Año:	2015
Nº Dictamen:	0557/2015
Fecha:	8-9-2015
Nº Marginal:	II.524
Ponencia:	Balaguer Callejón, María Luisa Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado
Órgano solicitante:	Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)
Nombre:	Revisión de oficio de licencia de obras. Actos nulos. Improcedencia.
Voces:	ACTOS ADMINISTRATIVOS: Actos nulos: Improcedencia. ADMINISTRACIÓN LOCAL: Revisión de oficio. REVISIÓN DE OFICIO: Objeto: Licencia de obras.

Número marginal: **II.524**

DICTAMEN Núm.: 557/2015, de 8 de septiembre

Ponencia: Balaguer Callejón, María Luisa

Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado

Órgano solicitante: Ayuntamiento de Almuñécar (Granada)

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

Actos nulos.

Improcedencia.

TEXTO DEL DICTAMEN

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Se somete a este Consejo Consultivo la propuesta de revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Almuñécar (Granada), de 24 de febrero de 2004, por el que se concede licencia para la ejecución de edificio de 46 viviendas, locales y garajes en Avenida Costa del Sol, nº 22, de Almuñécar.

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 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]. Concretamente, la revisión de los actos en vía administrativa se rige por lo establecido en los artículos 102 a 106 de dicha Ley.

La intervención de este Consejo Consultivo en estos procedimientos, 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 artículo 102.1 de la Ley 30/1992), toda vez que el legislador condiciona la declaración de nulidad al previo dictamen favorable del órgano consultivo.

II

Sentado lo anterior, por lo que atañe al órgano municipal competente para la revisión de oficio por causa de nulidad, hay que señalar que este Consejo Consultivo ha venido afirmando que corresponde al Pleno la competencia para la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos del Ayuntamiento; doctrina que se

sienta, en un primer momento, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 110.1 de la Ley 7/1985, sobre el órgano competente para la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, así como lo establecido en los artículos 103.5 de la Ley 30/1992 y 22.2.k) de la Ley 7/1985, sobre la declaración de lesividad.

En sus dictámenes advierte este Consejo que la idea que subyace en la enumeración de los órganos competentes de la Administración del Estado en la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, es la de que la autoridad u órgano superior a quien haya dictado el acto es la competente para la revisión de oficio. En este mismo sentido, cabe apelar a lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, sobre los órganos competentes en materia de revisión de oficio.

Esta doctrina asentada del Consejo (dictamen 16/1998, entre otros), no ha sido alterada tras la reforma introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre (dictamen 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, no siendo de aplicación en este caso el régimen específico de los "municipios de gran población" [el municipio de Almuñécar no se encuentra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 121.1.d) de la Ley 7/1985, citada], la competencia corresponde al Pleno.

Asimismo, hemos de puntualizar que el acuerdo de iniciación del expediente de revisión se adopta por acuerdo de 19 de diciembre de 2014, de tal forma que podría considerarse que ha transcurrido el plazo de tres meses previsto para dictar resolución.

Sin embargo, en el presente supuesto se ha de descartar la caducidad del expediente ya que, como ha quedado reflejado en los antecedentes fácticos, tal acuerdo de inicio tuvo lugar en virtud de sentencia judicial, que obliga al Ayuntamiento a incoar el expediente de revisión de oficio instado por la Comunidad Autónoma.

En cuanto al procedimiento de revisión de oficio tramitado cabe señalar que es ajustado a Derecho, vistas las prescripciones del Título VI y el artículo 102 de la Ley 30/1992. En concreto, cabe significar que el expediente incorpora el acuerdo de iniciación del procedimiento y el preceptivo informe jurídico. El acuerdo de incoación y de concesión de audiencia fue notificado a los interesados.

III

Entrando, en este momento, a analizar la cuestión de fondo, corresponde examinar la eventual concurrencia de causa de nulidad en la licencia municipal objeto del expediente de revisión de oficio.

El procedimiento se inicia en virtud de requerimiento efectuado al Ayuntamiento por la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, al considerar que "el proyecto excede la edificabilidad permitida dado que aplica las ordenanzas de la calificación residencial sobre terrenos que están clasificados como Suelo No Urbanizable y por lo tanto excede la edificabilidad máxima permitida. El solar no dispone de la superficie mínima de parcela que exige la normativa, aunque podría acogerse a la Modificación Puntual nº 33 del PGOU que modifica las condiciones exigibles de parcela mínima".

