



## Dictamen 121/2011

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 31 de mayo de 2011, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Teniente-Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 25 de abril de 2011, sobre revisión de oficio de la licencia urbanística otorgada a x para la construcción de vivienda unifamiliar en Aljucer (expte. 109/11), aprobando el siguiente Dictamen.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de junio de 2001, x presenta escrito ante la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia en el que expone que es dueño de un terreno sito en el camino de La Aparecida, de Aljucer, donde pretende construir una vivienda que no supere los 300 m<sup>2</sup>, respetando la separación a linderos y al eje del camino citado. Solicita para ello la declaración de agrupación lineal para dicho camino (que se grafía en el plano que adjunta), al amparo de lo previsto en el artículo 7.10.3 de las normas urbanísticas del Plan General Municipal de Ordenación (PGMO) de Murcia, para obtener la cobertura de dicha norma para la construcción lineal junto a camino público con una tahúlla (1.118 m<sup>2</sup>) y 30 metros de frente de fachada, dado que se dispone de los servicios urbanísticos de alumbrado, saneamiento, electrificación, etc.

Tras los correspondientes informes, por acuerdo de 19 de octubre de 2001 del Consejo de la Gerencia de Urbanismo se declara como camino público, en régimen de agrupación lineal, el carril --, según aparece delimitado en el plano a escala 1/2000 del Plan General que se adjunta al citado acuerdo, que no se ha incorporado al expediente remitido a este Órgano Consultivo, por lo que no se puede conocer si dicho carril es la denominación antigua del camino de la Aparecida y sobre todo la extensión de dicha declaración. En la publicación de ésta en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) de 5 de enero de 2002, figura como camino de la Aparecida, no como --.

**SEGUNDO.-** El Servicio Técnico de Disciplina Urbanística emite informe el 18 de febrero de 2002, en el que se expone que el suelo donde se proyecta la vivienda está clasificado como suelo no urbanizable, zona agrupación lineal, ajustándose la petición a las condiciones establecidas por el planeamiento para la edificación residencial.

**TERCERO.-** El 22 de noviembre de 2002, el peticionario de la licencia comparece en la Sección de Licencias de Edificación de la Gerencia de Urbanismo ofreciendo al Ayuntamiento de Murcia la cesión libre de cargas y gravámenes y con destino a dominio público de la franja confrontante con su propiedad, de tal modo que el lindero resultante de la cesión quede a 7 metros del eje del camino, con una superficie de 149,6 m<sup>2</sup>, reflejada en el plano que se adjunta, conforme al acta obrante en el expediente. Dicha cesión va referida al camino de la Aparecida.

**CUARTO.-** Previa autorización de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 27 de marzo de 2003 por ubicarse la vivienda en suelo no urbanizable, el Consejo de la Gerencia de Urbanismo, en su sesión de 15 de abril de 2003, otorga la licencia para construir una vivienda unifamiliar aislada en el camino de la Aparecida, sujeta, entre otros, a la siguiente condición:

*"Aceptar la cesión efectuada por el interesado, según compromiso suscrito con fecha 22 de noviembre de 2002, que figura unida al expediente, de los terrenos de su propiedad colindantes y paralelos al camino, comprendidos en una franja de 7 metros de profundidad, contados a partir del borde de dicho camino, por toda la longitud de la parcela que vincula a la edificación".*

No consta entre la documentación remitida el acta de tira de cuerdas.

**QUINTO.-** El 17 de julio de 2007 (más de cuatro años después de la licencia otorgada), x como primera firmante de un escrito (acompañando la firma de otras 37 personas) denuncia ante la Gerencia de Urbanismo que el promotor de la vivienda está levantando una valla de bloques en el --, sin respetar la distancia mínima de retranqueo del vallado al eje de camino público (7 metros) exigida por el planeamiento para las antiguas agrupaciones lineales (hoy suelo urbano especial de huerta). Solicitan que el Servicio de Inspección se persone en dicho carril para comprobar los hechos denunciados y obligar al propietario a retranquear dicha valla. Se acompañan fotografías del lugar, en donde se advierte su ejecución parcial.

**SEXTO.-** Con fecha 30 de enero de 2008 (más de 6 meses después) visita el lugar un inspector urbanístico, que levanta un parte de infracción por construcción de vallado situado a

3,50 metros del eje del camino (--). En ese momento el vallado se encontraba ya terminado según el acta del inspector (folio 13 del expte. 512/2009 DU). En posterior informe del Jefe del Servicio Técnico de Disciplina Urbanística de 17 de noviembre de 2008, se establece que las obras del vallado no cumplen las determinaciones del artículo 9.6.2.1 de las normas urbanísticas del PGMO, que establecen que la línea de cerramiento de parcela se situará a 7 metros del eje del camino declarado de agrupación lineal.

**SÉPTIMO.-** Por Decreto del Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Murcia de 17 de abril de 2009, se inicia el procedimiento sancionador a x, en su condición de promotor de las obras, por la realización de las mismas sin licencia o en contra de su contenido. Las obras consisten en "*la construcción de vallado de parcela con murete de bloques de 0,80 metros de altura y malla metálica de 1,50 m.h. y una longitud de 39 m.l. situado a 3,50 m. del eje del camino*", tipificadas como una infracción urbanística grave, de conformidad con los artículos 226 y 228 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (TRLSRM), aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio.

**OCTAVO.-** El promotor de las obras presenta escrito el 1 de junio de 2009, señalando que el vallado se hizo hace más de 20 años, como se puede comprobar en las fotografías que se acompañan, y que en el año 2003 se le concedió una licencia de obras en la que no se estableció ninguna obligación de cesión respecto al carril --.

**NOVENO.-** El 14 de octubre de 2009, el inspector de la Unidad Urbanística se persona en el lugar y expresa que "*el vallado en cuestión se ajusta a los retranqueos reflejados en el proyecto que obtuvo licencia con núm. expte. 5822/01*" y por Resolución de 5 de noviembre de 2009 del Teniente de Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo se deja sin efecto el expediente sancionador, al haber comprobado que las obras objeto del mismo disponen de licencia y se ajustan a la misma.

**DÉCIMO.-** El 8 de marzo de 2010, x presenta escrito ante la Gerencia de Urbanismo, en el que, tras expresar la tardanza de tres años en pronunciarse el Ayuntamiento, considera que éste debe adoptar las oportunas acciones legales frente a la licencia otorgada para obligar al promotor de las obras a retranquear el vallado, dado que impide incluso el paso de un camión de bomberos. Además, solicita la adopción de las medidas disciplinarias oportunas, si las hubiera, frente a los que no han actuado correctamente en el presente caso, o se han inhibido en la investigación de la anterior denuncia presentada en el año 2007. También expresa que los vecinos han acudido al Defensor del Pueblo para solicitar su intervención en un caso de indefensión y de cierto abuso de poder por parte de una Institución Pública.

**UNDÉCIMO.-** El 19 de mayo de 2010 (registro de salida), el Adjunto Segundo del Defensor

del Pueblo se dirige al Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Murcia para darle traslado del contenido de la queja presentada por los vecinos por la construcción de un vallado irregular en la entrada del carril --, en Aljucer, solicitando información sobre la adecuación de tal vallado a la normativa urbanística, especialmente en materia de retranqueos y distancias mínimas que se han de respetar al eje del camino. El 20 de julio y el 20 de septiembre siguiente se reiteró la petición de información al Ayuntamiento por la citada Institución.

Por fin, 5 meses después (el 21 de octubre de 2010) el Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística, mediante una comunicación interior, expone, en relación con la citada queja, que a la vista del conjunto de documentación obrante en los expedientes y de lo manifestado por el x, se da traslado al Servicio Técnico para que emita un informe sobre la posible existencia de un error en cuanto a la cesión y vallado que afectan al camino señalado y, a la vista de dicho informe, se adoptará la resolución que resulte procedente. Dicho informe fue emitido el 16 de noviembre siguiente, expresando que no consta que el promotor haya realizado la cesión de terrenos lindante con el Carril --, comprendidos en una franja de terrenos de 7 metros contados a partir del eje del camino por toda la longitud, incumpliendo el vallado la distancia mínima de 7 metros al eje del camino.

**DUODÉCIMO.-** El 2 de marzo de 2011 emite informe el Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de la Gerencia, alcanzando la conclusión de que procede iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por nulidad de pleno derecho, de la licencia concedida por acuerdo del Consejo de Gerencia de 15 de abril de 2003 a x, sobre la base de los siguientes argumentos:

- Existe un error en la concesión de la licencia, puesto que no se requirió al interesado para que cediera los terrenos destinados a vía pública en el camino lateral, declarado agrupación lineal por acuerdo de Consejo de Gerencia de 19 de octubre de 2001 y, en consecuencia, se debería haber colocado la valla a la distancia requerida de 7 metros del eje del camino, no recogiendo esta previsión el proyecto que obtuvo la licencia y que presentó el interesado para su tramitación. Considera que dicho error es imputable tanto al interesado, al no contemplar el proyecto dicho camino lateral de agrupación lineal, como a los servicios técnicos municipales que no lo advirtieron.

