CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Pérez Solano, Consejero
Sr. Madrid López, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero y Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 25 de agosto de 2010, ha examinado el *expediente relativo a la revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxx1 de la licencia concedida a D. xxxxx,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 20 de julio tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxx1 para que se declare la nulidad de pleno derecho de la licencia concedida a D. xxxxx para la construcción de una vivienda sita en la calle xx1 nº 45.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 27 de julio de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 845/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 26 de octubre de 1995 D. xxxxx solicita la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de xxxx1 en la Unidad de Actuación nº 19.

El 3 de noviembre de 1995 presenta instancia en la que solicita la modificación del Plan General de Ordenación Urbana, en el sentido de reducir el porcentaje de cesión de la superficie destinada a suelo libre de uso público.

El Pleno del Ayuntamiento de xxxx1, en sesión celebrada el 23 de noviembre de 1995, adopta un acuerdo de aprobación inicial de la modificación del sistema de actuación, sustituyendo el sistema de compensación por el de cooperación en la mencionada Unidad de Actuación nº 19.

Segundo.- En sesión ordinaria celebrada el 27 de febrero de 1996, el Ayuntamiento de xxxx1 aprueba definitivamente el cambio del sistema de actuación en la Unidad de Actuación nº 19, plano 6-5.

Tercero.- Mediante escrito de 16 de febrero de 1996 D. vvvv1 y Dña. vvvv2 solicitan la exclusión de la Unidad de Actuación de los inmuebles de su propiedad.

Cuarto.- El 2 de diciembre de 1996 tienen entrada en el registro del Ayuntamiento de xxxx1 dos escritos de D. xxxxx en los que solicita la Urbanización de la Unidad de Actuación nº 19 y mejora su solicitud reiterando su petición inicial sobre el aprovechamiento de la parcela y solicita la modificación de la limitación de la altura que establece el PGOU de xxxx1.

Quinto.- En sesión extraordinaria de 1 de agosto de 1997, el Pleno de la Corporación aprueba inicialmente la modificación del PGOU de xxxx1, que afecta a la Unidad de Actuación nº 19 del plano 6-5 y acuerda al mismo tiempo "la suspensión en el otorgamiento de licencias de parcelación, edificación y demolición" en dicha Unidad de Actuación y en otros terrenos afectados por la modificación.

Sexto.- El 15 de diciembre de 1997 tiene entrada en el Ayuntamiento de xxxx1 un informe urbanístico del Colegio Oficial de Arquitectos de xxxx2, Delegación de xxxx3, en el que se señala que en relación con el proyecto presentado por D. xxxxx para la ejecución de la vivienda unifamiliar, "(…) existe infracción urbanística por no haber adquirido todavía ese suelo el derecho a la edificación y no corresponder la vivienda proyectada a las condiciones de volumen marcadas en el PGOU (…)".

Séptimo.- El 26 de diciembre de 1997 D. xxxxx presenta en el registro del Ayuntamiento de xxxx1 una solicitud de licencia para proyecto de ejecución de vivienda unifamiliar en el nº 45 de la calle xx1

Octavo.- El 26 de marzo de 1998 la Comisión Territorial de Patrimonio Cultural de xxxx3 informa favorablemente el referido proyecto, supeditado al cumplimiento de seis condiciones, y el 21 de mayo de 1998, cumplidas las determinaciones impuestas, emite informe favorable definitivo.

Noveno.- El 16 de abril de 1998 el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de xxxx1 "teniendo en cuenta los informes favorables de los Servicios Técnicos Municipales y de la Ponencia Técnica de la Comisión Provincial de Urbanismo", resuelve "Conceder licencia provisional de obras al citado promotor, en espera de otorgar la licencia definitiva, pendiente de solventar los trámites administrativos pertinentes".

Décimo.- El 22 de marzo de 1999 el arquitecto municipal de xxxx1 informa que el proyecto de ejecución de la vivienda unifamiliar en la calle de xx1 n° 45 se adapta a lo previsto en el Plan Especial de Protección del Casco Histórico de la ciudad de xxxx1 (xxxx4), (aprobado provisionalmente), salvo en lo relativo a las alturas de los aleros y a la edificación (porche), que invade la zona libre de uso privado fijado en el xxxx4. Señala también el informe que la edificación está casi terminada.

El 9 de abril de 1999 se remiten por fax alegaciones del arquitecto y autor del proyecto de ejecución de la vivienda, en contestación al informe emitido por el arquitecto municipal. A su vez el 18 de mayo de 1999 el arquitecto municipal responde a las alegaciones realizadas por el autor del proyecto.

Decimoprimero.- No consta en el expediente remitido que se haya realizado ninguna actuación municipal hasta los informes emitidos por la Policía Local el 5 de marzo de 2007, relativos a la situación de la vivienda.

El 5 de marzo de 2007 emiten también informes el ingeniero técnico municipal, el Inspector de Rentas y el Tesorero Accidental, y el 6 de marzo el Interventor Accidental del Ayuntamiento. Constan además informes de un administrativo del departamento de Secretaría de 13 de marzo de 2007,

informe del arquitecto municipal de 28 de marzo de 2007 y un informe de Secretaría de 9 abril de 2007, anulado y remplazado por otro de 24 de abril de 2007. Obra igualmente en el expediente un informe de la Comisión Territorial de Urbanismo de 11 de marzo de 2008.

Decimosegundo.- El 29 de abril de 2008 la Secretaria General del Ayuntamiento propone el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la licencia provisional concedida el 16 de abril de 1998.

Decimotercero.- Consta también en el expediente remitido el informe de la Comisión Territorial de Urbanismo de 29 de abril del 2008 y el acta de la reunión de la Comisión Informativa de Gobierno y Gestión Económica, celebrada el 6 de mayo de 2008, en la que se propone el inicio del procedimiento de revisión de oficio.

Decimocuarto.- En sesión extraordinaria celebrada el 9 de mayo de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 acuerda el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la licencia provisional concedida para la ejecución de la construcción sita en la calle xx1 nº 45.

