentencia condenatoria por delito de prevaricación urbanística; posteriormente un requerimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de la licencia efectuado por la Administración autonómica; la tramitación del mismo y la declaración de dicha nulidad; el recurso contra dicha declaración y el pronunciamiento judicial de caducidad; y, finalmente, el reinicio de este nuevo pronunciamiento que ahora se dictamina.

A la vista de los antecedentes descritos, no cabe atribuir tampoco a la Administración revisora una reiteración de errores en la tramitación de los procedimientos de revisión de oficio que hayan provocado -como consecuencia de dictámenes de este órgano consultivo o de los legítimos recursos que haya estimado pertinentes interponer la interesada- el innecesario alargamiento del tiempo de resolución de la cuestión controvertida, como para otorgar prevalencia al principio de seguridad jurídica frente al de legalidad en ese siempre difícil equilibrio que entre ambos pretendió plasmar el legislador en el artículo 106 de la Ley 30/1992, y ahora en el artículo 110 de la Ley 39/2015.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de la licencia de obras y de primera ocupación otorgadas a doña FP.C.S. por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada).