



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen **49/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 6 de marzo de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Cartagena, mediante oficio registrado el día 28 de abril de 2016, sobre revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho relativa a licencia de obras (expte. **113/16**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 23 de octubre de 2014, x, y, z presentan ante el Ayuntamiento de Cartagena la solicitud de revisión de oficio de la licencia urbanística otorgada el 11 de julio de 2007 a x para la construcción de dos dúplex en calle Mayor de Isla Plana, al considerar que la misma no se ajusta al planeamiento vigente.

Se expone lo siguiente:

1º) Que x, y solicitaron el 30 de agosto de 2006 la licencia para construcción de los dos dúplex referidos (número de expediente MA-2006/1093), siendo otorgada por decreto de 11 de julio de 2007, pues los servicios técnicos habían informado favorablemente por cumplir la norma Cc1 del Plan Especial de Reforma Interior (PERI) de Isla Plana. Dicha licencia se otorgaba salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de terceros. La tira de cuerdas se suscribe por la propiedad, constructor, dirección facultativa y Ayuntamiento el 19 de julio de 2007.

2º) El 2 de octubre de 2007 (antes de tres meses desde la fecha de concesión de licencia), x presenta escrito exponiendo que el cercado y replanteo del solar invade una calle y una zona calificada por el PERI como jardín privado, solicitando que se compruebe por el Ayuntamiento (se tramita como expte. MA 2006/907). Se reitera por escrito ulterior de 4 de diciembre de 2007.

Prosiguen señalando que en este expediente consta informe y documentación gráfica del topógrafo municipal, de 14 de mayo de 2008, en el que se comprueba que la obra en ejecución no respeta el espacio libre privado que determina el PERI, no siendo conforme con la ordenación urbanística del mismo, así como respecto a la revisión del Plan General de Ordenación Municipal (PGMO en lo sucesivo) de Cartagena de 2008, por lo que existió un error en la interpretación del ordenamiento urbanístico vigente, como en el revisado, en el informe que sirvió de base a la concesión de la licencia, ya que tenía en su ordenación el espacio libre privado.

3º) Con fecha 18 de febrero de 2008, x presentó escrito en virtud del cual ponía en conocimiento del Servicio de Disciplina Urbanística del Ayuntamiento de Cartagena que en la calle Mayor núm. -- de Isla Plana se estaba ejecutando una obra que por la parte trasera invade una zona calificada de privada para jardines de cabida de 3.90 m. x 13,10 m., solicitando que se compruebe por dicho Servicio la invasión denunciada (expte. SA 2008/79, al que se ha unido el SA 2008/148).

Se expone que en dicho expediente consta un informe del arquitecto x, de 15 de octubre de 2010, que concluye:

"Las viviendas objeto del informe, sitas en calle Mayor, núm. --, de Isla Plana, en el Término municipal de Cartagena, incumplen claramente el planeamiento vigente, invadiendo con la edificación un espacio libre privado que según el plano del proyecto 3.3.4 del Plan Especial de Reforma Interior de Isla Plana ha de quedar como su

propio nombre indica fuera de edificación.

Por ello la superficie ocupada, según medición in situ realizada por el arquitecto que suscribe, es de 13,10 m. de longitud en su cara sur por 3,66 m. en su lado este y 3,93 m. en su lado oeste, medianero con la vivienda del peticionario del informe".

4º) Con fecha 7 de mayo de 2009, x, y presentan escrito ante el Ayuntamiento interesando la personación en el expediente MA-2006/1093 de concesión de licencia de construcción y la notificación de la resolución recaída (expte. URMA 2009/67), siendo contestado por el Vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo el 13 de agosto siguiente en el sentido de aceptar la personación, procediendo a notificarle el acto de otorgamiento de la licencia. Los indicados presentan recurso de reposición frente a la licencia otorgada en el sentido de que no se ajusta al planeamiento vigente invadiendo la edificación un espacio libre privado. Se acompaña dicho recurso con el informe precitado del arquitecto x.

Según exponen, dicho recurso fue estimado el 21 de abril de 2010, declarándose nula la licencia de construcción otorgada a x por decreto de 11 de julio de 2007 relativa a la construcción de dos dúplex en la calle Mayor y calle Ejido de Isla Plana.

Pese a la declaración de nulidad de la licencia, los trabajos seguían desarrollándose, conforme a los escritos presentados por x, quien también denuncia la infracción urbanística y que solicitó que se llevaran a cabo la adopción de medidas urgentes para paralizar las obras. Dicha solicitud es reiterada según se expone.

5º) Señalan que la titular de la licencia, x, interpuso recurso contencioso administrativo frente al decreto del Vicepresidente de la Gerencia de Urbanismo de 21 de abril de 2010 (expte. 2009/67), en virtud del cual se declara nula la licencia que le fue otorgada el 11 de julio de 2007. El Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Cartagena dictó la Sentencia de 7 de julio de 2014, estimando el recurso interpuesto por x, anulando el decreto de 21 de abril de 2010, siendo la motivación de dicha resolución que si el Ayuntamiento quería revisar aquel acto debía acudir a los trámites del artículo 102 o 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y no por la vía del recurso de reposición, que no está previsto en la regulación específica sobre la materia. Sin embargo, se añade que en dicha resolución judicial no se le reconoce el derecho de la demandante al uso y disfrute de las viviendas cuya licencia obtuvo en el año 2007, teniendo en cuenta que el artículo 232 TRLSRM (Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio) puede permitir aún la revisión de la licencia.

6º) Prosiguen señalando que las viviendas carecen de licencia de primera ocupación, no debiendo ser concedida la misma por cuanto no era procedente el otorgamiento de la licencia.

