

<p>Expediente: 10/2018 Objeto: Revisión de oficio de licencia de apertura de local, solicitada por el Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala. Dictamen: 27/2018, de 17 de septiembre</p>
--

DICTAMEN

En Pamplona, a 17 de septiembre de 2018,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza, Presidente; doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria; doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Luis Goñi Sein,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

La Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 9 de febrero de 2018, traslada, conforme al artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra, solicitud de Dictamen preceptivo de este Consejo sobre expediente de revisión de oficio de apertura de local concedida al local de don..., solicitado por el Ayuntamiento de Huarte/Huarteko Udala.

A la petición de dictamen remitida por el Ayuntamiento de Huarte/Huarteko Udala se acompaña el expediente de revisión de oficio tramitado.

I.2ª Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes:

Primero.- Con fecha 3 de julio de 2015, se tramita ante el Ayuntamiento de Huarte/Huarteko Udala una solicitud de licencia de legalización de una oficina privada en la calle..., adjuntándose un proyecto de legalización de la actividad inocua redactado por el arquitecto don.... El mencionado proyecto consta de un Certificado de idoneidad en el que se determina que el local reúne las condiciones para instalar dicha actividad, y que cumple la normativa vigente con acceso libre, directo y permanente a la vía pública. Contiene, además, un presupuesto de las obras que debe legalizar y acometer, unas fotografías del estado actual y unos planos de distribución en los que se observa el estado actual de los locales, así como su estado reformado.

Segundo.- Con fecha 1 de diciembre de 2015 se registra en el Ayuntamiento de Huarte/Huarteko Udala una documentación complementaria para aportar al expediente, redactada por el mismo técnico, consistente en un Certificado Técnico de Aptitud de local para ejercicio de actividad, en el que el Sr... certifica que el local, ubicado en la calle..., cumple con la normativa urbanística y demás normativa aplicable y considera, por tanto, que es apto para desarrollar la actividad de oficina privada.

Tercero.- La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala adoptó, con fecha 1 de diciembre de 2015, el acuerdo de conceder la apertura del referido local para uso privado.

Cuarto.- En el mes de septiembre de 2017, realizada una visita al indicado local con ocasión de la revisión anual de las modificaciones catastrales registradas en el municipio, los Servicios Técnicos Municipales del Ayuntamiento detectan que el referido local se encuentra situado en la planta sótano del edificio, así como que el acceso del local desde la vía pública se realiza desde un pasillo interior al que abren otros recintos privados. También se observa que las obras descritas en el certificado técnico no se han ejecutado totalmente.

Quinto.- Tras la referida visita, el Arquitecto Asesor Municipal, don..., emite, con fecha 15 de septiembre de 2017, informe en el que concluye que:

“la documentación presentada por el solicitante ante el Ayuntamiento ha sido premeditadamente engañosa haciendo ver que las fincas se ubicaban en planta baja cuando realmente se trata de una planta sótano. Máxime teniendo en cuenta que incumple la normativa urbanística vigente”.

Sexto.- A la vista del referido Informe, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala adoptó, por unanimidad, el día 15 de septiembre de 2017, el acuerdo de *“incoar el expediente administrativo para llevar a cabo la revisión de oficio del acuerdo de la Junta de 1 de diciembre de 2015 , mediante la cual se acordó la concesión de la licencia de apertura de local para uso privado en la calle... (parcela... polígono... unidad...), al incurrir en vicio de nulidad de pleno derecho, previsto en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y además tratarse de un hecho no cierto ya que como tales parcelas no existían en ese momento”*. Así mismo se acordó conceder al interesado un trámite de audiencia de quince días hábiles, para que formulase las alegaciones que estimase pertinentes para la defensa de sus derechos en el expediente administrativo de referencia, así como solicitar dictamen preceptivo al Consejo de Navarra, suspendiendo el plazo para resolver el expediente por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe.

