Año:	2018
Nº Dictamen:	0280/2018
Fecha:	25-4-2018
Nº Marginal:	II.259
Ponencia:	Gallardo Castillo, María Jesús 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.259**

DICTAMEN Núm.: 280/2018, de 25 de abril

Ponencia: Gallardo Castillo, María Jesús

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), referido a la revisión de oficio de licencia de obras otorgada, el 28 de junio de 2005, a la mercantil C.R.S.N., S.A., para construcción de Hotel.

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 el acto a revisar es del año 2005, 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].

Sin embargo, considerando que el procedimiento se inició el 26 de octubre de 2017, el régimen en la tramitación a considerar es el establecido en la Ley 39/2015, artículo 106 y siguientes.

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 30/1992 (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) ni en la Ley 7/1985 acerca del órgano competente para acordar la declaración de nulidad de un acto administrativo, en términos generales, o de la Administración Local, en particular.

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 (como en la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), 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 103.5 de la Ley 30/1992 (actual 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; considerando todo ello, 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 ha sido 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, dado que puede sostenerse que se ha iniciado en ejecución de sentencia judicial que así condena al ente local consultante. Y en todo caso, se ha acordado la suspensión del procedimiento hasta que por este Órgano se dictaminase el expediente.

III

Ya se ha anticipado que es objeto del presente dictamen el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Almuñécar (Granada), referido a la revisión de oficio de licencia de obras otorgada, el 28 de junio de 2005, a la mercantil C.R.S.N., S.A., para construcción de Hotel.

Se postula por el ente local consultante la aplicación de los límites de la revisión de oficio prevista en el actual artículo 110 de la Ley 39/2015; y por la mercantil a la que se le otorgó la licencia, ese mismo argumento y, además, esgrime la legalidad de la licencia objeto de revisión. Ambas cuestiones hemos de abordarlas separadamente.

En relación con la concurrencia de causa de nulidad, hemos de subrayar que tal cuestión ya fue resulta con nitidez por el dictamen 579/2010, de 14 de octubre, que sirvió de fundamento para que por el Ayuntamiento de Almuñécar se declarase la nulidad de la licencia en acuerdo plenario de 28 de octubre de 2010.

Pero recurrido en sede judicial tal acuerdo -realmente, la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el mismo- en sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Granada de 7 de febrero de 2013 (nº 51/2013, recurso 217/2011) y del TSJA, Sala de Granada, de 6 de abril de 2015 (nº 704/2015, apelación 511/13), se declaró caducado el procedimiento de revisión de oficio, obviando que dicho procedimiento había sido iniciado y tramitado en cumplimiento de otras dos sentencias judiciales que así lo acordaban. Ciertamente, aquél procedimiento, e igualmente el que ahora se nos somete a consulta, pretenden ejecutar la sentencia nº 115/2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Granada (de 28 de abril de 2008), confirmada en apelación por la STSJA nº721/09, de 29 de diciembre de 2009.

En ambas se condenaba a la Administración local consultante a tramitar y resolver el procedimiento de revisión de oficio. En ejecución de tales resoluciones judiciales parece evidente que no procede la caducidad del procedimiento, no solamente porque no procede ser considerado como iniciado de oficio (que es el supuesto en el que concurre la caducidad), sino porque con ello quedaría a la voluntad de la Administración condenada el incumplimiento de la resolución judicial mediante el simple mecanismo de dejar transcurrir el tiempo hasta la caducidad, de forma sucesiva y reiterada. Sin embargo, esa circunstancia no ha sido tenida en cuenta en las sentencias que estimaron la caducidad, motivo por el cual nos encontramos, otra vez, en este nuevo procedimiento de revisión.

Desde este punto de partida, no han cambiado las circunstancias desde el anterior dictamen. De hecho, en el propio dictamen de la Comisión Informativa de Urbanismo del Ayuntamiento de 24 de julio de 2017, se hace constar claramente que "según los informes jurídicos y el informe técnico obrantes en el expediente, las causas de nulidad que justificaron la tramitación del citado procedimiento siguen concurriendo por lo que es procedente iniciar nuevo

procedimiento de revisión de oficio para ejecutar la última sentencia dictada. Y es que, tal y como dice el Arquitecto municipal en su informe, la licencia de obras amén de conferirse sin la previa y preceptiva tramitación de Proyecto de Actuación sobre el que ampararse, infringe el planeamiento vigente (PGOU 87) al recoger un uso expresamente prohibido en el mismo".