Finalmente, se expone que desde que se inició la construcción se está causando un enorme perjuicio a los solicitantes de la revisión de oficio por cuanto la vivienda de x, y ha quedado retranqueada y encajonada con la consiguiente pérdida de vistas y ventilación. Además se ha construido en una zona privada como jardines por lo que ahora se ve disminuida la anchura de la calle.

Mediante escritos posteriores de 13 de enero (registrado el 21 siguiente) y de 15 de marzo (registrado el 18 siguiente) del 2015, x reitera la solicitud de revisión de oficio y solicita el impulso administrativo del expediente.

SEGUNDO.- Recabado el informe del Servicio Técnico de Intervención Urbanística sobre la licencia a la vista de las determinaciones del PGMO vigente, es evacuado por el arquitecto municipal el 25 de febrero de 2015 en el sentido de señalar que *"dicho proyecto incumple la revisión del Plan General actualmente en vigor, ya que mantiene el retranqueo obligatorio en la parte sur de la parcela, tal y como preveía el antiguo PERI de Isla Plana".*

TERCERO.- La Jefe de Servicio Jurídico Administrativo de Intervención Urbanística del Ayuntamiento de Cartagena emite informe el 5 de marzo de 2015, en el que argumenta lo siguiente en relación con la revisión de oficio instada:

-Que el acto cuya revisión de oficio se solicita ha permitido la construcción de un edificio que invade parte de un espacio libre privado previsto por el planeamiento, por lo que entiende que adolece de un vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.f) LPAC al permitir la adquisición por los destinatarios de unos derechos de edificación que no les corresponde. Por consiguiente, considera que procedería la declaración de nulidad al amparo de lo previsto en

el artículo 102 LPAC.

-Sin embargo, señala que el artículo 106 LPAC establece que las facultades del derecho 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, buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

En el presente caso se entiende por la informante que el artículo 232 TRLSRM, que regula la revisión de oficio, hay que conectarlo con lo dispuesto en el artículo 246 del mismo texto legal, según el cual, con carácter general las infracciones urbanísticas muy graves o graves prescriben a los cuatro años y las leves al año. Por consiguiente, si las obras amparadas en la licencia fueron concluidas el 15 de abril de 2010 según se acredita con el certificado final de obra, ha prescrito la posible infracción y caducado la acción de restablecimiento del orden jurídico perturbado, siendo, en consecuencia, contrario al TRLSRM la revisión conforme a lo dispuesto en el artículo 106 LPAC.

Finalmente, concluye que por el órgano competente se deberá acordar:

1º) No admitir a trámite la acción de nulidad.

2º) Declarar la situación de fuera de ordenación de las viviendas por no ajustarse a las determinaciones del planeamiento e invadir el espacio libre privado, estando a lo que prevea el artículo 94 TRLSRM para el régimen de fuera de ordenación.

Consta un informe sustancialmente idéntico de fecha 8 de abril siguiente de la misma informante, así como una propuesta del Concejal del Área de Urbanismo e Infraestructuras a la Junta de Gobierno Local de la misma fecha en el sentido de no admitir a trámite la solicitud de revisión formulada por los peticionarios y que por los servicios jurídicos municipales se emita un informe en orden a lo advertido en los fundamentos de derecho de la resolución judicial respecto al ejercicio de las facultades de revisión de esta Administración de sus propios actos.

CUARTO.- Mediante escrito de 10 de marzo de 2015 (registrado al día siguiente), x, en representación de x, y, se persona en el procedimiento de revisión de oficio (expte. UBMA 2015/47) en la condición de partes interesadas de sus representadas.

QUINTO.- Se incorporan también al expediente los informes de los Servicios Técnicos de Intervención Urbanística que fueron evacuados en fechas 5 de febrero de 2010 y 3 de mayo de 2012 en el expediente UBMA 2006/1093. Del último de los citados se desprende que el proyecto no es conforme a la Revisión del PGMO de Cartagena, al no respetar la edificación el retranqueo obligatorio marcado en los planos de ordenación.

SEXTO.- Previo informe de la Jefe de Servicio Jurídico Administrativo de Intervención Urbanística y a propuesta de la Alcaldía, la Junta de Gobierno Local, en su sesión de 20 de noviembre de 2015, acuerda:

1º) Iniciar el trámite de revisión de oficio del decreto de 11 de julio de 2007, que autorizó las obras de construcción de dos dúplex en calles Mayor y Ejido de Isla Plana, en cumplimiento de la Sentencia 164/2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Cartagena, por cuanto dicho edificio invade parte de un espacio libre privado previsto en el planeamiento tanto por lo que se refiere al PERI de Isla Plana vigente en el momento de concesión de la licencia, como en la Revisión del PGMO de Cartagena aprobada definitivamente el 29 de diciembre de 2011.

2º) Otorgar un trámite de audiencia a las partes interesadas para que formulen alegaciones en defensa de sus intereses.

3º) Concluido el trámite de alegaciones se elevará una propuesta a la Junta de Gobierno, cuyo acuerdo se remitirá, junto al resto de las actuaciones, al Consejo Jurídico para su preceptivo Dictamen.

4º) Suspende paralelamente el expediente LPOC2015/5 instado por x, y relativa a la autorización de la primera ocupación de las viviendas, objeto del procedimiento de revisión de oficio, hasta tanto se tramite el procedimiento de revisión de oficio del decreto de 11 de julio de 2007, por cuanto en el caso de declararse nulo determinará la adopción de medidas de restablecimiento del orden jurídico infringido.