Dicho acuerdo es notificado a D. xxxxx el 21 de mayo, quien presenta alegaciones el 16 de junio.

Decimoquinto.- El 9 de junio de 2008 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de xxxx1 un recurso de reposición, formulado por el Grupo Municipal xxxx5, contra el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento el 9 de mayo de 2008.

Decimosexto.- El 18 de junio de 2008 la Policía Local emite informe, acompañado de fotografías en las que se aprecia la ocupación de suelo libre de uso público correspondiente al nº 45 de la calle xx1.

Decimoséptimo.- El 3 de julio de 2008 se formula propuesta de resolución de la Alcaldía por la que se acuerda declarar la nulidad de la licencia provisional concedida, al no darse para obras provisionales sino para obras con acreditado carácter de permanencia, y por autorizarse obras en suelo libre de uso y dominio público.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Decimoctavo.- Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León de 4 de septiembre de 2008, se requiere al Ayuntamiento de xxxx1 para que se complete el expediente mediante la acreditación de la notificación al interesado del acuerdo de suspensión del plazo para resolver el procedimiento.

Decimonoveno.- El 11 de noviembre de 2008 tiene entrada en el Consejo Consultivo de Castilla y León el documento acreditativo de la notificación efectuada, por lo que se reanuda el plazo para la emisión del dictamen.

Vigésimo.- En el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León nº 708/2008 se informa que procede que se declare la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de que la Administración consultante pueda acordar nuevamente la incoación del procedimiento de revisión de oficio y la conservación de actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente.

Vigésimo primero.- El Pleno de la Corporación, en sesión ordinaria celebrada el 30 de enero de 2009, acuerda declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio e iniciar un nuevo procedimiento de revisión de oficio de la licencia provisional concedida a D. xxxxx el 16 de abril de 1998, para la construcción de una vivienda sita en la calle xx1 nº 45, por ser nula de pleno derecho, de conformidad con el artículo 62.1 e) y g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y conservar todos los actos y tramites realizados en el procedimiento respecto del que se ha declarado su caducidad. Asimismo se acuerda dar audiencia a los interesados.

Vigésimo segundo.- El 28 de febrero de 2009 D. xxxxx presenta alegaciones en las que se opone al procedimiento de revisión.

Vigésimo tercero.- El 3 de marzo de 2009 se formula propuesta de resolución de la Alcaldía por la que se acuerda declarar la nulidad de la licencia provisional concedida el 16 de abril de 1998. En esta misma fecha se comunica

al interesado la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo señalado en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Vigésimo cuarto.- Por Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León de 15 de abril de 2009 se solicita documentación complementaria para la emisión del dictamen, que no tiene entrada en el Consejo Consultivo hasta el 21 de enero de 2010, sin perjuicio de la reiteración de la petición de documentación a los efectos de archivar las actuaciones en el expediente interno de este Consejo.

Vigésimo quinto.- En el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León nº 257/2009, se informa que procede que se declare la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de que la Administración consultante pueda acordar nuevamente la incoación del procedimiento de revisión de oficio y la conservación de actos y trámites practicados en el procedimiento en lo que resulte procedente.

Vigésimo sexto.- El Pleno de la Corporación, en sesión ordinaria celebrada el 28 de mayo de 2010, acuerda declarar la caducidad del procedimiento de revisión de oficio y el inicio de un nuevo procedimiento de revisión de oficio de la licencia provisional concedida a D. xxxxx el 16 de abril de 1998, para la construcción de una vivienda sita en la calle xx1 nº 45, por ser nula de pleno derecho, de conformidad con el artículo 62.1 e) y g) de la Ley 30/1992, y conservar todos los actos y tramites procedentes. Asimismo se acuerda conceder audiencia a los interesados.

Vigésimo séptimo.- El 25 de junio de 2010 D. xxxxx presenta escrito de alegaciones de D. xxxxx, por el que se opone al procedimiento de revisión.

Vigésimo octavo.- El 30 de junio de 2010 se formula propuesta de resolución de la Alcaldía por la que se acuerda declarar la nulidad de la "licencia provisional" concedida.

Vigésimo noveno.- El 2 de julio de 2010 se comunica al interesado la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, de conformidad con lo señalado en el artículo 42.5 c) de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h),2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

La competencia para resolver el presente procedimiento corresponde al Pleno del Ayuntamiento, según dispone el artículo 110.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 22.2.j) de dicha Ley, al ser el órgano supremo de la Corporación, “pues en definitiva, significa la instancia revisora en el ejercicio de una acción administrativa, con matices próximos a la acción judicial”, y el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales está atribuido al Pleno del Ayuntamiento

por el citado artículo 22 de la Ley 7/1985 (dictamen del Consejo de Estado 1420/1993, de 2 de diciembre). Criterio que ha sido acogido por este Consejo Consultivo (entre otros, Dictámenes 857/2006, de 11 de octubre, 931/2006, de 9 de noviembre, y 299/2007, de 26 de abril).

Esta misma postura mantiene la jurisprudencia que "exige que el acuerdo resolutorio deberá ser, al menos por su trascendencia, adoptado por el Pleno Corporativo" (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1985 y 2 de febrero de 1987, entre otras).

3ª.- Por lo que respecta a la normativa aplicable al presente supuesto, al tratarse de una entidad local hay que referirse a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 4.1.g) reconoce con carácter general a los municipios, en su calidad de Administraciones Públicas de naturaleza territorial, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, dentro de la esfera de sus competencias. Por su parte, el artículo 53 de la misma Ley establece que, sin perjuicio de las específicas previsiones de sus artículos 65, 67 y 110, "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"; y en los mismos términos se pronuncia el artículo 218.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre. Dicha remisión a la legislación estatal sitúa actualmente la cuestión en los artículos 102 a 106 de la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4ª.- El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que "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 62.1".

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho (capítulo I del título VII de la Ley 30/1992) es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1, o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.

- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.

- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de la licencia provisional concedida a D. xxxxx, para la construcción de una vivienda en la calle xx1 nº 45 de xxxx1, al amparo del artículo 62.1 e) y g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Tal como ha manifestado el Consejo de Estado, la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un supuesto excepcional en virtud del cual la Administración, conforme a una privilegiada facultad de autotutela, puede, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, anular o declarar la nulidad de sus propios actos sin necesidad de acudir al proceso jurisdiccional contencioso-administrativo. “Se trata de un auténtico procedimiento administrativo especial de naturaleza autónoma” (Dictamen del Consejo de Estado nº 4.313/1998).

Las causas habilitantes para que la Administración Pública declare la nulidad de una resolución son las enumeradas en el citado artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Estas causas han de ser objeto de interpretación estricta, habida cuenta, de una parte, su propia naturaleza y, de otra, el carácter singular de la potestad administrativa de autotutela prevista en el artículo 102 del mismo cuerpo legal.

Hay que recordar que, si bien es cierto que los actos nulos lo son desde el momento en que se dictaron (por sus efectos *ex tunc*), también lo es que producen una apariencia de legalidad en el orbe jurídico y que, por la inseguridad que producen, deberían desaparecer de él. La revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho entraña una cuestión de interés general.

Esta privilegiada facultad de autotutela debe ejercitarse con las máximas garantías, en orden al servicio del interés público que las Administraciones Públicas tienen encomendado, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. La tramitación de este tipo de procedimientos debe realizarse con la debida diligencia y cautela, de tal manera que cualquiera de las causas de nulidad de pleno derecho invocadas tenga un sustrato sólido e inequívoco en la documentación incorporada al expediente y, sobre todo, en informes técnicos que avalen de modo indubitado cualquier apreciación al respecto. No debe olvidarse la reiterada doctrina que afirma que los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben ser objeto de una interpretación estricta para evitar su desnaturalización. Se trata de asegurar el necesario equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el de legalidad, que exige depurar las infracciones del ordenamiento jurídico. De acuerdo con lo indicado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001: "Se persigue, pues, mediante este cauce procedimental 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 adolecer de un vicio de tan relevante trascendencia".

El artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, (en adelante TRLS) dispone que "Las Entidades Locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas". Este artículo 46 del TRLS reproduce el artículo 302 del Texto Refundido anterior, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, si bien, sustituye la referencia que éste efectuaba a los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, por la correspondiente a la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. A su vez aquel precepto incorpora literalmente el artículo 224.2 del Texto Refundido de 1976, el cual no tenía antecedente en la Ley de 1956, ya que lo introduce el artículo 212.2 de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Esta regulación se contiene, igualmente, en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre.

En cuanto al fondo del asunto, se pretende la revisión de oficio de la denominada “licencia provisional”, dictada por el Alcalde de xxxx1 el 16 de abril de 1998.

La propuesta de resolución remitida al Consejo Consultivo considera que procede declarar nula de pleno derecho la denominada “licencia provisional”, de conformidad con el artículo 62.1 e) y g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por otorgarse para una construcción de edificación permanente, con infracción de la zonificación o uso urbanístico del espacio libre público integrado en el sistema general de parques y jardines del Plan General de Ordenación Urbana de xxxx1 y del Plan Especial de Protección del Conjunto Histórico Artístico de xxxx1, y por concederse prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Se indica en la propuesta que, según el informe de Secretaría de 28 de abril de 2008, “constituyen infracciones urbanísticas graves las obras realizadas en dominio público o reserva de dotaciones comunitarias, por lo que la licencia provisional otorgada para la construcción de la citada vivienda, podría ser nula de pleno derecho al permitir ocupar espacio libre público previsto en el PGOUT y en el xxxx4”.

En la propuesta se señala además lo siguiente:

“De conformidad con lo prevenido en el artículo 119 de la Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León los Ayuntamientos deberán disponer la revisión de oficio de las licencias urbanísticas cuyo contenido constituya infracción urbanística grave o muy grave, dentro del plazo de prescripción establecido en el artículo 121. Dado que el artículo 121 establece que la acción de restauración de la legalidad urbanística sobre terrenos libres públicos existentes o previstos, no está sujeta a prescripción.

»Vistos los informes del Sr. Arquitecto Municipal de fecha 6 de mayo de 1999 (...), y el Arquitecto Municipal Contratado, de fecha 28 de marzo del 2007, en el que se establece que la citada edificación ha ocupado espacio libre de uso público integrado en el sistema general de parques y jardines, determinado en el Plan General de Ordenación Urbana de xxxx1.

»Visto igualmente el informe, fruto de la inspección efectuada por la Policía Local de fecha 18 de junio y 3 de julio de 2008, en el que se puede concluir que la edificación, o al menos el vallado de la misma, ocupa espacio libre de uso público perteneciente al sistema general de parques y jardines.

»Considerando que el Plan Especial de Protección del Conjunto Histórico Artístico de xxxx1, ha reducido, en contra de las determinaciones del PGOUT y la legislación vigente, la superficie del sistema general, y de los informes técnicos y de la Policía Local se deriva la ocupación del espacio delimitado por el xxxx4 como libre de uso público.

»Considerando lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 5/1999 de 8 de abril de Urbanismo de Castilla y León que califica como infracciones muy graves la realización de construcciones que vulneren lo establecido en la ley o el planeamiento en materia del uso del suelo, aprovechamiento, densidad, altura, volumen, y situación de las construcciones cuando se realicen en bienes de dominio público o reservados para dotaciones urbanísticas públicas.

»Considerando lo prevenido en el artículo 121 de la citada norma, en el que se establece que la acción para restaurar la legalidad urbanística en terrenos de dominio publico o espacios libres públicos existentes o previstos, no está sujeta a prescripción".