Es patente que, en lo que atañe a la cuestión de fondo, es trasladable lo que se argumentó por este Órgano en su anterior dictamen, si bien entonces el Ayuntamiento proponía la legalidad de la licencia y, en esta ocasión la aplicación de los límites a la revisión de oficio del artículo 110 de la Ley 39/2015. Ya decíamos en el dictamen 579/10, de 14 de octubre lo siguiente:

"Tanto el informe del Arquitecto Municipal, de 13 de mayo de 2010, como el del letrado externo de 17 de mayo del mismo año, ambos elaborados con ocasión de la tramitación del expediente de revisión de oficio, se sustentan para argumentar la legalidad de la licencia de obras en el hecho de haber sido declarada la utilidad pública e interés social de la actuación mediante acuerdo plenario de fecha 1 de agosto de 2001.

Sin embargo, resulta conveniente aportar otra serie de datos omitidos en ambos informes, que constan no obstante en el expediente remitido al Consejo Consultivo tras el requerimiento efectuado al efecto.

1.- El 9 de marzo de 1999, en representación de don Pedro Manjón Lastra, se presentó ante el Ayuntamiento de Almuñécar solicitud para la declaración de utilidad pública e interés social para la construcción de un Hotel Residencia Geriátrica de cuatro estrellas en suelo no urbanizable.

La parcela contaba con una superficie aproximada de 9.090 m^2, según se indica en la documentación que acompañaba la solicitud. El informe de la Delegación provincial de la Consejería autonómica competente en materia de urbanismo, de 9 de junio de 1999, fue desfavorable al estar situada la finca "junto a suelo urbanizable programado, existiendo posibilidad de formación de un núcleo de población, según lo establecido en el artículo 16.3.2º del TR de la Ley de suelo y ordenación urbana", RDLeg 1/1992, de 26 de junio.

El Ayuntamiento de Almuñécar, en sesión plenaria de 6 de agosto de 1999, declaró la utilidad pública e interés social, autorizando la consiguiente construcción.

2.- El 14 de abril de 2001, el representante de C.R.S.N., S.L., solicitó ante el Ayuntamiento de Almuñécar la declaración de utilidad pública e interés social para la construcción de un complejo hotelero de salud y natura de cuatro estrellas en suelo no urbanizable. La finca contaba con una superficie aproximada, según la documentación adjunta, de 21.902,65 m^2, si bien el solar concreto sobre el que se proponía la construcción de la edificación era de 12.700,52 m^2. Se puede comprobar en la planimetría remitida que esta finca es contigua a la que hemos hecho referencia en el punto 1 anterior.

El Ayuntamiento Pleno, el 1 de agosto de 2001, declara la utilidad pública e interés social. Consta en el expediente, fechado el 31 de julio de 2001 pero registrado de salida el 3 de agosto del mismo año, informe de la Delegación provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes en sentido desfavorable, por dos motivos: "- Los terrenos se encuentran clasificados por el vigente PGOU de Almuñécar como Suelo no Urbanizable de Protección de Cultivos, estando dicha actuación expresamente prohibida según N.6.2.1. del citado PGOU.

- Dicha actuación, consiste en la construcción de un complejo Hotel de 4 estrellas, de unas 200 suites adosadas y aisladas, en parcela de 12.700,52 m2, con una ocupación máxima del 50%, edificabilidad $1m^2t/m^2s$, y cuatro plantas de alzado (B+3), situada junto al suelo clasificado como urbano. Se considera que da lugar a la formación de núcleo de población, considerándose las condiciones de ordenación establecidas, propias de suelo clasificado como urbano."

Con estos antecedentes, la representación de la mercantil S.N. solicitó, según registro de entrada de 30 de julio de 2004, licencia para la construcción de Hotel. Sin embargo, consta el informe del Jefe de la Sección Administrativa de Urbanismo del ayuntamiento de Almuñécar, de 7 de septiembre del mismo año, en el que se señala que el proyecto básico presentado para la construcción del Hotel se sustenta sobre unos terrenos de 21.790,52 m2, que se corresponden precisamente con la suma de las dos parcelas sobre las cuales se había declarado la utilidad pública e interés social, a las que nos hemos referido anteriormente. Se añade en el informe que la documentación presentada para la solicitud de licencia, no respetaba ninguna de las dos declaraciones de utilidad pública e interés social anteriores. Finalmente, el 28 de junio de 2005, la Junta de Gobierno Local otorgó la licencia cuyo examen de legalidad se somete al dictamen del Consejo Consultivo.