SÉPTIMO.- El 18 de enero de 2016 (registro de entrada), x, y, en su condición de titulares de la licencia, presentan escrito de alegaciones en las que, en primer lugar, se hace constar que no se deriva de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 1 de Cartagena la procedencia de acudir a la revisión de oficio.

Además, exponen los siguientes alegatos:

1. Incumplimiento de los requisitos de los actos administrativos en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de noviembre de 2015 por falta de motivación.

Exponen que el referido acuerdo por el que inicia el procedimiento de revisión adolece de una serie de defectos que producen su nulidad, tales como la falta de motivación, sin que se haga referencia a los supuestos de nulidad establecidos en el artículo 62 LPAC, en contra del derecho a la tutela efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución extensible con diverso alcance a los procedimientos administrativos, al principio de legalidad y al respeto a la seguridad jurídica. Dicha falta de motivación del acuerdo de la Junta de Gobierno supone un defecto de forma y de fondo que les ha producido indefensión, según exponen.

2. De poder producirse algún supuesto de revisión de oficio lo sería de anulabilidad y no de nulidad.

Después de relacionar cada uno de los vicios de nulidad previstos en el artículo 62.1 LPAC en su aplicación al caso para determinar que no concurren, se trae a colación el Dictamen 168/2006 de este Consejo Jurídico en el que se concluye por este Órgano que se trata de un vicio de anulabilidad, cuyos razonamientos consideran extrapolables.

3. Los límites a la revisión de oficio.

Señalan que la revisión de oficio tiene unos límites marcados legalmente, concretamente el artículo 106 LPAC, cuyo contenido transcriben.

Añaden que la invalidación de un acto, pese a suponer su adecuación al ordenamiento jurídico, puede producir una situación más injusta que la originada por la ilegalidad que se trata de remediar. De ahí que la LPAC ha establecido como límites generales a cualquier acto de revisión los recogidos en su artículo 106, que establece que cuando por prescripción de acciones, el tiempo transcurrido u otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes, citando la STS de 24 de septiembre de 1996, que además de relacionar uno de los factores de ponderación -el tiempo transcurrido- con la buena fe, establece una vía para la aplicación del principio de confianza legítima.

Exponen que ellas ejecutaron sus viviendas sobre la base de la licencia concedida por el Ayuntamiento y casi 9 años después se inicia el procedimiento de revisión de oficio, pero además para dar cumplimiento a la normativa urbanística sería necesario proceder a la demolición de las dos viviendas construidas, como quedó demostrado en el Juzgado correspondiente con la declaración del arquitecto autor del proyecto. Consideran que el daño que se produciría al revisar el acto administrativo es muy superior a cualquier cuestión que se trate de proteger, y la seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma. A este respecto cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ Región de Murcia de 19 de diciembre de 2014, y del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20 de julio de 2005, entre otras.

Concluyen que se trata de un vicio de anulabilidad y que conforme al artículo 103 LPAC ha prescrito la posibilidad de declarar la lesividad por el transcurso de 4 años desde que se dictó el acto, el 11 de julio de 2007.

Finalmente, reclaman en concepto de responsabilidad patrimonial para el caso de que se declarara la nulidad de la licencia.

OCTAVO.- En relación con el escrito de alegaciones, emite informe el 22 de febrero de 2016 la Jefe de Servicio Jurídico Administrativo de Intervención Urbanística, en el que expone:

1. Que la Sentencia núm. 164, de 7 de julio de 2014, que determina la adopción del acuerdo por el que se inicia el trámite de revisión de oficio de la licencia concedida el 11 de julio de 2007 a x, y para la

construcción de dos dúplex fundamenta de forma explícita la errónea vía empleada por el Ayuntamiento para dejar sin efecto el citado acto, remitiéndose a lo previsto en la revisión de oficio del artículo 232.1TRLRML, por lo que se encuentra motivado en contra de las alegaciones formuladas.

2. A fin de ampliar los fundamentos de dicha revisión, hay que acudir a lo previsto 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". Expone que constan informes técnicos según los cuales:

-No se ha respetado la alineación interior marcada en los planos de ordenación del PERI de Isla Plana, no habiéndose cumplido lo dispuesto en el acta de alineaciones y rasantes suscrita por la propiedad, constructor, dirección facultativa y Ayuntamiento de fecha 19 de julio de 2007, cuya copia se acompaña (informe técnico de 5 de febrero de 2009).

-Existe un error en la interpretación del ordenamiento vigente en el informe urbanístico que sirvió de base a la concesión de la licencia, ya que tanto en el planeamiento vigente como en el revisado tenía en su ordenación el espacio libre privado (informe técnico de 5 de febrero de 2010).

A la vista de lo señalado considera que procede acordar la remisión del expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre la declaración de nulidad de la licencia precitada, puesto que su concesión ha supuesto la adquisición de derechos edificatorios por los titulares que no les corresponden, al afectar a un espacio libre privado previsto en el PERI de Isla Plana, conforme al artículo 62.1.f) LPAC. También señala que en el mismo acto se habrá de resolver la responsabilidad patrimonial que proceda respecto a los titulares de la licencia.

NOVENO.- Asumiendo las consideraciones del anterior informe, el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Cartagena propone el 1 de marzo de 2016 a la Junta de Gobierno Local la remisión de todo lo actuado a este Órgano Consultivo recabando el Dictamen preceptivo, siendo acordado por aquélla el 10 de marzo siguiente y notificada a las partes interesadas.

DÉCIMO.- Consta el expediente de concesión de licencia objeto del procedimiento de revisión de oficio (UBMA 2006/1093, foliado desde el 1 al 192, al que nos referiremos seguidamente).