Asimismo, respecto al acto objeto de revisión indica la propuesta que "en cuanto al carácter provisional de las obras objeto de la licencia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 58.2 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por el Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril y visto el informe de Secretaría de fecha 3 de julio del 2008, se puede concluir la falta de dicha circunstancia debido a que como establece la jurisprudencia `no puede considerarse una obra de carácter provisional, en el sentido a que se refiere el artículo 58.2 de la LS 76. La provisionalidad hace referencia a la facilidad de su desmontaje, y no a su mera posibilidad; en efecto toda obra es susceptible de demolición o de desmontaje, en unos casos con aplicación de unas técnicas mas sofisticadas, en otros con medios más simples, así que la mera posibilidad de demolición (o reposición del suelo al estado originario) no puede ser el criterio de interpretación decisivo, pues en tal caso todas las obras serían provisionales en contra de la excepcionalidad de la norma".

Añade la propuesta de resolución que "considerando la previsión contenida en el artículo 10.3 del actual Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por RDL 2/2008, que reproduce el anterior artículo 255 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, establece que las licencias que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico en zonas verdes o espacios libres previstos en los planes, serán nulas de pleno derecho. Si las obras están terminadas, se procederá a la revisión de oficio de la licencia otorgada por los trámites previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo, que remite al artículo 102 de la Ley 30/92 que no establece limite temporal para declarar la nulidad de pleno derecho".

Por otro lado, también consta en la propuesta que "considerando igualmente como se desprende de lo actuado en el expediente, y en concreto del informe jurídico emitido el 3 de julio del 2008, aun cuando la licencia se concediera para obras de carácter provisional, se concedió prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido. La licencia se otorga sin los preceptivos informes Técnicos y Jurídicos, no facultando la edificación de obras provisionales sino de carácter definitivo, no sujetando la autorización al condicionamiento de que las construcciones debían de (sic) demolerse y los usos cesar, cuando lo acordara el Ayuntamiento, sin aceptar dichas condiciones por el propietario, con su posterior inscripción en el registro de la propiedad y sin el informe previo de la Comisión Territorial de Urbanismo, como exigía la Ley del Suelo del 76.

»Por todo ello se ha otorgado una licencia nula de pleno derecho, de conformidad con el artículo 62.1 e), por prescindir total y absolutamente del procedimiento legal establecido".

5ª.- En el examen del supuesto que se dictamina es preciso señalar que la resolución cuya revisión de oficio se pretende señala expresamente: "vista la solicitud de licencia de obras (...) resuelvo conceder licencia provisional de obras al citado promotor en espera de otorgar la licencia definitiva, pendiente de solventar los trámites administrativos pertinentes".

La dificultad del asunto sometido a consulta se ve incrementada por el hecho de que no se ha remitido la totalidad de la documentación, así no consta

el proyecto básico y técnico aportado al solicitar la licencia. Además debe resaltarse la escasa claridad que presenta el expediente desde todos los puntos de vista, incluso desde el planimétrico, y el excesivo tiempo transcurrido desde que se otorga la "licencia provisional", 16 de abril de 1998, y el momento en el que se inicia el procedimiento de revisión de oficio de la citada licencia, 9 de mayo de 2008. Debe igualmente ponerse de manifiesto que tampoco consta en el expediente ninguna otra actuación municipal encaminada a perfeccionar la "licencia provisional" concedida, o a corregir las actuaciones no amparadas por la legislación urbanística vigente, lo que supone un incumplimiento por el Ayuntamiento de los deberes de inspección que al respecto le corresponden.

Es preciso a continuación hacer un breve examen de las particularidades que presenta el régimen relativo a las licencias de uso u obra provisional.

La STS de 29 de marzo de 1994 indica al respecto que "La jurisprudencia destaca que las licencias provisionales constituyen, en sí mismas, una manifestación del principio de proporcionalidad en un sentido eminentemente temporal: si a la vista del ritmo de ejecución del planeamiento una obra o uso provisional no va a dificultar dicha ejecución, no sería proporcionado impedirlos, siempre sin derecho a indemnización, cuando ya no sea posible su continuación; son, pues, estas licencias un último esfuerzo de nuestro ordenamiento para evitar restricciones no justificadas al ejercicio de los derechos y se fundan en la necesidad de no impedir obras o usos que resultan inocuos para el interés público, inocuidad ésta que sólo existirá si realmente se elimina la indemnización para el momento, inevitable, de su extinción".

Por otro lado, la STS de 5 de diciembre de 2000, señala que "es requisito ineludible para el otorgamiento de un licencia provisional, que no ofrezca duda ese mismo carácter meramente provisorio con que se solicita, que su otorgamiento no obstaculice la ejecución de los Planes de Urbanización - o de la normativa de cumplimiento obligado a la que habría de subordinarse el otorgamiento de la licencia definitiva-, que la realización de la misma aparezca justificada y que se acepte expresamente la condición de que, cuando así se acordare por el Ayuntamiento, la obra habrá de ser demolida sin derecho al percibo de indemnización alguna; todo ello aparte del deber de inscribir en el Registro de la Propiedad la autorización con la aceptación expresa de las indicadas condiciones por parte del propietario de la obra. Así lo resaltan las resoluciones citadas en el párrafo anterior y viene siendo ratificada por la

constante doctrina de esta Sala, de la que constituye un claro ejemplo la Sentencia de 24 de abril de 2000".

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 octubre de 1991, excluía la calificación de provisional de la edificación, como exige el supuesto excepcional del art. 58.2. Ley del Suelo, en el caso de que por su estructura y características se evidencie su solidez y previsible permanencia, y carezca de la propiedad de desmontable.

Por tanto, en rigor, la provisionalidad debe referirse a las obras, y no a la licencia. El Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de marzo de 1988, sostuvo que "las condiciones de provisionalidad del artículo 58 no están referidas al acto de autorización sino a la naturaleza del uso o de la obra permisible por vía de excepción al principio que declara obligatoria la estricta observancia de los Planes de Ordenación".

No puede entenderse que el acto objeto de revisión suponga, *estricto sensu*, una licencia de carácter provisional prevista en el ya citado artículo 58.

Teniendo en cuenta el tenor literal del acto objeto de revisión, puede afirmarse que se trata de la utilización de una figura jurídica de modo arbitrario y que, a pesar del *nomen iuris* utilizado, en modo alguno puede entenderse que se asemeja a tal figura.