Séptimo.- Con fecha 26 de febrero de 2018, y a requerimiento del Consejo de Navarra, se incorpora al expediente de revisión de oficio del Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala, el Informe de la Secretaría del Ayuntamiento y la Propuesta de acuerdo de la Junta de Gobierno Local. El Informe de Secretaría, luego de exponer la normativa aplicable al supuesto, considera que la ejecución del acto administrativo puede ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación, motivo por el cual propone la suspensión del mismo; y, en cuanto al fondo del asunto, entiende que el acto administrativo incurre en el supuesto de nulidad previsto en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), consistente en tener un contenido imposible.

Octavo.- Con fecha 22 de agosto de 2018, y a requerimiento nuevamente del Consejo de Navarra, se incorpora al expediente de revisión de oficio del Ayuntamiento Huarte/Uharteko Udala, escrito de la Alcaldía de 20 de agosto de 2018, conteniendo una Propuesta de acuerdo del Pleno, en términos idénticos a los de la Propuesta de acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en el que se declara la nulidad de la resolución de 1 de diciembre de 2015.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta formulada por el Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala, a través de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, somete a dictamen del Consejo de Navarra la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho de la apertura de local concedida al local de D..., solicitada por el Ayuntamiento de Huarte/Huarteko Udala.

La petición de dictamen por parte de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra se justifica en el artículo 15.1, en relación con el 14.1, ambos de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en adelante, LFCN).

En efecto, la LFCN establece que el Consejo de Navarra debe ser consultado preceptivamente en *“cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo”* (artículo 14.1.j) y que *“corresponde a la Presidencia de la Comunidad Foral y a la Presidencia del Parlamento de Navarra formular la solicitud de dictamen del Consejo de Navarra”* (artículo 15.1).

Para la revisión de oficio de los actos locales, tal remisión nos lleva al artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), a cuyo tenor (apartado 1) *“las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable*

del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1”.

También el artículo 53.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN), impone la necesidad de dictamen previo del Consejo de Navarra para declarar la nulidad de actos administrativos en procedimiento de revisión de oficio. Según este precepto la declaración de nulidad requiere, además, que el dictamen sea favorable.

En el presente caso nos encontramos ante una revisión de oficio por nulidad de pleno derecho, por lo que es evidente que nuestro dictamen resulta preceptivo.

II.2ª. El marco jurídico de aplicación

Como se ha indicado, la consulta formulada versa sobre la revisión de oficio de la apertura de local concedida al local de don..., solicitada por el Pleno del Ayuntamiento de Huarte/Huarteko Udala, por haber incurrido en un supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 47 de la LPACAP, consistente en tener un contenido imposible.

La regulación sustantiva de aplicación al asunto considerado es la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra (en lo sucesivo, LFOTU), aplicable en su momento y que ha sido sustituido por el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del territorio y Urbanismo.

Respecto a la legislación aplicable al procedimiento de revisión de oficio, la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (en adelante, LFALN) remite, en cuanto a las competencias, potestades y prerrogativas de los municipios de Navarra, a las que la legislación general reconoce a todos los del Estado (artículo 29.1, párrafo

primero); añadiendo que tendrán asimismo las competencias que, en materias que corresponden a Navarra, les atribuyan las leyes de la Comunidad Foral (artículo 29.1, párrafo segundo).

La LBRL atribuye a los municipios la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos [artículo 4.1.g)] y dispone que “las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común” (artículo 53). Dichos preceptos legales se reiteran en los artículos 4.1.g) y 218, respectivamente, del Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Esta remisión a la legislación estatal del procedimiento administrativo común ha de entenderse realizada a la LPACAP, y en particular a su artículo 106.1 que apodera a los municipios -en cuanto Administraciones Públicas- para la revisión de oficio de sus actos en los supuestos de nulidad previstos en su artículo 47.1.

II.3ª. Sobre la instrucción del procedimiento de revisión de oficio

El artículo 106 de la LPACAP no formaliza el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos, indicando la posibilidad de su inicio por iniciativa propia y la exigencia de dictamen favorable de órgano consultivo de la Comunidad Autónoma (este Consejo de Navarra) (apartado 1). Asimismo, su apartado 5 dispone que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo; si bien es posible la suspensión del transcurso del plazo máximo legal previsto en el artículo 108 de la propia LPACAP.