- La colocación de una valla a una distancia indebida constituye una infracción urbanística grave prevista en el artículo 237.2.j) TRLSRM, en relación con el artículo 9.6.2.1 de la normativa del PGMO.

- Concurre el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1,f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común (LPAC), puesto que mediante la licencia se habría autorizado la edificación sobre una zona de dominio público (el camino), en la que no estaría permitido edificar. Por tanto, el titular de la licencia carecería de los requisitos para edificar un vallado sobre una zona de cesión destinada a ampliación del camino. Cita a este respecto el Dictamen núm. 168/06 del Consejo Jurídico.

**DECIMOTERCERO.-** El 3 de marzo de 2011, el Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo del Ayuntamiento de Murcia resuelve iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la licencia otorgada el 15 de abril de 2003 a x, conforme a los motivos recogidos en el informe descrito en el Antecedente anterior.

**DECIMOCUARTO.-** El titular de la licencia, mediante escrito de 24 de marzo de 2011, presenta alegaciones oponiéndose a la revisión de la misma, en síntesis, por las siguientes razones:

- Improcedencia del procedimiento de revisión de oficio por cuanto se trata de un cauce de utilización excepcional para los vicios de invalidez más graves y de mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico, conforme a los Dictámenes núms. 12/1999 y 168/2006 de este Consejo Jurídico.

- No resulta aplicable el artículo 62.1.f) LPAC a las licencias de edificación, puesto que no se adquiere ningún derecho, sino que a través de este acto se verifican si se cumplen los requisitos para que puedan ejercitarse las facultades que integran el derecho de propiedad.

- En el presente caso se parte del error de considerar como acto susceptible de nulidad el mero hecho de ejecutar un vallado en terreno de dominio público, puesto que no existe tal dominio, en tanto los terrenos son de su propiedad, careciendo de título sobre los mismos el Ayuntamiento. Y tampoco son de uso público pues no han sido objeto de cesión, produciéndose la afectación en el momento de tal cesión a la Administración actuante conforme a la legislación urbanística (artículo 3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio).

- Se realizaron las cesiones correspondientes al camino que confronta con su parcela (la Aparecida), que fue el solicitado como agrupación lineal, sin que exista en el expediente de otorgamiento de licencia referencia alguna a que dicha cesión tuviera que extenderse a otros linderos de la finca.

- El supuesto incumplimiento no puede ser considerado como un requisito esencial a efectos de poder aplicar la nulidad de pleno derecho, puesto que la vivienda cumple el uso, la parcela mínima, la edificabilidad, el retranqueo, y se ha efectuado la cesión de viario conforme a la declaración de agrupación lineal promovida.

- Transcurridos 8 años desde el otorgamiento de la licencia, serían de aplicación los límites previstos en el artículo 106 LPAC, siendo el procedimiento de revisión contrario a la equidad y a la buena fe.

- Por último, aun cuando se entendiera por el Ayuntamiento que es obligatoria una segunda cesión para la ampliación del viario por otro de los linderos, dicho defecto no sería esencial y únicamente podría determinar la anulabilidad del acto administrativo, encontrándose vedada la declaración de lesividad por haber transcurrido más de cuatro años desde que se dictó el acto.

**DECIMOQUINTO.-** El 12 de abril de 2009, el Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística emite informe sobre las alegaciones precipitadas expresando lo siguiente:

1. El interesado reconoce que sólo instó la declaración como agrupación lineal del camino confrontante con su parcela.

2. La licencia urbanística es un acto reglado sujeto al cumplimiento de la normativa urbanística, que en aquel momento establecía la obligación de ceder y urbanizar la franja de terrenos confrontante con su parcela (7 metros al eje del camino declarado como agrupación lineal), y la declaración de dicho camino por acuerdo del Consejo de Gerencia de 19 de octubre de 2001 se extendió no sólo al situado en frente (respecto al que sí se hizo la cesión), sino también al situado en el lateral (que es el ocupado por el vallado y que no se ha cedido, ni urbanizado), por lo que no se puede entender adquirido el derecho a edificar.

3. En aquel momento el suelo tenía la clasificación de suelo no urbanizable.

4. En relación con el carácter público del camino ocupado por el vallado, se hace constar que dicha cesión y compromiso de urbanización se tenía que haber realizado por el promotor

para el otorgamiento de la licencia y con la posterior aceptación por la Administración hubiera nacido su condición de dominio público.

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 25 de abril de 2011 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter que reviste el presente Dictamen.