Estas licencias provisionales, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1987, son el fruto de la actuación de una potestad reglada; así el verbo «podrán» que aparece en el texto del artículo 58.2 se refiere no a una discrecionalidad administrativa sino a una habilitación o atribución de potestad.

El Alcalde dictó en el presente caso una resolución completamente arbitraria y ajena a la utilización de la figura jurídica aludida. Se está así en presencia de un acto absolutamente discrecional por el que, al margen de la utilización meramente gramatical del término "licencia provisional", lo que parece que se otorga es una licencia hasta que pueda concederse la licencia definitiva.

Ciertamente, el artículo 242.3 del TRLS de 1992, establecía que "Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y planeamiento urbanísticos", lo que excluye la posibilidad de conceder licencias que generen meras expectativas, apartándose de la ordenación urbanística vigente y en previsión al contenido del planeamiento de futuro, se encuentre éste o no en tramitación o modificación en ese momento.

Lo que caracteriza a las licencias provisionales es ser esencialmente revocables, pues son concedidas en precario, de modo que si las obras autorizadas, por esencia provisionales, entorpecen realmente el desarrollo o ejecución del planeamiento podrá acudirse, con respecto a las previsiones que son propias, a la medida de la demolición, en los términos precisos que autoriza el citado artículo 58. Puesto que, frente a las licencias urbanísticas, que reconocen derechos subjetivos, y respecto de los cuales su revisión implica un proceso formal, las licencias provisionales tienen la característica de ser esencialmente revocables, sin que la demolición de lo edificado produzca derecho a indemnización. Esta condición de precariedad de la obra debe ser aceptada expresamente por el autorizado e inscrita en el Registro de la Propiedad, circunstancias éstas que no aparecen en modo alguno en el supuesto que se dictamina.

El régimen jurídico peculiar de estas licencias, habida cuenta de que las obras pueden llegar a demolerse a resultas de la ejecución del planeamiento, sin derecho a indemnización, explica que la propia normativa urbanística (artículos 58 LS/76 y 136 LS/92) establezcan la necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad (SSTS de 3 de abril de 1993 o de 7 de noviembre de 1995, entre otras).

La STS Sala 3ª de 19 julio 2000 expone que "esta Sala ha señalado que ha de partirse de una serie de principios básicos. En primer término, y como principio cardinal, ha de tenerse en cuenta que las licencias provisionales constituyen una excepción al principio general de ejecución del planeamiento conforme a sus determinaciones, y ello comporta que en su concesión y otorgamiento ha de seguirse un criterio restrictivo a fin de no convertir lo que es y debe ser excepcional en la regla general. En segundo lugar, la razón de ser de esta excepcionalidad se justifica en el principio de proporcionalidad y de menor intervención en la actividad de los particulares; quiere decirse con ello, y en materia de licencias provisionales, que si una edificación o uso, prohibido de

futuro por el planeamiento, no causa daños actuales y no dificulta el planeamiento proyectado, tal uso es, pese a su contradicción con el planeamiento aprobado, autorizable temporalmente. Un tercer aspecto es el de que por mandato legal expreso los usos y obras han de ser 'justificados' y 'provisionales' y 'no dificultar la ejecución material del planeamiento'".

6ª.- En el caso sometido a consulta, es preciso poner de relieve las siguientes cuestiones:

1.- Se había suspendido el otorgamiento de licencias debido a la aprobación inicial, trámite preceptivo hasta la aprobación definitiva, de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana (modificación, que de acuerdo con la documentación contenida en el expediente, no ha llegado a aprobarse con carácter definitivo, salvo que se entienda, como parece deducirse del informe de la Comisión Territorial de Urbanismo de 29 de febrero de 2000, que esta modificación puntual se incorporó previamente en el trámite de aprobación del xxxx4 de 5 de julio de 2000 y que, por consiguiente, alcanzó el grado de determinación establecido por esta figura de planeamiento en su ámbito territorial de aplicación).

El día 8 de septiembre de 1997, se publica en el BOP el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 consistente en "aprobar con carácter inicial la modificación puntual del Plan General, solicitada por D. xxxxx". (Esta modificación tenía por objeto transformar parte de la zona calificada como libre de uso público en libre de uso privado, lo que garantizaría su no edificabilidad, pero se conseguiría reducir las cesiones de la Unidad de Actuación y, lógicamente, ampliar el aprovechamiento de los solares. Asimismo, se propone la ampliación a dos terceras partes de la superficie edificable al uso en altura a dos plantas, dejando la zona más cercana a las barranqueras con tan sólo una planta). En el mismo acuerdo se somete el expediente a información pública y se determina expresamente "como áreas afectadas por la suspensión en el otorgamiento de licencias de parcelación, edificación y demolición en el área comprendida en la Unidad de Ejecución número 19, plano 6-5 del Plan General de Ordenación Urbana de este municipio y al semicírculo desde la unidad de Ejecución número 2 hasta el final de los terrenos de la Guardería Infantil, al estar incursos en las nuevas determinaciones de la modificación del Plan Mencionado". También se indica que "La suspensión tendrá una duración de dos años, contados a partir de la fecha del anuncio de

la aprobación inicial y se extinguirá con la aprobación definitiva de la modificación puntual".

2.- D. xxxxx presenta el 26 de diciembre de 1997 solicitud de licencia de obras para proyecto básico y ejecución de una vivienda unifamiliar aislada en la calle xx1 nº 45 de xxxx1. No consta que el interesado solicitara de modo expreso una licencia para obras o usos provisionales.

3.- El acto dictado por el Alcalde por el que se concede la referida licencia no se ajustó al procedimiento legalmente establecido:

- Cuando solicita la licencia para la construcción de la vivienda, consta un informe urbanístico (visado negativo del colegio de arquitectos) de 2 de diciembre de 1997 que indica:

"El proyecto (…) se plantea sobre una parcela calificada por el vigente Plan General de Ordenación Urbana de xxxx1 como Suelo Urbano sujeto a las limitaciones siguientes:

»Esta dentro de la Unidad de Ejecución nº 19.