Del citado expediente se destacan las siguientes actuaciones:

1ª) El 31 de julio de 2006, x, en nombre propio y en representación de x, solicita licencia de obras para ejecutar 2 viviendas tipo dúplex en Calle Mayor y Calle Ejido de Isla Plana, conforme al proyecto redactado por el arquitecto x (folio 3).

2ª) El informe urbanístico de obra mayor, de 27 de febrero de 2007, señala que la solicitud de licencia es conforme con la norma urbanística de aplicación (folio 39).

3ª) El decreto del Vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo, de 11 de julio de 2007, concede la licencia solicitada conforme al condicionado que obra en los folios 66 a 71.

4ª) El 2 de octubre y 4 de diciembre de 2007, x solicitó comprobación de si las obras se ajustan a las determinaciones del PERI según se informa por el Servicio Jurídico (folio 98).

5ª) El 18 de febrero de 2008, x presenta escrito, solicitando que por los servicios técnicos de disciplina urbanística se compruebe si la obra invade una zona privada para jardines (folio 90). Mediante posterior escrito de 25 de junio siguiente expone que por la parte trasera se invade una zona calificada privada para jardines de cabida de 3,90 m. x 13,10 m. y que pese al escrito anteriormente presentado no ha recibido notificación, interesando que se le traslade el informe elaborado por los servicios técnicos del Ayuntamiento (folio 96).

5ª) El acta de inspección de 15 de abril de 2008, en la que se afirma que las obras (en aquel momento con estructura y cerramientos) se ajustan "sensiblemente" (sic) a la licencia otorgada (folio 87).

6ª) El escrito presentado el 19 de junio de 2008 por x (folio 86), en el que se solicita que se compruebe por los servicios técnicos de inspección urbanística las obras objeto de licencia en curso de ejecución y si se ajustan a la legalidad vigente.

7ª) El recurso de reposición interpuesto el 14 de octubre de 2009 por x, y frente a la licencia otorgada el 11 de julio de 2007 por cuanto la misma no se ajusta al planeamiento urbanístico, dado que el actual edificio en construcción no respeta el PERI de Isla Plana y supera en 3,92 metros de fondo la silueta del edificio que existía en el emplazamiento del actual edificio en construcción. Dicho recurso fue resuelto por decreto del Vicepresidente de la Gerencia de Urbanismo de 21 de abril de 2010 en el sentido de estimarlo y declarar nula la licencia otorgada el 11 de julio de 2007.

8ª) La denuncia presentada por x el 12 de marzo de 2010, señalando que la construcción infringe la alineación establecida en la norma, superando en más de 3 metros de fondo la alineación del anterior edificio, hecho constatado por el topógrafo municipal según expone (folio 117), siendo reiterada con posterioridad.

UNDÉCIMO.- Con fecha 28 de abril de 2016 se ha recabado el Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

DUODÉCIMO.- El 25 de mayo de 2016 (registro de entrada) se persona ante este Consejo x, en representación de x, y en su condición de titulares de la licencia cuya revisión se insta, solicitando que sus representadas sean oídas por este Órgano Consultivo y se les dé vista de lo actuado y plazo para presentar alegaciones antes de la emisión de Dictamen. Mediante resolución del Presidente del Consejo Jurídico de 25 de mayo de 2016 se acuerda otorgar un trámite de vista previa del expediente y de audiencia.

DECIMOTERCERO.- El 30 de junio de 2016 tiene entrada en este Consejo Jurídico el escrito de alegaciones presentado por las indicadas interesadas en el Registro de la Comunidad Autónoma en Mazarrón el 24 anterior.

Dicho escrito, además de reproducir las alegaciones ya obrantes en el expediente municipal, destaca la existencia en el expediente de informes jurídicos municipales que proponen no admitir a trámite la revisión de oficio al haber prescrito la infracción (las obras fueron concluidas el 15 de abril de 2010), en aplicación de los límites recogidos en el artículo 106 LPAC. Además, se expone que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia dictó la Sentencia núm. 421/2015, de 20 de mayo, por la que se declara la nulidad de la Orden de aprobación de la revisión del PGMO de Cartagena por no ser conforme a derecho, que ha sido confirmada por la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de junio de 2016. Según se expone, ello significa que parte de la normativa en base a la cual se intenta declarar la revisión de oficio de la licencia en su día otorgada ha sido declarada nula, solicitando que *"a la vista del tiempo transcurrido, los gravísimos perjuicios que produciría declarar nulo el acto, así como toda la argumentación anteriormente expuesta, por la que se fundamenta que en cualquier (caso) sólo procedería la anulabilidad del acto, la cual además habría prescrito, todo ello determina la no procedencia de la revisión de oficio"*.

Se acompañan los siguientes documentos: como núm. 1 el DVD que recoge parte de la grabación de la vista en el acto de juicio seguido en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Cartagena (Procedimiento Ordinario 528/2010), concretamente la declaración del arquitecto autor del proyecto y director de la ejecución de la obra, x, quien señaló que para dejar el espacio libre conforme solicita el Ayuntamiento habría que hacer un recálculo de la estructura y que la demolición supondría que dicha estructura no cumpliera con el Código Técnico de la Edificación, así como la normativa de instrucción de Hormigón Estructural, por lo que aconsejaba la demolición total de la edificación y la construcción de un nuevo edificio; como número 2, se aporta el informe emitido por el citado arquitecto en el que hace constar que la parte del proyecto que no cumple la normativa (espacio libre privado) sería un 10,15% del total de la edificación y que para cumplir con el PERI sería necesario demoler el edificio al completo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo en la revisión de oficio de los actos

administrativos de las Corporaciones Locales en supuestos de nulidad de pleno derecho, vicios que se alegan en el presente expediente, en relación con el 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ); específicamente en materia de urbanismo, el vigente artículo 60 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, establece 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. En igual sentido, el anterior artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS 2008), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, derogado por la normativa citada.