En todo caso, y como señalábamos en el dictamen 4/2012, en sintonía con la posición mantenida por el Consejo de Estado, y hemos venido reiterando con posterioridad (entre otros, dictamen 53/2017), “la competencia para la resolución de los expedientes de revisión de oficio de

los actos nulos de pleno derecho adoptados por los diferentes órganos de las Corporaciones Locales corresponde al Pleno de la entidad”.

Además, el artículo 28.1 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra (en adelante, ROFCN), dispone que a la petición de consulta se acompañará el acto o acuerdo de efectuarla, así como la propuesta de resolución que constituya el objeto de la consulta.

Pues bien, en el presente caso, el procedimiento de revisión de oficio, iniciado el 15 de septiembre de 2017, se ha tramitado adecuadamente, ya que el Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala consultante acordó la incoación del procedimiento correspondiente, en el que se ha dado audiencia a la parte interesada, sin que haya formulado alegaciones y se ha terminado elevando a este Consejo la oportuna propuesta de resolución, proponiendo la estimación de la solicitud de declaración de nulidad del acuerdo municipal por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el apartado c) del artículo 47.1 de la LPACAP. Asimismo, se ha acordado la suspensión del plazo para resolver el expediente por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen, y notificar la resolución de acuerdo con el artículo 22 de la LPACAP.

II.4ª. Examen de la causa de nulidad invocada por el Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala

Como se ha indicado, el artículo 106.1 de la LPACAP refiere la revisión de actos nulos a los actos administrativos en los supuestos previstos en el artículo 47.1 de la misma Ley. En el presente caso la propuesta de resolución elevada por el Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala propone la estimación de la solicitud de la declaración de nulidad de pleno derecho adoptada por acuerdo municipal de 20 de agosto de 2018.

La nulidad de pleno derecho se configura legalmente como el máximo grado de invalidez de los actos para aquellos casos de vulneración grave del ordenamiento jurídico, debiendo ser ponderada con criterios estrictos y de prudencia, dado su carácter excepcional, caso por caso.

La causa de nulidad invocada en el presente expediente es, como se ha señalado, la del apartado c) del artículo 47.1 de la LPACAP, que se refiere a los actos que tengan un contenido imposible.

Según la doctrina jurisprudencial, este motivo de nulidad de pleno derecho concurre cuando la imposibilidad es de carácter material y no jurídico. Así, lo recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012 (Recurso número 397/2010), recogiendo la doctrina establecida en las sentencias de 19 de mayo de 2000 y de 2 de noviembre de 2004, que, aunque referidas al antiguo artículo 47.1.b) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, es extensible al actual artículo 47.1.c) de la LPACAP, por la identidad de razón. La referida sentencia del TS de 31 de mayo de 2012 delimita el alcance del concepto de acto administrativo de contenido imposible en los siguientes términos:

"La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985)".

El Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala imputa al acto de concesión de la licencia de apertura de local para uso privado en la calle... (parcela... polígono... unidad...), el tener un contenido imposible y, en consecuencia, el haber incurrido en vicio de nulidad de pleno derecho tipificado en el artículo 47.1.c) de la LPACAP. Lo cual se justifica en el hecho de que el propietario de la finca solicitante de la legalización de la actividad de oficina, presentó una documentación premeditadamente engañosa haciendo ver al

Ayuntamiento que la finca se ubica en planta baja cuando en realidad está situada en la planta sótano, lo que incumple la normativa urbanística del mismo edificio. Abundando en más detalles, se hace saber en los antecedentes del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 15 de septiembre de 2017, que el Ayuntamiento *“dictó el acto de concesión de licencia en referencia a una unidad catastral que no era cierta, ya que las unidades de referencia: dos trasteros no pueden convertirse en un local sino que tanto por la normativa vigente como por la calificación registral solo pueden tener el uso de los trasteros”*.