La autoridad consultante ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, al amparo de lo previsto en el artículo 102.1 LPAC, para la revisión de la licencia otorgada por acuerdo del Consejo de Gerencia de 15 de abril de 2003, consistente en la ejecución de una vivienda unifamiliar en el camino de la Aparecida (esquina con el carril --), de Aljucer.

A este respecto, el carácter preceptivo de la consulta en los supuestos de nulidad de pleno derecho está sustentado en los artículos 12.6 y 14 de la Ley 2/1997, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con lo establecido por la legislación urbanística -dada la naturaleza del acto- y, concretamente, por el artículo 232.1, párrafo segundo, TRLSRM: "*En supuestos de nulidad se procederá en los términos del artículo 102 de la Ley 30/1992 (...) previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Se podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación*".

La autoridad legitimada para recabar esta consulta es el Alcalde de la Corporación (artículo 11 LCJ), habiendo sido solicitada por el Teniente Alcalde de Ordenación Territorial y Urbanismo, sin que haga constar expresamente que se actúa por delegación.

**SEGUNDA.-** Sobre el procedimiento de revisión de oficio de los actos urbanísticos municipales.

Con anterioridad se ha indicado que a la revisión de los actos urbanísticos (entre ellos, las licencias urbanísticas) le es de aplicación la regulación general de la LPAC ya que, además de su carácter de normativa básica para todas las Administraciones Públicas y formar parte del procedimiento administrativo común, trata de establecer el régimen general para todos los actos administrativos, cualquiera que sea el ámbito material al que se refieran (artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, LBRL).

La revisión de oficio constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.380/1998, de 8 de octubre).

La ley 4/1999, de 13 de enero, introdujo en la LPAC importantes modificaciones al sistema de revisión anterior, de manera que en la actualidad sólo cabe la revisión por la propia Administración de los actos nulos de pleno derecho (por estar incursos en algún supuesto tasado del artículo 62.1 LPAC), pero no de los anulables (artículo 63 LPAC), por grave y manifiesta que la infracción pueda ser, obligando a la Administración Pública a que acuda a los Tribunales si pretende revisarlos, mediante la declaración de lesividad y posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, como recoge el artículo 103.1 LPAC para los actos favorables a los interesados y 232.1, tercer apartado, TRLSRM, para las actuaciones que constituyan infracción urbanística.

Por tanto, presupuesto para ello es determinar si se trata de un vicio de nulidad o anulabilidad para poder establecer el procedimiento a seguir, habiendo optado el Ayuntamiento por la única vía posible en principio, por su carácter imprescriptible, que es la prevista en el artículo 102 para la revisión de actos nulos (artículo 62.1,f LPAC), dado que no concurren los requisitos temporales para la declaración de lesividad como acto anulable, por haber transcurrido más de 4 años desde que se adoptó el acuerdo de concesión de licencia (artículo 103.2 LPAC), si bien esta cuestión será objeto de consideración posteriormente.

Respecto al procedimiento seguido, se constata en el expediente que se ha cumplido el trámite de audiencia al promotor de las obras, si bien no consta la subsiguiente propuesta de resolución del órgano que instruye pronunciándose sobre las alegaciones formuladas y el fondo del asunto, como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes, evacuados a petición de la misma Administración consultante (por ejemplo, Dictamen 25/2001); no obstante, dicho defecto formal no impide el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo planteada, facilitado por el examen de las alegaciones presentadas por parte del Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de la Gerencia, así como por el hecho de que la consulta haya sido recabada por el mismo órgano que instruye el procedimiento.

Resta por examinar la cuestión del plazo para resolver el presente procedimiento, en función de si se considera incoado de oficio o a solicitud de parte interesada. En el primer caso, el transcurso de los tres meses desde su iniciación (el 3 de marzo de 2011), sin dictarse resolución, produce la caducidad, teniendo en cuenta que no se ha acordado la suspensión por el tiempo que media entre la petición de Dictamen a este Consejo Jurídico y la recepción del mismo, al amparo de lo previsto en el artículo 42.5,c) LPAC.

De considerarse incoado a instancia de parte, lo que no resulta descabellado en el presente caso, a la vista de que x presentó escrito el 8 de marzo de 2010 ante la Gerencia de Urbanismo, solicitando que se adoptaran medidas respecto a la licencia urbanística otorgada (y su rectificación), el transcurso de los tres meses desde su incoación produciría la desestimación de la solicitud, si bien en tal caso se debería haber considerado al denunciante también interesado en el procedimiento, a efectos del otorgamiento de la correspondiente audiencia.

No obstante, la disyuntiva expresada no resulta relevante finalmente, a la vista de las posteriores consideraciones sobre la cuestión de fondo planteada.