De igual modo, la aplicación de este régimen general a la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está prevista en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en lo sucesivo LBRL), que señala: *"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, finalmente, el artículo 280 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia establece que en supuestos de nulidad se procederá en los términos previstos en las normas de procedimiento administrativo común, previo Dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Igual previsión se contiene en el artículo 232.1 TRLSRM, derogado por la Ley 13/2015.

SEGUNDA.- Procedimiento y órgano competente.

1. El procedimiento de revisión de oficio y los trámites que lo integran conforme a la normativa de aplicación.

Cuando se inicia el procedimiento de revisión de oficio por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cartagena de 20 de noviembre de 2015 aún no había entrado en vigor la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, por lo que a tenor de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera, a) le será de aplicación la normativa anterior, en este caso la LPAC.

El artículo 102.1 LPAC establece 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, 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 su artículo 62.1 de la misma Ley.

Conforme a la doctrina jurisprudencial (STS de la Sala 3ª de 13 de octubre de 2004), el procedimiento de revisión de oficio ha de tramitarse en dos fases: la apertura del expediente que ha de tramitarse con arreglo a las disposiciones del Título VI de la LPAC (disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos), sin excluir la intervención del Consejo de Estado o del organismo consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, y la fase resolutoria de la pretensión de declaración de nulidad del acto; de suerte que si, ya sea de modo expreso o presunto, la Administración deniega la apertura del expediente de revisión, lo procedente será que se acuda a la Jurisdicción Contenciosa para que ordene a la Administración que inicie el trámite correspondiente a la segunda fase y se pronuncie expresamente sobre si realmente existe la nulidad pretendida (Sentencias de 24 de febrero de 2005 y de 15 de abril de 2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de la Región de Murcia). En este sentido, ejercitada la acción de nulidad por los solicitantes en fecha 23 de octubre de 2014, no siendo infundada su petición, el Ayuntamiento está obligado a su tramitación, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta.

No obstante, existen datos contradictorios en el expediente sobre si el procedimiento finalmente se inicia a instancia de parte o de oficio, al existir una propuesta del Concejal del Área de Urbanismo e Infraestructuras, de 8 de abril de 2015, previo informe de la Jefe del Servicio Jurídico Administrativo de Intervención Urbanística, que inadmitía a trámite la solicitud formulada por los particulares, si bien no consta en el expediente que finalmente se adoptara tal inadmisión por el órgano competente, sino que se procedió a iniciar formalmente el procedimiento de revisión de oficio por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de noviembre de 2015 (folios 34 y ss.), en relación con el expediente UBMA2015/47 seguido a instancia de x, y, z, por el que se solicita que se proceda a la revisión de oficio y a que no se conceda la licencia de ocupación. El que se haga referencia en la motivación del acuerdo de iniciación y en la propuesta que se somete a Dictamen que dicho procedimiento se hace en cumplimiento de la Sentencia 164 de 7 de julio de 2014, del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Cartagena, no

prejuzga que su iniciación sea a instancia de parte, a la que posteriormente se suma la actuación municipal con referencia a la citada resolución judicial que cumplimenta.

En relación con el procedimiento de revisión de oficio, este Consejo Jurídico ha señalado reiteradamente que, como mínimo, debe estar integrado por el acuerdo de iniciación por el órgano competente para la resolución con designación del órgano que instruye, los informes pertinentes sobre la acción de nulidad, la práctica de la prueba si así se propone, la audiencia a los interesados y la propuesta de resolución que se somete a Dictamen de este Órgano Consultivo. En su aplicación al caso tales trámites obran en el expediente por lo que ninguna observación cabe realizar al respecto.

Por último, cabe indicar que los efectos del transcurso del plazo de tres meses sin haberse dictado la resolución en virtud de la normativa aplicable cuando se inicia el procedimiento (actualmente son seis meses) es diferente si se hubiera realizado a instancia de parte o de oficio, siendo en el primer caso el silencio de carácter desestimatorio, mientras que en el segundo procedería declarar la caducidad en los términos previstos en el artículo 102.5 LPAC, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

2. Sobre el órgano competente para la declaración de nulidad de pleno derecho.

Al tratarse de un Ayuntamiento al que le es de aplicación el régimen de organización de los grandes municipios (Título X de la LBRL), resulta que al Pleno le corresponde revisar sus actos, y al Alcalde y a la Junta de Gobierno Local los suyos (artículo 127.1,e y k, LBRL), correspondiéndole a este último órgano la competencia para la resolución, según la propuesta elevada.

TERCERA.- Sobre la naturaleza de la acción de nulidad de pleno derecho. Carácter excepcional y supuestos tasados.

A la revisión de los actos urbanísticos (entre ellos las licencias urbanísticas) le es de aplicación la regulación general de la LPAC, estableciendo el artículo 232.1 TRLSRM (hoy el artículo 280 de la Ley regional 13/2015) que en los supuestos de nulidad se procederá en los términos del artículo 102 LPAC y en los supuestos de actos anulables se actuará conforme al artículo 103 de la misma, procediendo a su declaración de lesividad para los intereses públicos.

A este respecto, el artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, a través del procedimiento indicado, 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 de la misma Ley. Este último precepto tipifica los vicios de invalidez más graves y de mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico-administrativo, gravedad máxima que trasciende al interés general o al orden público, determinando así que los actos que incurran en ellos puedan ser declarados nulos de pleno derecho.