Esta apreciación no puede, sin embargo, compartirse, pues el acto administrativo de la concesión de la licencia de apertura, otorgada al interesado el 1 de diciembre de 2015, no presenta un contenido imposible. En efecto, no es un problema de “imposibilidad natural, física y real” (STS de 3 de junio de 1981) lo que se plantea en este supuesto, pues la actividad de oficina privada para la que fue concedida la licencia ha podido ser materialmente desarrollada en el referido local, y ello nada menos que durante dos años, que es el tiempo que el Ayuntamiento ha tardado en advertir la existencia de una actividad sin la debida cobertura legal. El problema suscitado es otro y tiene que ver con la disconformidad del acto (acuerdo de concesión de licencia) con el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con la normativa urbanística municipal vigente en el momento de la tramitación del expediente, que, al decir del arquitecto asesor municipal se mantiene vigente incluso en la actualidad, la objeción que plantea la concesión de la licencia es que el acuerdo adoptado infringe lo establecido en el artículo 3.2.17 de las Ordenanzas de Edificación General de Ordenación Urbana de Huarte/Uharte, en tanto que no computa como volumen edificable los espacios en sótano, y, en consecuencia, el uso como oficina de la finca computaría a efectos del volumen máximo edificable y, por tanto, de su edificabilidad. Al mismo tiempo, el acuerdo vulneraría el artículo 3.4.2.1 de la Ordenanza, donde se determina, por un lado, que los comercios que se establezcan en los sótanos no podrán ser independientes del local inmediatamente superior y, por otro, que los locales comerciales y

sus almacenes no podrán tener ninguna conexión directa con viviendas, cajas de escaleras de viviendas, ni portal.

La imposibilidad a que se refiere el Ayuntamiento en su revisión de oficio es la imposibilidad derivada de esos preceptos reguladores de la normativa municipal urbanística, lo cual nada tiene que ver con la imposibilidad natural. Se trata de una imposibilidad jurídica originaria, que el Ayuntamiento pudo haberlo advertido realizando un control de la actividad solicitada por el administrado cuando tramitó su solicitud de licencia de legalización de una oficina privada en la calle..., y aportó, junto a dicha solicitud, el Proyecto de legalización de la actividad inocua redactado por el arquitecto don..., así como el Certificado de idoneidad en el que se determina que el local reúne las condiciones para instalar dicha actividad, y que cumple la normativa vigente con acceso libre, directo y permanente a la vía pública.

El otorgamiento de una licencia requiere, como tiene declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de abril de 1992, *“el examen previo de las circunstancias concurrentes que permiten a la Administración valorar la legalidad de la actividad que se va a desarrollar o si el local ofrecido reúne las debidas condiciones de sanidad, seguridad, etc. Ello significa que el otorgamiento o la denegación de la licencia ha de serlo en función de la legalidad vigente al tiempo de decidir sobre la petición”*.

En este supuesto, el Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala otorgó una licencia previa, inducido por el error, sin haber advertido el manifiesto incumplimiento de las ordenanzas municipales. No estamos, por tanto, aquí, ante un acto de contenido imposible, que esté cubierto de las potestades de revisión de oficio.

El Consejo de Navarra está vinculado por la cuestión planteada y no debe apartarse de la causa de nulidad invocada en el presente expediente, que es, como se ha señalado, la del apartado c) del artículo 47.1 de la LPACAP, que se refiere a los actos que tengan un contenido imposible. No siendo posible estimar la causa de nulidad invocada, no ha lugar a la revisión de oficio de la licencia concedida. En todo caso, ello no es óbice

para que el Ayuntamiento pueda explorar otras vías adecuadas para reparar el error y restituir la legalidad urbanística.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que no procede la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho de la Propuesta de acuerdo del Pleno del Ayuntamiento del Ayuntamiento de Huarte/Uharteko Udala de 20 de agosto de 2018.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.