»En el proyecto se planea una edificación dentro de una de las parcelas incluidas dentro de esa Unidad de Ejecución. Al estar sin aprobar el correspondiente proyecto de reparcelación o compensación esta Delegación Colegial entiende que en dicho proyecto existe infracción urbanística por no haber adquirido todavía ese suelo el derecho a la edificación y no corresponder la vivienda proyectada a las condiciones de volumen marcadas en el P.G.O.U.".

Debe recordarse al efecto, que el artículo 46 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, al desarrollar el artículo 228.3 del TRLS dispone que "Los colegios profesionales, que tuvieran encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias, denegarán dicho visado a los que contuvieran alguna infracción grave y manifiesta de normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida en la superficie de las parcelas".

- No consta el preceptivo informe de la Comisión Territorial de Urbanismo, tal y como indica el informe elaborado por la Secretaría General del Ayuntamiento el 3 de julio de 2008 en el que se señala: "el interesado hace referencia al informe del Servicio Territorial de Fomento, Registro de entrada nº 99, informe emitido en cumplimiento de las normas que en el mismo se mencionan, y que como establece el Decreto de 23 de noviembre de 1940 no hace sino cumplir con los decretos reguladores de las competencias de la fiscalía de vivienda para velar por las condiciones de higiene y salubridad de morada humana, sin que exista pronunciamiento alguno sobre la licencia provisional".

- No constan los informes técnicos y jurídicos municipales, a pesar de lo señalado en el propio acto sujeto a revisión.

- Tampoco consta la aceptación expresa del propietario de las condiciones de la licencia, del hecho de que es concedida en precario, y que la construcción a la que ampara puede ser demolida sin indemnización alguna. Constituye el requisito de eficacia de la autorización la inscripción de la aceptación expresa del propietario de las condiciones de la licencia, por constituir una prescripción de obligado cumplimiento en la legislación estatal y en todas las normas urbanísticas que regulan las obras y usos provisionales. Dicha aceptación podrá formalizarse por documento, acompañarse con la solicitud o a través de acta ante el Sr. Secretario del Ayuntamiento.

- La licencia provisional no se inscribió en el Registro de la Propiedad.

La STS de 17 de abril de 1978 considera que "…la facultad que a los organismos urbanísticos confiere el artículo 47.2 LS (…) para autorizar sobre los predios usos contrarios a los previstos en los planes, es de naturaleza excepcional y, en todo caso requiere para su válido ejercicio informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo…".

En cualquier caso las licencias provisionales "*stricto sensu"* no existen en el orden urbanístico.

En el supuesto que se examina, a lo vista de lo expuesto anteriormente, no se ha observado procedimiento alguno; no sólo es que se haya omitido

algún trámite esencial, es que se ha omitido prácticamente la totalidad de los trámites requeridos.

Debe recordarse que según la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo para que pueda haber lugar a la revisión de un acto firme motivado en la causa contemplada en el artículo 62.1.e) ("Actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"), se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que no consistan en defectos leves. Es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado, de modo terminante y claro, sin que baste con haber prescindido de algún trámite, o que se ha producido alguna anomalía esencial en la tramitación.

Con tan grave incumplimiento de las garantías inherentes a la exigibilidad de que para el ejercicio de las potestades y competencias administrativas se actúe a través de un procedimiento, que constituye una garantía para los ciudadanos y para el interés público, resulta indubitado para este Consejo Consultivo que concurre en el caso sometido a consulta la causa de nulidad definida en el apartado e) del artículo 62.1 de la ley 30/1992.

7ª.- Otra de las cuestiones que deben considerarse en el presente supuesto es la de la adopción del acuerdo de suspensión del otorgamiento de licencias con anterioridad a la fecha en la que se otorga la denominada "licencia provisional". Además, según lo señalado en el visado colegial negativo, "existe infracción urbanística por no haber adquirido todavía ese suelo el derecho a la edificación y no corresponder la vivienda proyectada a las condiciones de volumen marcadas en el P.G.O.U.".

De acuerdo con los informes obrantes en el expediente, este hecho constituía una infracción urbanística muy grave, ya que una parte de la edificación ocupaba zona libre de uso público, circunstancia que evidencia que se carecía de los requisitos esenciales para adquirir el derecho a la edificación.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, de 30 de septiembre de 2004, expone:

"Todos los supuestos exigidos por el precepto son absolutamente necesarios siendo, por supuesto, esenciales para la procedencia de la licencia provisional la vigencia y observancia de un Plan que se está ejecutando y el carácter provisional de los usos y obras autorizadas". Declara así ilegal la licencia urbanística, ya que "...No puede basarse este tipo de licencias en un hipotético futuro planeamiento sino en el vigente en ejecución y desde luego el carácter provisional de las obras no resulta en absoluto conciliable con la construcción de autos relativa a 19 viviendas, garajes y trasteros pues, indudablemente, la obra tiene vocación de permanencia...".

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Sevilla, de 2 noviembre 2005 reconoce la improcedencia y nulidad de la concesión de una licencia provisional de construcción de un campo de golf en suelo urbanizable no programado pendiente de desarrollo mediante la aprobación de un Programa de Actuación Urbanística y Plan Parcial. Para el TSJ de Andalucía "Esta figura de licencias de obras y usos provisionales es de amplia tradición en nuestro ordenamiento, en la regulación aplicable al caso que nos ocupa se exige una serie de requisitos de carácter acumulativo, de suerte que el otorgamiento de la licencia requiere que concurran la totalidad de los exigidos legalmente. La dificultad principal en la aplicación de este mecanismo es la de concurrir junto a requisitos precisos y determinados de carácter objetivo, alguno que constituye conceptos jurídicos indeterminados y cuyo sentido es necesario desentrañar, en concreto la exigencia de que se trate de «usos y obras justificadas de carácter provisional», por lo que ha de atenderse caso por caso a las concretas circunstancias que concurren (...)".