Nuestro sistema establece la anulabilidad como regla general de la ilegalidad del acto administrativo (artículos 63 en relación con el 103, ambos LPAC) y sólo como excepción de tal regla se admite que un acto ilegal sea nulo de pleno derecho. En la memoria de este Consejo Jurídico correspondiente al año 2010 se destacó que en la apreciación de las nulidades de pleno derecho, según conocida doctrina y jurisprudencia, se ha de seguir una tendencia restrictiva, dado el carácter marcadamente estricto y riguroso de las causas que lo permiten declarar (Dictámenes 73/2001 y 54/2002), además de añadir que el instrumento de la revisión de oficio, al ser una medida tan drástica e implicar una potestad exorbitante, debe aplicarse con gran cautela. Ello obliga a interpretar con rigor los motivos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1 LPAC y no convertir el procedimiento de declaración de nulidad recogido en el artículo 102 en un cauce ordinario o habitual de expulsión de los actos que hayan infringido el ordenamiento jurídico.

A partir de dicha doctrina, conviene destacar en relación con el acuerdo cuya nulidad de pleno derecho se insta, que la revisión de oficio no está configurada como una vía subsidiaria a la de los recursos administrativos ordinarios, alegando los mismos vicios que hubieran podido ser enjuiciados en tales recursos, puesto que sólo son relevantes los vicios de especial gravedad recogidos en el artículo 62.1 LPAC (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 227/2010).

En la Sentencia del mismo Tribunal y Sala, de 6 de marzo de 2009, se destaca que la acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino sólo aquellas que constituyan un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 LPAC.

Así pues, la solicitud de revisión de oficio activa un procedimiento extraordinario, el cual ha de atenerse a reglas precisas, siendo lo principal la concurrencia de alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho contemplados en el artículo 62.1 LPAC. Procedimiento que, como hemos indicado, no es una alternativa a los mecanismos ordinarios de impugnación de actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico, sino que se trata de un instituto jurídico que por su excepcionalidad tiene importantes límites y condicionantes. El primero de ellos es que, al no tener todos los vicios del acto administrativo la misma intensidad y trascendencia ni afectar por igual al orden público, sólo las faltas y omisiones más graves hacen acreedor al acto administrativo de la sanción de nulidad de pleno derecho, de suerte que los motivos recogidos en el precepto citado de la LPAC constituyen verdaderas causas tasadas.

Atendido tan extraordinario carácter, este Dictamen se contrae a valorar si en el supuesto sometido a consulta concurren motivos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 62.1 LPAC respecto a la licencia de obras otorgada el 11 de julio de 2007 por invadir la construcción un espacio libre privado; ahora bien, aunque los solicitantes no expongan concretamente el vicio de nulidad en el que se subsumiría la infracción cometida, la propuesta elevada considera de aplicación el apartado f) del artículo 62.1 LPAC, si bien este Órgano Consultivo también va a entrar a valorar el apartado g) del artículo 62.1 LPAC en relación con los supuestos de nulidad específicos previstos en la legislación urbanística.

CUARTA.- Infracción urbanística que sustenta el procedimiento de revisión de oficio.

Dado que sólo las faltas y omisiones más graves hacen acreedor al acto administrativo de la sanción de nulidad de pleno derecho y que para ello debe concurrir uno de los vicios tasados previstos en el artículo 62.1 LPAC, este Consejo ha de partir de la consideración de la infracción cometida por la licencia otorgada, destacando *a priori* que echa en falta en este procedimiento de revisión de oficio un informe técnico municipal exhaustivo que examine el proyecto en su día presentado y ejecutado, en contraste con las previsiones del PERI de Isla Plana (normativa aplicable), así como respecto a los efectos de la infracción en la ordenación de la zona y sobre los perjuicios alegados por los solicitantes de la revisión de oficio.

Sobre la naturaleza de la infracción cometida, seguidamente se relacionan los pareceres técnicos que obran en el expediente remitido ordenados cronológicamente, cuyo contenido es el presupuesto de partida para la valoración de la infracción por parte de este Órgano Consultivo:

1. El informe urbanístico, de 5 de febrero de 2009, de los Servicios Técnicos de Intervención Urbanística expone que *"girada visita de inspección se comprueba que no se ha respetado la alineación interior marcada en los planos de ordenación del PERI de Isla Plana, no habiéndose cumplido por tanto lo especificado en el acta de alineaciones y rasantes, suscrita por la propiedad, constructor, dirección facultativa y Ayuntamiento de fecha 19/07/2007"*. Es decir, del citado informe se desprende que la infracción cometida consiste en no respetar la alineación interior marcada en los planos del PERI, sin que la construcción se haya ajustado al acta de tira de cuerdas (alineaciones y rasantes). No se alude en dicho informe a vicios del acto de otorgamiento de licencia, sino a la falta de ajuste de la construcción al acta referida que especifica que las alineaciones serán las determinadas en los planos de ordenación del citado Plan Especial vigente para la zona.

2. Sin embargo, en el informe de 5 de febrero de 2010, evacuado por el Jefe de Servicio Técnico de Intervención Urbanística, se reconoce que hubo un error en la interpretación del ordenamiento vigente en el informe urbanístico que sirvió de base para la concesión de licencia, ya que el planeamiento vigente (PERI Isla Plana), como el revisado (PGMO de Cartagena), tienen en su ordenación el espacio libre privado y *"consta en el expediente MA2006/907 informe y documentación gráfica del Sr. Topógrafo Municipal de fecha 14/05/2008 en donde se comprueba que la obra en ejecución no respeta el espacio libre privado que determina el PERI de Isla Plana"*.