En modo alguno la licencia en cuestión puede ampararse en la declaración de utilidad pública que, de forma separada y para dos actuaciones distintas, realizó el Ayuntamiento de Almuñécar en la forma que hemos señalado. El artículo 16.3.2º del ya derogado texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, RDLeg 1/1992, establecía un procedimiento para la declaración de utilidad pública o interés social que, obviamente y a la vista de la tramitación requerida por el precepto citado, es único y exclusivo para cada uno de los proyectos sobre los que se solicita la declaración. Resulta improcedente tramitar una declaración sobre una parcela de 9.090 m^2, para una construcción determinada; y otra sobre la parcela contigua de 12.700,52 m^2, sobre otra construcción distinta de la

anterior, para finalmente solicitar licencia para una construcción, distinta de las dos anteriores, que abarca los 21.790,52 m^2 que suman ambas parcelas.

No es admisible desvincular la licencia de la declaración de utilidad pública, pues ésta se otorga, precisamente, para la construcción propuesta en el expediente de solicitud de dicha declaración. La nueva propuesta conjunta sobre ambas parcelas, es distinta de las que obtuvieron la declaración, y fue tramitada y otorgada incurriendo en fraude de ley, en los términos en que lo describe el artículo 6.4 del Código Civil.

Pero, por otra parte, tampoco es admisible la tesis mantenida en los informes técnicos y jurídicos emitidos durante la sustanciación del expediente de revisión inicialmente reseñado. Como ya anticipábamos, en ellos se pretende amparar la licencia en la declaración de utilidad pública de 1 de agosto de 2001.

Al respecto ha de indicarse que tras la citada declaración, el legislador andaluz aprobó la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, con entrada en vigor el 20 de enero de 2003.

La Disposición transitoria primera del citado texto legal declara de aplicación íntegra, inmediata y directa, desde el momento de la entrada en vigor, el contenido -entre otros- del titulo II de la Ley, en el cual se halla el régimen jurídico del suelo no urbanizable. Concretamente, el artículo 52.2 establece que en suelo no urbanizable de especial protección (y este es el caso del suelo que nos ocupa: Protección de Cultivos) sólo podrá llevarse a cabo construcciones "previstas y permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial, que sean compatibles con el régimen de protección a que esté sometido", añadiendo el precepto que están sometidas a aprobación con arreglo al apartado anterior, el cual se refiere a las Actuaciones de Interés Público.

Huelga apostillar que en el caso examinado, ni se ha tramitado el correspondiente Proyecto de Actuación propio de una Actuación de Interés Público (cuyo contenido e *iter* procedimental es el que se detalla en los artículos 42 y 43 de la Ley 7/2002), ni la actuación está prevista y permitida en el planeamiento superior: por el contrario, está expresamente prohibida tal y como señaló en su informe la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

En definitiva, el acto de otorgamiento de licencia incurre en causa de nulidad clara, tanto del artículo 62.1 apartado f) de la Ley 30/1992, (acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquiere el derecho a ejecutar una determinada obra careciendo de los requisitos esenciales para ello), como en el apartado e), al omitirse la aplicación de la Ley 7/2002 y, consecuentemente, obviarse total y absolutamente el procedimiento previsto en el régimen jurídico que regula esta materia.

Por todo ello, la licencia otorgada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, el 28 de junio de 2005, a la mercantil complejo residencial S.N., S.A., para la construcción de un hotel, es nula de pleno derecho, debiéndose dictaminar desfavorablemente la propuesta de resolución confirmatoria de dicha licencia, elaborada en el expediente sometido a consulta".

El Consejo Consultivo no alberga duda de la nulidad de la licencia en cuestión, y en tal sentido ha de pronunciarse.

Pero, llegados a este punto, se invoca asimismo por el Ayuntamiento y por la mercantil interesada la aplicación del artículo 110 de la Ley 39/2015, de tenor idéntico al 106 de la Ley 30/1992, de aplicación al caso habida cuenta de la fecha de la licencia.