Tal y como sucede en el caso que se analiza, en el que no cabía la posibilidad de la ejecución de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar, esta Sentencia señala en relación con la figura de la licencia provisional: "es evidente que no está previsto como cauce para transgredir la legalidad urbanística, para ganar por la vía de los hechos los que no tiene amparo jurídico; si a través de las licencias provisionales se pudieran autorizar todo tipo de obras y usos sin esperar a que se cumplimente el desarrollo urbanístico mediante la aprobación de los instrumentos del planeamiento, en la confianza de que dicho futuro desarrollo urbanístico mediante la aprobación de los instrumentos adecuados va a venir a legalizar las obras ejecutadas sin amparo legal ni urbanístico alguno, sencillamente sería tanto como acabar con sistema legal urbanístico (...) En el presente caso no hay justificación posible,

puesto que como ya se ha dicho lo que verdaderamente se persigue con la autorización es adelantar la obra al futuro desarrollo urbanístico, en tanto que dada la importancia de la obra, sus elevadísimos costes, y la importancia de los usos a desarrollar, hacen de manera objetiva prácticamente imposible el otorgamiento de la licencia provisional solicitada, porque su propio carácter de provisionalidad resulta contrario a semejante obra, que por sus características excluye *per se* el carácter provisional exigido, puesto que resulta evidente su vocación de permanencia".

Termina señalando: "En definitiva, entendemos que se ha utilizado la licencia provisional de manera torticera, con la finalidad buscada de subvertir todo el esquema urbanístico, adelantando la licencia y autorización antes de contar con los instrumentos de planeamiento adecuados para dicho otorgamiento, y no con los fines que justifican el otorgamiento de las licencias".

Como reconoce la doctrina, lo que en modo alguno sería compatible con el ejercicio de la finalidad de esta potestad reconocida a la Administración es la autorización de obras definitivas, a fin de que puedan quedar legitimadas en una futura modificación de la ordenación o consolidarse de hecho por la pasividad de la Administración. En realidad se otorga una licencia definitiva vulnerando el planeamiento existente a través de una figura creada con distinta finalidad, lo que constituye un acto dictado en fraude de ley, ya que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento o contrario a él, no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, esto es, el planeamiento vigente en el momento de otorgamiento de la supuesta licencia provisional.

La propuesta también alude a la aplicación del apartado g) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al existir una infracción muy grave en la zonificación o uso de las zonas verdes y espacios libres. En este sentido, la legislación estatal aplicable, teniendo en cuenta la fecha de otorgamiento de la licencia, contenida en los artículos 188.1 del TRLS 1976, y 255.2 del TRLS 1992, somete a una regulación específica la infracción de la zonificación o uso de las zonas verdes y espacios libres.

El Tribunal Supremo ha declarado lo siguiente: "la remisión que hace el art. 187.1 TRLS 76 a dos procedimientos revisorios, el de lesividad y el de

anulación de oficio, establecidos en el art. 110 LPA (hoy arts. 103 y 104 de la LRJPAC) bajo la pauta de una infracción urbanística grave y manifiesta, no puede conectarse con los presupuestos de dichos procedimientos revisorios: infracción simple del ordenamiento jurídico en el de lesividad, e infracción manifiesta en el de anulación de oficio, toda vez que la remisión que se hace al art. 110 es meramente instrumental ('a través de alguno de los procedimientos'), a los efectos de incorporar al régimen del art. 187.1 los cauces anulatorios del mismo, de suerte que el motivo de fondo de la revisión viene determinado exclusivamente por la infracción grave y manifiesta del Ordenamiento Urbanístico, sin coincidir ni con la simple infracción legal, propia de la lesividad, ni con la infracción manifiesta de la Ley, específica de la anulación de oficio, configurándose así un régimen peculiar de la revisión de oficio que se distingue por un único motivo de fondo susceptible de abrir las dos vías anulatorias" (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1991).

El artículo 188 del T.R.L.S. de 1976 en su apartado segundo establece: "Las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los Planes serán nulas de pleno derecho. Mientras las obras estuvieren en curso de ejecución, se procederá a la suspensión de los efectos de la licencia y a la adopción de las demás medidas previstas en el artículo 186. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo".

La jurisprudencia emanada al interpretar el hoy derogado artículo 187 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, antecedente normativo inmediato del artículo 254 de la Ley del Suelo de 1992, estimó la remisión que en él se hacía al artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo como «meramente instrumental», a los efectos de incorporarle los cauces anulatorios previstos en el mismo; y añade que «el motivo de fondo de la revisión, sin coincidir con la infracción manifiesta de la Ley, específica de la anulación de oficio, configura así un régimen peculiar de la revisión de oficio que se distingue por un único motivo de fondo susceptible de abrir las dos vías anulatorias, la revisión administrativa y la revisión jurisdiccional previa declaración de lesividad» (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1991 y 6 de junio de 1995).

Otra de las causas de nulidad que podría apreciarse en el supuesto que se dictamina es la prevista en la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que la "licencia provisional" que pretende revisarse, al conceder a su titular facultades para construir una vivienda unifamiliar sobre un espacio considerado en parte como zona libre de uso público por el PGOU en su día vigente, constituye un acto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren derechos careciendo su titular de los requisitos esenciales para su adquisición.

La propuesta de resolución no puede simplemente indicar que la edificación, o al menos su vallado, invaden suelo libre de uso público, sino que debería pronunciarse con mayor rigurosidad y precisión. La Administración necesariamente debe comprobar si de los hechos o circunstancias advertidas puede deducirse una relación o conexión con alguna de las causas de nulidad de pleno derecho aducidas, que cuente con entidad suficiente y resulte verosímil para merecer una más detallada consideración y examen.

8ª.- Por otra parte la infracción debió ser apreciada en el momento de cometerse, pues es un hecho cierto que la edificación invadía una zona libre de uso público de acuerdo con el PGOU vigente en el momento en que se otorgó la licencia.