Sobre la base de este informe, como consecuencia del recurso de reposición interpuesto por dos de los solicitantes de la revisión de oficio una vez personados en el expediente de concesión de licencia, el Vicepresidente de la Gerencia Municipal de Urbanismo estima el citado recurso en fecha 21 de abril de 2010 y declara nula la licencia otorgada el 11 de julio de 2007 relativa a la construcción de dos dúplex en calle Mayor y calle Ejido de Isla Plana por la existencia del citado error. Dicho acto estimatorio del recurso fue el anulado por la Sentencia 164/2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Cartagena por el siguiente motivo:

"si se quería revisar aquel acto de fecha 11 de julio de 2007, bien de oficio por el Ayuntamiento bien a instancia de cualquier interesado, debió acudir a los trámites del artículo 102 o 103 de la Ley 30/1992, según el caso, y no

a la vía del recurso de reposición, el cual no está previsto en la regulación específica sobre la materia para revisar licencias de obras ya concedidas. Y el defecto formal en el que se ha incurrido no puede considerarse intrascendente pues tiene su relevancia material dado que los trámites y plazos previstos en los artículos citados difieren de los propios del recurso de reposición". La Sentencia precitada no entra a valorar la infracción cometida.

3. El informe del arquitecto municipal (Servicio de Intervención Urbanística) de 25 de febrero de 2015, evacuado en relación con la solicitud de revisión de oficio, contesta lo siguiente ante la pregunta formulada sobre el proyecto en relación con las determinaciones del PGMO: *"Dicho proyecto incumple la Revisión del Plan General actualmente en vigor, ya que mantiene el retranqueo obligatorio en la parte sur de la parcela, tal y como preveía el antiguo PERI de Isla Plana (sic)".* No se alude a otros incumplimientos tales como volumen u ocupación de parcela, sino al retranqueo obligatorio en la parte sur de la parcela. A este respecto, en relación con una de las alegaciones formuladas por las titulares de la licencia ante este Consejo resulta irrelevante en cuanto a la infracción cometida que la Orden aprobatoria de la revisión del PGMO de Cartagena haya sido anulada mediante las resoluciones judiciales que cita, puesto que la normativa aplicable a la licencia cuya revisión se insta era la correspondiente al PERI de Isla Plana conforme a los informes evacuados en el expediente.

En suma, de los pareceres técnicos municipales obrantes en el expediente se desprende que la licencia otorgada el 11 de julio de 2007 incurrió en una infracción consistente en el incumplimiento del retranqueo obligatorio en la parte sur de la parcela, habiéndose construido en dicho espacio libre privado previsto en el PERI de Isla Plana. Conviene destacar que en ninguno de los informes técnicos evacuados en el expediente se afirma que dicho espacio correspondiente al retranqueo estuviera zonificado en el citado Plan Especial como zona verde o espacio libre públicos, ni que la construcción ocupe parte de un vial.

QUINTA.- Examen de las causas de nulidad de pleno derecho.

Según la propuesta elevada, la infracción se subsume en el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.f) LPAC, que atribuye dicha nulidad para *"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"*. En su aplicación al caso, la propuesta expone, a partir de los informes de los servicios técnicos municipales que señalan que no se ha respetado la alineación interior marcada en los planos del PERI de Isla Plana, que la licencia en su día otorgada determina la adquisición de derechos edificatorios por los titulares que no les corresponden al afectar en parte a un espacio libre privado previsto en el PERI.

Frente a ello, las titulares de la licencia, x, y alegan que no concurre tal vicio de nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.f) LPAC), porque la licencia no da lugar al nacimiento de un derecho sino que únicamente remueve un obstáculo existente para el ejercicio de un derecho ya preexistente por haber sido adquirido con anterioridad. De otra parte, se sostiene que el incumplimiento alegado no es un requisito esencial, conforme a la jurisprudencia que distingue entre los requisitos esenciales y no esenciales. A este respecto se cita el Dictamen 168/2006 de este Consejo Jurídico que concluye que no puede hablarse de la carencia de requisitos esenciales en un caso prácticamente idéntico al examinado según exponen y que se trata de un vicio de anulabilidad.

Asimismo, puesto que las nulidades han de ser apreciadas de oficio, este Órgano Consultivo va a entrar a considerar si la infracción advertida se subsume en el apartado g) del artículo 62.1 LPAC, que hace referencia a cualquier otra causa de nulidad de pleno derecho que se establezca expresamente en una disposición de rango legal, lo que reconduce a la legislación urbanística y a determinar si concurre el supuesto previsto en el artículo 10.3 TRLS 2008 (hoy 55 TRLS, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), que declara la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística.

I. Sobre el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.f) LPAC.

Antes de entrar a analizar la concurrencia de esta causa de nulidad, procede examinar el alegato realizado por las titulares 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 grave o muy grave la normativa urbanística en vigor, que a su vez reenvía al artículo 62.1 de la misma Ley, sin excluir ninguno de los motivos 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 3ª, 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 la licencia otorgada por decreto de 11 de julio de 2007 es nula de pleno derecho, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 62.1.f) LPAC, al no respetar la alineación interior marcada en los planos del PERI de Isla Plana, incumplándose el retranqueo obligatorio en la parte sur de la parcela o, por el contrario, se ha cometido una infracción del ordenamiento jurídico que debería haber sido atacada por el Ayuntamiento, por incurrir en anulabilidad, mediante otro procedimiento revisor.