### **TERCERA.- Examen del alcance de la infracción que plantea el presente expediente.**

Conforme a la Resolución del Teniente Alcalde del Ordenación Territorial y Urbanística del Ayuntamiento de Murcia por la que se inicia el procedimiento de revisión de oficio, basándose en el informe del Jefe de Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de 2 de marzo de 2011, se reconoce un error en la concesión de la licencia urbanística otorgada el 15 de abril de 2003 a x, no en relación con la ejecución de la vivienda, respecto a la que no se alega ningún tipo de incumplimiento de los parámetros urbanísticos previstos en el planeamiento (altura, volumen, parcela mínima, etc.), sino porque no se requirió a los interesados que cedieran los terrenos para el ensanchamiento del camino público lateral (carril --), así como porque se colocó el vallado lateral a una distancia de 3,50 metros del eje del camino, incumpliendo la distancia mínima de 7 metros, conforme a la exigencia prevista en el artículo 9.6.2.1 PGMO. En la fecha en la que se otorgó la licencia, según la declaración de agrupación lineal del Carril D. Miguel, la regulación venía establecida en el artículo 7.10.3 de las normas urbanísticas del citado Plan, que igualmente recogía la obligación de cesión de una franja de terrenos confrontante con la propiedad, de modo que el lindero resultante de la cesión quedara a 7 m. del eje del camino y la línea de vallado frontal se situará en el lindero que resultara de la cesión.

El error advertido se atribuye tanto al peticionario de la licencia, que no reflejó en el proyecto el retranqueo del vallado y su cesión de terrenos respecto al carril lateral, así como a los

servicios técnicos municipales.

Veamos, pues, el alcance de las infracciones detectadas:

1ª) Se afirma, en primer lugar, que la licencia incurrió en un error porque no se requirió al peticionario para que cediera los terrenos destinados a ensanchamiento del camino lateral (carril --), declarado de agrupación lineal por acuerdo de Consejo de Gerencia de 19 de octubre de 2001.

Analizada dicha infracción, se realizan las siguientes consideraciones:

a) Desde la iniciación del procedimiento se produjo cierta confusión sobre el nombre del camino que se declaraba de agrupación lineal, si se tiene en cuenta que el peticionario de la licencia lo solicitó respecto al camino de la Aparecida, sin que se reflejara en el plano aportado por él para dicha declaración el otro camino lateral (carril --). No obstante, la declaración municipal de agrupación lineal por acuerdo de 19 de octubre de 2001, se realizó al carril --, si bien en la publicación en el BORM de 5 de enero de 2002 figura como camino de la Aparecida. Con independencia de la denominación que tuviera el camino declarado (que puede haber cambiado de nombre en ciertos tramos), lo relevante es la delimitación en plano que se acompañaba al acuerdo municipal de declaración, que el Ayuntamiento no ha remitido a este Consejo Jurídico para poder constatar que el citado carril lateral fue también designado de agrupación lineal, además del camino de la Aparecida.

b) La declaración de agrupación lineal del camino de la Aparecida (que no suscita duda para los informantes), obligó al peticionario de la licencia, conforme a la normativa descrita con anterioridad, a que cediera los 7 metros de profundidad de su parcela colindantes y paralelos al citado camino (149,60 m<sup>2</sup>), según su compromiso que se recoge en el acuerdo de concesión de licencia del Consejo de Gerencia de 15 de abril de 2003. Desde luego, la oferta de cesión hace referencia únicamente al camino de la Aparecida, según el plano que se adjuntaba, y la licencia también se refiere a dicho camino.

c) Respecto al camino lateral (carril --), donde se centra la cuestión, partiendo de la hipótesis bastante verosímil de que hubiera sido declarado también de agrupación lineal en el mismo acuerdo municipal, según recoge el informe del Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística, y que el propietario tuviera que haber cedido igualmente la franja de 7 metros, contados a partir del eje del camino lateral por toda la longitud de la edificación, omitiendo la licencia otorgada tal exigencia, no se aclara por los servicios técnicos municipales si tal cesión

de terrenos (conjuntamente con la realizada frente al camino de la Aparecida) se ajustaría a lo previsto en el artículo 167.2 TRLSRM, sobre la cesión directa de terrenos, que establece un límite de un 20% de la parcela. Esta última cuestión resulta también de interés para determinar el alcance la infracción alegada.

2<sup>a</sup>) No obstante lo anterior, la iniciación del procedimiento de revisión de oficio se sustenta en la infracción que incurre el acto de concesión de licencia urbanística por permitir la colocación de una valla a una distancia indebida, conforme a la tipificación establecida en el artículo 237.2,j) TRLSRM: el incumplimiento de las normas relativas a uso y edificación que no se puedan considerar infracción muy grave.