En principio, no puede apreciarse que el vallado tenga relación directa con la licencia concedida, es más, tal y como resulta del informe emitido el 10 de febrero de 2010 por la arquitecta municipal interina en relación con si la licencia provisional otorgada incluía el vallado de la parcela, se indica expresamente que "se podría deducir que efectivamente así es, puesto que la misma se encuentra dibujada en el plano nº1 de la situación de la parcela", Después añade que "No obstante, cabe mencionar que del documento técnico titulado proyecto de ejecución redactado por el Sr. (...), visado por el COAL, Delegación de xxxx3, el día 2 de diciembre de 1997, faltan las páginas correspondientes al presupuesto, por lo que, a juicio de quien suscribe, la deducción no es completamente rigurosa".

Teniendo en cuenta tal circunstancia, y el hecho de que el interesado en sus alegaciones indica que la licencia no tiene relación con el citado vallado, no existe impedimento alguno para que la Administración recepcione, a través de

los medios legalmente establecidos, el espacio libre público cercado por tal vallado.

La Ley 5/1999, de 5 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, en su artículo. 47 permite que los Planes Especiales puedan de forma excepcional sustituir las determinaciones del planeamiento general, y aprobarse incluso en ausencia de planeamiento general. Pero, sin embargo, no pueden sustituirlo en su función de establecer la ordenación general ni tampoco pueden modificar la ordenación general que estuviera vigente (STS de 15 de noviembre de 1995). Sí pueden introducir modificaciones respecto a la ordenación detallada ya establecida por el planeamiento general o por otros instrumentos del planeamiento de desarrollo, que habrán de justificarse adecuadamente.

A pesar de existir disconformidades planimétricas respecto al PGOU y el xxxx4, el muy escueto informe de 10 de febrero de 2010 indica que "resulta curioso cuando menos, que el xxxx4 modifica el diseño de la Unidad de Actuación nº 19, inventándose un arco cuya función se ignora (sic)". Tales declaraciones obrantes en el expediente remitido, no hacen sino complicar la situación con juicios de valor que no se corresponden con hechos sobre los que debe versar un informe. No aparece acreditado de modo indubitado que, de acuerdo con el planeamiento vigente, la edificación se asiente en zona libre de uso público, a la vista de las dificultades que parecen existir, dada la confusión entre el contenido normativo y la planimetría del Plan Especial. Aun cuando existiera tal causa de nulidad, es preciso señalar que la aprobación definitiva del Plan Especial de Protección del Casco Histórico, en el año 2000, pudiera haber hecho perder su virtualidad a tal causa de nulidad, si no se asentase la edificación en la actualidad en zona libre de uso público. Así, de acuerdo con el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, "Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido, o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

9ª.- En cuanto al restablecimiento de la legalidad urbanística, como bien dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2001, "nos hallamos ante ámbitos, como el urbanístico, en donde las potestades administrativas tienen una escasa funcionabilidad discrecional, siendo esencialmente regladas debiendo someterse los órganos administrativos en su ejercicio al imperio de la Ley, evitando que el desarrollo urbano de las ciudades quede al capricho de los

particulares, que pretenden imponer por la fuerza de los hechos resultados urbanísticos que no se acomoden a la legalidad, u operan al margen, o en contra de principios que la materializan, siempre de espaldas al interés público que debe imperar en la Ordenación Urbanística del Territorio (...)".

Esta restitución de la legalidad urbanística deberá ser abordada de conformidad con la legislación urbanística vigente y en el marco del Plan General de Ordenación Urbana y el Plan Especial de Protección del Casco Histórico de la ciudad de xxxx1.

Respecto a las infracciones puestas de manifiesto a lo largo del expediente, es preciso indicar que están prescritas, aun en relación con las posibles infracciones que pudieran haberse cometido por actuaciones que afecten a las zonas verdes o espacios libres públicos. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de diciembre de 1992 señala que "la imprescriptibilidad alegada por la parte apelante y prevista en el art. 188 del Texto Refundido de 9-4-1976 opera, sí en el campo de la restauración de la realidad física alterada por la infracción referida a zonas verdes o espacios libres pero no en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración que necesariamente ha de inspirarse en los principios propios del Derecho Penal- Sentencias de 30 de marzo de 1987, 22 de febrero de 1988, 20 de diciembre de 1989, 12 de marzo, 3 y 18 de abril, 20 de junio, 31 de octubre, 8 y 28 de noviembre de 1990, 24 de junio y 26 de noviembre de 1991, 23 de enero y 22 de abril de 1992, etc.- si el Código Penal ha previsto la virtualidad de la prescripción en toda clase de delitos, incluidos los de mayor gravedad -art. 114-, insoslayablemente esa figura ha de desplegar sus efectos en todo tipo de infracciones urbanísticas, incluidas por tanto las que se producen respecto a zonas verdes o espacios libres. Esta solución resulta hoy claramente de lo dispuesto en el art. 263 del nuevo Texto Refundido de 26 de junio de 1992 que señala los plazos de prescripción de las infracciones urbanísticas sin excepción alguna".

10ª.- Por último, en relación con la existencia de otros supuestos de hecho análogos en el mismo término municipal, esta circunstancia no enervan la conclusión anulatoria, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de febrero de 1999, que señala: "admitiendo a efectos puramente dialécticos la existencia de tales paridades, la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, como hasta la saciedad ha declarado

el Tribunal Constitucional, debe solicitarse y obtenerse dentro del marco de la legalidad, no pudiendo oponerse las ilegalidades ajenas para obtener la protección de los tribunales ante una ilegalidad propia, sin perjuicio, obviamente de la persecución de las restantes del mismo u otro tipo".

En el mismo sentido se ha pronunciado este Consejo Consultivo en numerosos dictámenes.

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede que se declare, de acuerdo con lo previsto en el cuerpo del presente dictamen, la nulidad de pleno derecho de la denominada "licencia provisional" concedida a D. xxxxx para la construcción de una vivienda sita en la calle xx1 nº 45, de xxxx1.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.