Como ya ha dejado dicho este Consejo Consultivo en numerosos Dictámenes, el citado precepto utiliza de forma genérica la expresión "tiempo transcurrido" como una de las causas a tener en consideración al momento de aplicar el procedimiento revisorio, sin introducir más precisiones que permitan facilitar al operador jurídico su tarea de interpretación y aplicación del precepto. Ello nos obliga a examinar las circunstancias concurrentes particularizando en cada caso para tratar de subsumir en ellas la *mens legislatoris* ínsita en tan lacónica expresión.

Conforme a reiterada jurisprudencia y la doctrina de este Consejo Consultivo, el procedimiento revisorio tiene por finalidad facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su inatacabilidad definitiva. Siendo esto así, es obvio que este cauce procedimental pretende ampliar las posibilidades de evitar que una situación afectada por una causa de nulidad de pleno derecho quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a que adolezca de un vicio de tan relevante trascendencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001, 27 de diciembre de 2006 y 18 de diciembre de 2007, entre otras).

Sentada la conclusión favorable a la apreciación de la existencia de nulidad, porque la causa es inequívoca al no constar en el expediente trámites esenciales del procedimiento sin los cuales este no puede entenderse válidamente realizado y al haberse adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales, es preciso valorar si concurren circunstancias que hayan de ser consideradas como límite a la revisión de oficio previstas en el artículo 106 de la Ley 30/1992 y 110 de la Ley 39/2015.

Como ha expresado el Tribunal Supremo con reiteración, dicho precepto no es una norma interpretativa para restringir

la apreciación de las causas de nulidad, sino una norma conectada con las causas de nulidad y sus efectos y que, sin pretender ignorarlos, trata de atemperarlos. No otro significado debe dársele a la referencia que el precepto efectúa a la ponderación de circunstancias concretas que recoge y a estándares abstractos, tales como la buena fe o la equidad, típicos de un sistema que atempera las consecuencias rigurosas de la aplicación de la ley cuando concurran motivos suficientes y así pueda motivarse.

Por ello, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene armonizando dos principios que deben contemplarse conjuntamente en el caso objeto de la consulta: de una parte, el carácter restrictivo con que deben constatarse los límites a revisión a la que se refiere el artículo 106 de la Ley 30/92 y actual artículo 110 Ley 39/2015, pues en caso contrario se convertiría en una vía de escape a las consecuencias de la nulidad; y de otra, la ponderación de las circunstancias que el legislador ha previsto como solución contraria a la efectividad inmediata de la nulidad y de sus rigurosos efectos, lo que nos conduce a contemplar y ponderar los bienes jurídicos en juego y las circunstancias presentes en cada caso.

En el caso sometido a este Dictamen la argumentación esgrimida, por la que esencialmente se propone considerar el tiempo transcurrido desde la licencia otorgada en junio de 2005, no puede recibir favorable acogida. Tanto el Ayuntamiento como la mercantil beneficiaria de la licencia parecen olvidar que tras su otorgamiento, la Administración autonómica requirió la revisión de oficio al ente local, y tras no ser atendido el requerimiento en cuestión, hubo de agotarse dos instancias judiciales que acordaron obligar a dicho ente a iniciar y tramitar la revisión. Y posteriormente, como se ha venido razonando a lo largo del dictamen, dos nuevas instancias judiciales a las que acudió la empresa interesada en el ejercicio de sus derechos, han vuelto a motivar, tras apreciar la caducidad, que cerca de trece años después de la licencia aún se esté tramitando el presente expediente en un claro ejemplo de ineficacia y desidia administrativa.

No puede utilizarse válidamente por quien ha motivado ese inadmisible retraso que ha transcurrido un plazo excesivo, utilizando así la política de hechos consumados y la consolidación de una edificación amparada por una licencia manifiestamente nula.

Por todo ello, procede dictaminar desfavorablemente la propuesta elaborada al ser nulo el acto municipal de otorgamiento de licencia y no proceder la aplicación de los límites a la revisión de oficio.

CONCLUSIÓN

Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución del expediente tramitado por Excmo. Ayuntamiento de Almuñécar (Granada), referido a la revisión de oficio de licencia de obras otorgada, el 28 de junio de 2005, a la mercantil C.R.S.N., S.A., para construcción de Hotel, en cuanto que propone aplicar los límites a la revisión de oficio, apreciándose la nulidad de la misma.