También sobre esta otra infracción alegada planean las siguientes cuestiones:

a) Cabría suscitar, en primer lugar, si la licencia otorgada para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en el año 2003 lo fue también para la ejecución del vallado perimetral, es decir, si tal licencia englobaba también esta última construcción, pues es distinto que el vallado se ajustara al proyecto en su día presentado, de que la licencia urbanística permitiera también la realización del vallado perimetral. A falta de mayores explicaciones técnicas se desprende del impuesto de construcciones, instalaciones y obras abonado por el peticionario, que en la base imponible se tuvo en cuenta la realización del vallado, si bien se ignora si éste incluía todo el perímetro o sólo parte.

b) No se acierta a comprender cómo el error inicial sobre dicho camino lateral y los retranqueos a tener en cuenta en la construcción del vallado no fueron advertidos por el técnico municipal que debió personarse en el lugar para la tira de cuerdas, necesario para el comienzo de la ejecución de las obras de nueva planta, cuya acta no ha sido incorporada al procedimiento, salvo que tal operación no fuera precisa a juicio de los servicios técnicos competentes.

c) Los denunciantes han acreditado que en el año 2007 (la denuncia se presenta el 17 de julio del citado año) se realizaron obras de vallado en el camino lateral, bastando a tal efecto examinar las fotografías aportadas en el expediente 512/2009/DU, con independencia de que con anterioridad pudiera existir otro cercado, como sostiene el interesado, pues en caso contrario carecería de sentido que hubiera abonado el impuesto correspondiente respecto a la ejecución del vallado.

d) También se detecta una paralización en la actividad inspectora en el caso que nos ocupa,

si se tiene en cuenta que la denuncia se presenta el 17 de julio de 2007 y el acta de inspección se realiza el 30 de enero de 2008, es decir, 6 meses después, cuando la obra ya se encontraba terminada.

e) Tampoco se justifica por el Servicio de Disciplina Urbanística, como presupuesto para archivar el procedimiento sancionador incoado por la realización del vallado a 3,50 metros del eje del camino (cuando tenía que haber estado colocado a 7 metros), si la realización del vallado en el año 2007 se encontraba amparada por la licencia otorgada en 2003 (4 años antes), o si, por el contrario, dicha licencia, en lo que respectaba a tal actuación, se encontraba incursa en caducidad, conforme a los plazos establecidos, salvo que el peticionario hubiera solicitado una prórroga lo que no se acredita en el expediente.

Con independencia de las cuestiones señaladas, se constata en éste el incumplimiento del PGMO sobre el retranqueo del vallado al carril --, lo que tampoco es cuestionado por el peticionario de la licencia, produciéndose, conforme a las fotos aportadas por los denunciantes, un estrangulamiento al inicio del carril.

#### **CUARTA.- Concurrencia o no del vicio determinante de la nulidad de pleno derecho en la licencia urbanística.**

La Resolución de iniciación del procedimiento de revisión sostiene la nulidad de pleno derecho de la licencia otorgada para la construcción de una vivienda unifamiliar, en lo que concierne a la autorización del vallado, al amparo de la causa prevista en el artículo 62.1,f) LPAC: los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Por tanto, aun cuando no se exprese de este modo, se suscita la nulidad parcial de la licencia otorgada, concretamente en lo que concierne a la autorización del vallado. El razonamiento que sustenta la invocación de la causa alegada es el siguiente: mediante la licencia otorgada se habría autorizado la edificación sobre una zona de dominio público (el camino) en la que, en ningún caso, estaría permitido edificar; por tanto, el titular de la licencia carecería de los requisitos esenciales para ejercer este derecho a edificar un muro sobre una zona de cesión destinada a ampliación del camino.

Por el contrario, el interesado sostiene que dicho motivo no es aplicable al presente supuesto, en tanto que no procede la aplicación de la causa de nulidad invocada a las licencias urbanísticas, dado que éstas no otorgan el derecho a edificar, sino que es un derecho preexistente, removiéndose los obstáculos a través de dicho acto, sin que tampoco concurra en el presente caso el incumplimiento de un requisito esencial para edificar, atendiendo a la interpretación restrictiva que ha de realizarse de la nulidad de pleno derecho conforme a los