La cuestión estriba, por tanto, en determinar si las circunstancias por las que la Administración autonómica sostiene la nulidad, habilitan la causa de nulidad prevista en la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que el interesado adquiere facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Con carácter previo, debe recordarse, como este Consejo lo ha hecho en reiteradas ocasiones, recogiendo doctrina legal y jurisprudencial, que las causas de nulidad de pleno derecho han de interpretarse restrictivamente, lo que no significa que (como se dijera en los dictámenes 86 y 182/2005; 144, 543 y 598/2006; 286, 415, 534, 535 y 536/2007; 199, 201, 303, 556, 571, 590, y 770/2008; 63, 534, 563, 564, 565, 566, y 567/2009; 281/2010; 262/2011; 1022/2012; 91, 143, 144, 351 y 577/2013, entre otros), sin caer en laxitudes que el ordenamiento no consiente, haya que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para la subsunción del mismo en las causas de nulidad preestablecidas por la Ley. Ello resulta no solo conveniente, sino obligado cuando los perfiles del supuesto de hecho no resulten nítidos. Pero en estos casos, se decía, había de tenerse en cuenta la intensidad e importancia del interés público que resulte restaurado con la revisión, y el perjuicio que pueda padecer el particular, de producirse, que se convertían así en cánones hermenéuticos que, por supuesto, han de manejarse prudencialmente en la apreciación de cualquier causa de nulidad.

Todo ello, ha declarado también este Consejo, es especialmente aplicable a la causa de nulidad contemplada en la letra f) del artículo 62.1, que tiene su origen precisamente en la legislación urbanística. Hoy la jurisprudencia, para evitar que esta causa de nulidad, ya de ámbito general, desvirtúe el sistema, centra su aplicabilidad en la distinción entre requisitos esenciales y requisitos necesarios. Sólo aquéllos justificarían la nulidad. Ahora bien, esta distinción, difícil desde el punto de vista lógico pues lo es entre género y especie (lo esencial es siempre necesario), que como se sabe es convencional, solo puede ser resuelta con un juicio de razonabilidad sobre la situación concreta, ponderando a la hora de decidir o no la revisión, la intensidad del interés público restaurado con ésta, y el perjuicio al administrado en su situación adquirida. En la práctica, este juicio de razonabilidad ha de partir, aunque no sea su único elemento, de la finalidad perseguida por la norma o normas infringidas y su

relevancia para la protección de los intereses públicos siempre preferentes.

Dicho de otra manera, de no procederse en la forma expuesta se corre el riesgo de considerar que en materia urbanística, la regla general sería la nulidad de pleno derecho, lo que lisa y llanamente resulta inadmisible.

En el supuesto examinado, de acuerdo con lo indicado en los informes técnicos que se incorporan, y por los motivos que se explicitan en ellos, en primer lugar, el edificio no invade terrenos correspondientes a viario de dominio público previsto en el PGOU-87, ni afecta a terrenos clasificados como suelo no urbanizable con la categoría de protección de cultivos, estando todos los terrenos incluidos en suelo clasificado como urbano.

Tales manifestaciones efectuadas en distintos informes técnicos no han sido desvirtuadas en trámite de audiencia por los servicios de urbanismo de la Comunidad Autónoma. Es más, los informes técnicos que aporta el Ayuntamiento se basan en planimetría, de la que carece el informe emitido por la Delegación Provincial en Granada de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, por lo que este Consejo ha de considerar que la parte promotora de la revisión de oficio no ha probado que el edificio invada suelo no urbanizable y viario público.

Por otro lado, sí se incumple el requisito de parcela mínima, lo mismo que también existiría en el proyecto al que se concede la licencia un exceso de edificabilidad a la permitida.

Respecto de la parcela mínima, la Administración autonómica señala que "según la documentación estudiada la parcela sobre la que se ubica el proyecto no cumple la condición de parcela mínima que establece la normativa, al tener una superficie menor que la mínima establecida. Es posible que para la concesión de licencia se haya tenido en cuenta la modificación n° 33 del PGOU que afecta a la definición de parcela mínima".

Por su parte, el informe técnico aportado por el Ayuntamiento de 26 de mayo de 2005 señala al respecto que "la parcela objeto del proyecto sea inferior a la mínima, el propio informe de los técnicos de la Consejería deja entrever que este incumplimiento no lo es porque podría acogerse a lo contemplado en la Modificación Puntual n° 33 del PGOU. Modificación vigente en la actualidad y que fue aprobada definitivamente por la propia Consejería de Obras Públicas y Transportes el 16 de noviembre de 1983, no necesitando por ello más comentario ni justificación". Y el informe técnico emitido el 7 de octubre de 2014 pone de manifiesto que "la parcela, aunque no cumplirse (sic) las condiciones de superficie establecidas como mínimas en la calificación de afección, RI.26 del PGOU-87 de Almuñécar rural, era existente antes de la aprobación de dicho documento, estando ocupado por un edificio que se demolió previamente a la edificación del ejecutado bajo la licencia otorgada, y que por tanto, se trataba de una parcela ya consolidada apta para la edificación a la que la agregación efectuada aumentó la superficie inicial de la parcela en lo posible dado el límite del suelo urbano del PGOU-87 apoyando dicho argumento además la aprobación de la Modificación Puntual n° 33 del PGOU-87 de Almuñécar que reconoce la aptitud para la edificación de todas las parcelas existentes antes de la aprobación de este documento de planeamiento urbanístico municipal".

A la vista de tales informes, no puede considerarse que se haya incumplido el requisito relativo a la parcela mínima, y mucho menos que ello pueda originar la nulidad de la licencia.