Procede inicialmente examinar el alegato realizado por el peticionario de la licencia sobre la exclusión de la causa invocada en los supuestos de licencias urbanísticas, descartando este Consejo Jurídico la generalización de tal planteamiento (aun cuando puedan existir posturas contrarias a su aplicación), en tanto el TRLSRM remite al artículo 102 LPAC para los supuestos de nulidad de los actos de edificación o uso del suelo que infrinjan de forma muy grave la normativa urbanística en vigor, que a su vez reenvía al artículo 62.1 de la misma Ley sin excluir ningún motivo de los tasados. De otra parte, aunque con la concepción del derecho urbanístico vigente la licencia no da lugar al nacimiento de un derecho o facultad, sino que remueve un obstáculo existente al ejercicio de un derecho preexistente, lo cierto es que la actuación sujeta a licencia es un acto de ejercicio de una facultad (*ius edificandi*), y que la concesión de la licencia es un requisito *sine qua non* para el ejercicio del citado derecho, que permite incorporarlo al patrimonio del peticionario (STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2009)

A mayor abundamiento, resulta pacífica la aplicación de tal causa de nulidad a aquellas licencias urbanísticas (que tengan por objeto la construcción que se realice en el suelo y subsuelo) en las que concurren los presupuestos que seguidamente se exponen, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 842/1996) y de otros órganos consultivos autonómicos, entre ellos este Consejo Jurídico, si bien ha de matizarse que no todas las infracciones de licencias son equiparables (no tiene la misma finalidad una licencia urbanística para construir una vivienda, que la otorgada para la realización de un vallado o una segregación en suelo urbano) a efectos de sustentar la gravedad de la infracción advertida, que motive la aplicación de un supuesto de nulidad de pleno derecho (Dictamen núm. 86/2010 de este Consejo Jurídico).

Llegado a este punto ha de plantearse si el incumplimiento de la normativa para la realización del vallado puede subsumirse en la citada causa de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1,f LPAC) o si, por el contrario, se trata de una infracción del ordenamiento jurídico que debería haber sido atacada por el Ayuntamiento, por incurrir en anulabilidad, mediante otro procedimiento.

La causa descrita de nulidad será aplicable cuando se trate del incumplimiento de un requisito esencial para la adquisición de derechos o facultades, no cuando se incumpla cualquier requisito, aunque sea exigible para la validez del acto, sobre la base de la interpretación restrictiva que ha de hacerse de la nulidad de pleno derecho, siendo el procedimiento de lesividad la regla y la revisión de oficio la excepción. En este sentido, el Consejo de Estado ha distinguido entre requisitos necesarios y esenciales, y sólo el incumplimiento de estos últimos vicia de nulidad de pleno derecho al acto administrativo (Dictamen nº. 1537/99, de 27 de mayo).

Debe quedar claro, pues, que el artículo 62.1 LPAC recoge los vicios de invalidez más graves y de mayor trascendencia en el ordenamiento, de manera que cuando esta gravedad es máxima y trasciende al interés general, la sanción tiene que ser la nulidad de pleno derecho y particularmente la aplicación del apartado f) del precitado artículo 62.1 en caso de carencia de los requisitos esenciales del acto administrativo (Dictamen núm. 12/1999 de este Consejo Jurídico).

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa resulta que:

1. La infracción alegada es el incumplimiento del retranqueo del vallado respecto al eje del camino lateral (no afecta a la vivienda construida que constituye la finalidad primordial de la licencia) realizado sobre unos terrenos aún privados, aun cuando estuviera previsto en la normativa su cesión para el ensanchamiento del camino público (condicionado claro está a la resolución de las dudas suscitadas por este Consejo sobre los límites de la cesión en la anterior consideración); la titularidad privada de dichos terrenos excluye que pueda otorgarse a los mismos la consideración de públicos a efectos de poder tipificar la infracción del vallado como muy grave por afectar a un vial (artículo 237.1,e TRLSRM), como ha reconocido implícitamente el órgano que instruye este procedimiento, al no poder considerar su incumplimiento como infracción muy grave, sino como grave (por las normas relativas al uso y a la edificación que no se pueda considerar infracción muy grave), conforme al artículo 237.2,j) del precitado Texto Refundido. De lo anterior también se infiere que dichos terrenos privados destinados al ensanchamiento del carril, aún no aparecían calificados como vial en el planeamiento vigente al otorgamiento de la licencia (suelo no urbanizable), sino que se incorporarían al dominio público a través de su cesión, pues en caso contrario se habría advertido dicha calificación por los servicios técnicos municipales.
2. El incumplimiento de la normativa señalada con anterioridad no presupone la carencia de los requisitos esenciales para el ejercicio del *ius aedificandi* en la parcela en cuestión (exigencia inexcusable para aplicar la causa de nulidad invocada), sino que afecta a uno de los requisitos necesarios previstos en la normativa del PGMO para construir. Tampoco afecta al objeto primordial del acto administrativo enjuiciado (la construcción de la vivienda), sino a una de las obras accesorias (la realización del vallado), con independencia de la irracionalidad urbanística que resulta del estrechamiento del camino de que se trata.
3. Tampoco sustenta la aplicación de la causa tasada de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1,f) LPAC la doctrina que se cita de nuestro Dictamen 168/2006, aludida por el Servicio Administrativo de Disciplina Urbanística de la Gerencia, en la que se ponía como ejemplo de la carencia de los requisitos esenciales cuando se otorga una licencia respecto a suelos no edificables, referida, claro está, a supuestos de máxima gravedad, conforme a la

doctrina anteriormente expuesta: viviendas construidas sobre viales, zonas verdes, equipamientos públicos, suelos no urbanizable protegidos, etc., con incumplimiento de la normativa prevista, a su vez tipificadas como infracciones muy graves en el artículo 237.1 TRLSRM.

4. Para que un cerramiento de parcela pueda ser considerado como infracción muy grave, la segregación o división de los terrenos debería haberse efectuado en contra de los dispuesto en el planeamiento urbanístico, según establece el artículo 237.1,b) TRLSRM, sin que se alegue dicho incumplimiento en el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio, habiéndose obtenido, por el contrario, licencia de segregación el 25 de febrero de 2002, de la que se infiere que la parcela resultante colindaba con dos caminos.

Por las razones antedichas, al no ser aplicable el supuesto tasado de nulidad alegado, nos encontramos ante un acto que infringe el ordenamiento urbanístico (artículo 63 LPAC), por lo que al haberse suprimido por la Ley 4/1999 la posibilidad de revisar de oficio los actos anulables -cuando infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario-, el Ayuntamiento debería haber procedido a declarar dicho acto de concesión de licencia lesivo para el interés público, mediante el procedimiento previsto en el artículo 103 LPAC, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo. En este sentido, conviene aclarar que la lesividad va embebida en la propia infracción urbanística, como reconoce la STS, Sala 3<sup>a</sup>, de 6 de junio de 1995, que señala: "*cuando se pretenda una anulación por lesividad habrá de acreditarse para la procedencia de la lesividad en sí, ahora bien, teniendo en cuenta que en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado...*"

Sin embargo, la falta de reacción administrativa en plazo ante la infracción detectada (si bien es cierto que la primera denuncia vecinal se produjo después de los cuatro años), que vicia de anulabilidad el acto de concesión de licencia, ha motivado que ya no pueda adoptarse el procedimiento indicado, al haber transcurrido más de 4 años desde que se dictó el acto administrativo (artículo 103.2 LPAC), como bien conoce el titular de la licencia, expresándolo así en sus alegaciones.

Pero la imposibilidad de actuar por la vía indicada no prejuzga que tal infracción deba consolidarse en la ordenación urbanística, en atención a su afectación a los accesos de los vecinos, que denuncian incluso la imposibilidad de acceder a sus viviendas los servicios de emergencias (camión de bomberos) por el estrechamiento inicial del carril lateral de que se trata, lo que obliga a la Administración actuante a afrontar la solución al problema urbanístico suscitado por ella (en parte) con el otorgamiento de la licencia urbanística, cuya revisión de oficio ahora se pretende, a través del correspondiente proyecto de obras de ampliación del tramo y de los mecanismos de gestión previstos en la legislación urbanística, que permitan el

ensanchamiento del carril de que se trata y su incorporación al dominio público, logrando así el consiguiente retranqueo del vallado.

Finalmente, indicar que se ha detectado por este Órgano Consultivo una considerable lentitud en la actuación inspectora municipal, que debe ser motivo para que la Administración actuante examine los protocolos de actuación en tales casos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Si bien se constata la existencia de una infracción del planeamiento urbanístico que vicia de anulabilidad el acto de concesión de licencia, no concurre la causa de nulidad de pleno derecho invocada por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

Consecuentemente con ello, a la vista de la naturaleza de la infracción detectada, se debería haber procedido por el Ayuntamiento por la vía revisora prevista en el artículo 103, en relación con el artículo 63, ambos de la LPAC, si bien por el tiempo transcurrido (más de 8 años) no resulta posible, conforme al requisito temporal establecido para tales supuestos.

**SEGUNDA.-** Con independencia de la firmeza del acto administrativo, el Ayuntamiento de Murcia dispone de mecanismos de actuación o gestión que permiten obtener el ensanchamiento del camino en un suelo urbano especial, lo que se convierte en más necesario y urgente aún por las razones esgrimidas por los vecinos denunciantes (Consideración Tercera, penúltimo párrafo).

No obstante, V.S. resolverá.