Centrando pues el incumplimiento de la legalidad vigente solamente en el hecho de que la obra proyectada supone una edificabilidad superior a la permitida, en la propuesta de resolución se concluye que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho en la medida en que el exceso de edificabilidad no es considerado como causa de nulidad encuadrable en el artículo 62.1.f) sino como causa de anulabilidad.

Pues bien, la doctrina de este Consejo Consultivo en este particular asunto no es uniforme, ya que en estos casos ha de valorarse si se trata de un incumplimiento nimio o no, como consecuencia de la necesaria ponderación de las circunstancias a las que anteriormente se hacía referencia, como puede ser la intensidad del interés público restaurado con la revisión y el perjuicio al administrado en su situación adquirida. Así, en ocasiones (ej: dictámenes 706/2013, 466 y 546/2010, entre otros) se ha estimado que la existencia de un exceso de edificabilidad es motivo de nulidad del acto por el que se otorgaba la licencia por tratarse de una situación de ilegalidad urbanística de entidad y en otras (ej: dictamen 725/2013, entre otros) se ha llegado a la conclusión contraria.

En el caso que nos ocupa es una realidad cierta, admitida incluso por la propia Administración consultante en la propuesta de resolución a la vista del informe técnico que se emite, que el proyecto de obras contempla un exceso de edificación al permitido por el PGOU. Si bien dicho exceso de edificabilidad no parece ser de gran entidad, pues el exceso ejecutado representa un 11,34% y viene provocado por los voladizos del edificio.

En efecto, en el informe técnico de 7 de octubre de 2014 se señala que "el proyecto cuenta con ocho plantas de altura, cumpliendo con los 25 m de altura máxima. Cuenta con una planta baja destinada a locales y acceso a las viviendas con una ocupación menor del 100% que permite la normativa, y define las siete plantas de viviendas restantes incumplimiento (sic) la condición de ocupación máxima establecidas por la ordenanza de aplicación RI.26 del 60% para el resto de plantas por encima de la baja. El incumplimiento de dicho parámetro supone por tanto el incumplimiento de la edificabilidad máxima permitida por la calificación de la Ordenanza RI.26 que supondría un máximo para las ocho plantas de 3.259,67 m^2 (sin considerar la edificabilidad por encima de la altura máxima) frente a los 3.629,53 m^2 que reflejan las ocho plantas del proyecto que obtuvo licencia, lo que

supone 369,85 m^2 de techo, un porcentaje del 11,34% que superan la edificabilidad máxima permitida". Sobre este incumplimiento, se explica en el informe que "una vez establecida la superficie de parcela de 626,86 m^2, y conforme se establecen en las condiciones de ordenación o determinaciones de la calificación de afección, en este caso la denominada RI.26 del PGOU-87 de Almuñécar, no se establece un coeficiente de edificabilidad, debiendo entenderse que la superficie edificable máxima es el resultado de la aplicación de las condiciones de ocupación y altura máximas establecidas por dicha calificación. La ocupación en planta baja permitida es del 100%, es decir 626,86 m^2, si bien el proyecto establece una planta baja con una superficie construida de 361,20 m^2, lo que supone una ocupación del 57,62% sobre el total de la parcela. Cumple pues dicho parámetro. La ocupación en el resto de plantas permitidas es del 60%, es decir de 376,12 m^2, si bien el proyecto sobre las fachadas que conforman la planta baja define para el resto de plantas unos vuelos que oscilan desde los 0,5 y 1,10 metros en los laterales, a un vuelo de 2,50 metros en la fachada que se alinea a la Avda. Costa del Sol. Por tanto la ocupación que se establece en el resto de plantas en el proyecto es de 442,75 m^2, lo que supone una ocupación del 70,63%. No cumple por tanto dicho parámetro. Dicha ocupación del 70,63% se repite en las siete plantas sobre la baja de las que consta dicha edificación hasta alcanzar la altura máxima de 25 m permitida en la ordenanza sobre rasante. Por ello se supera la edificabilidad máxima que se derivaría de la aplicación de los límites de ocupación establecidas en la Ordenanza RI.26".

En definitiva, aun reconociendo la existencia de un exceso de edificabilidad, lo cierto es que éste ha de ser considerado nimio, a los efectos de la declaración de nulidad del acto exclusivamente, de tal forma que lo que resulta procedente es la anulabilidad del acto, pues dado el carácter restrictivo con el que han de interpretarse las causas de nulidad en general, y la del 62.1.f) en particular, no puede considerarse que un exceso de edificabilidad del 11,34% provocado por los voladizos del edifico tenga entidad suficiente para considerar que se carece de los requisitos esenciales para la construcción de un edificio en un solar en el que ya existía anteriormente otro edificio.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución dictada en el expediente de revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de Almuñécar (Granada), de 24 de febrero de 2004, por el que se concede licencia para la ejecución de edificio de 46 viviendas, locales y garajes en Avenida Costa del Sol, nº 22, de Almuñécar.