Este Consejo Jurídico ha tenido ocasión de destacar (por todos, Dictamen 168/06) que 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, como detalla en su Dictamen núm. 3491/1999, del que reproducimos, por su interés, el siguiente párrafo:

"El vicio de nulidad invocado en última instancia es interpretado de modo muy estricto por el Consejo de Estado (dictámenes...) entendiendo que para su apreciación requiere, no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieren en virtud del mismo, y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, es decir los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto. En particular, procede subrayar que una interpretación amplia del supuesto del artículo 62.1.f) podría provocar -dada su potencial vis expansiva- una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos. No es ocioso recordar que, en la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad constituye la excepción frente a la regla general de la anulabilidad".

Este criterio coincide en su planteamiento básico con el que habitualmente se puede apreciar en la jurisprudencia del TS; así, por ejemplo, en la STS, Sala 3ª, de 7 de octubre de 2010, se dice lo siguiente:

"Como señalamos en la Sentencia de 23 de noviembre de 2008 [debe querer decir, 26 de noviembre], recurso de casación número 1998 /2006, para apreciar el vicio al que se refiere la letra f) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, no basta con que se denuncie una vulneración objetiva de las normas reglamentarias aplicables (...); se requiere, precisamente, atribuir al titular del derecho o de la facultad la carencia de un requisito esencial. Y, dada la cautela con la que debe afrontarse la revisión de oficio (que, por dirigirse contra actos ya firmes, perturba en cierto modo la seguridad jurídica y la posición de quien resultó beneficiado por el acto contra el que nadie interpuso un recurso temporáneo), no es posible interpretar en el sentido que lo hace la recurrente el concepto de "requisito esencial" para la adquisición del derecho o de la facultad. No todos los requisitos necesarios para ser titular de un derecho pueden reputarse "esenciales": tan sólo los más significativos y directa e indisociablemente ligados a la naturaleza misma de aquél. En otro caso, se propiciaría la desvirtuación de este motivo extraordinario de invalidez absoluta, que vendría a parificarse en la práctica con los motivos de anulabilidad".

En suma, no deben confundirse los requisitos esenciales del acto con los necesarios, cuyo incumplimiento motivaría la anulabilidad del mismo (Dictamen 90/1999 de este Consejo Jurídico).

En su aplicación al caso, la licencia fue otorgada respecto a una parcela de suelo urbano solar (requisito esencial), si bien incumpliendo uno de los requisitos necesarios para la edificación por el planeamiento urbanístico

aplicable, consistente en el incumplimiento del retranqueo obligatorio respecto a la edificación previsto en los planos del PERI de Isla Plana. No se expone por los servicios técnicos municipales que con dicho incumplimiento se haya invadido un espacio destinado a jardín o espacio libre públicos (en cuyo caso sí estaríamos en una causa de nulidad de pleno derecho por aplicación de la legislación urbanística, con independencia de la mayor o menor extensión del espacio ocupado), sino que afecta, según se expone, a un espacio libre de titularidad privada. No cabe duda, por tanto, que la licencia incurrió en una infracción grave al incumplirse una norma de edificación (artículo 237.2.j TRLSRM), aunque lo fuera en una superficie de 50 m² según el arquitecto director de las obras, que debía haberse revisado en su momento por el Ayuntamiento a través de la declaración de lesividad prevista en el artículo 103 LPAC, al tratarse de un acto que infringe el ordenamiento urbanístico (artículo 63 LPAC), si bien este Consejo Jurídico no considera viable que la infracción cometida pueda ser subsumida en el apartado f) del artículo 62.1 LPAC, como propone el Ayuntamiento, por las razones anteriormente expresadas, en la línea ya indicada en nuestros Dictámenes 138/2002, 168/2006, 121/2011, pese a reconocer cierta frustración en relación con el cumplimiento de la legalidad urbanística porque las vías escogidas por el Ayuntamiento para eliminar la infracción hayan conducido hasta ahora a la imposibilidad de depurarla después de tantos años.

II. Sobre el vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.g) LPAC.

Este Órgano Consultivo también ha valorado si podía concurrir en la infracción analizada el vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.g) LPAC, que reenvía, como ya se ha indicado, a la legislación urbanística y a la previsión en ella de que son nulas de pleno derecho las licencias otorgadas con infracción de la ordenación de zonas verdes o espacios libres públicos previstos en los instrumentos de ordenación urbanística (artículo 10.3 TRLS 2008 y 55 TRLS vigente).

Sin embargo, tomando en consideración los informes técnicos obrantes en el expediente que no hacen referencia a que dicho espacio libre privado estuviera zonificado como zona verde o espacio libre públicos, no puede subsumirse la infracción cometida en el apartado citado en atención a la jurisprudencia recaída, que viene a afirmar que no tiene la consideración de zona verde y espacio libre todo terreno inedificable.

Cabe citar a este respecto las siguientes resoluciones judiciales:

La STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 16 de febrero de 1987, señala que no son lo mismo los espacios libres que los espacios indeficables con el siguiente razonamiento:

"(...) en el caso de que se hubiesen debido guardar estos 4 metros de retranqueo a cada lindero, este espacio inedificable no podría merecer nunca la calificación de zonas verdes o espacios libres a que estos preceptos aluden son los mismos terrenos a los que se refiere los artículos 50 de la propia Ley y 162 del Reglamento de Planeamiento, los cuales no son los espacios libres que han de quedar entre las edificaciones o entre éstas y la vía pública en aplicación de los correspondientes índices de ocupación de parcela o edificabilidad, sino que las zonas verdes y los espacios libres que aquellos preceptos mencionan son los parques y los jardines públicos (...) no pudiendo confundirse con esta clase de espacios (...) los demás terrenos inedificables a los que no afecta aquella regulación, siendo evidente que otra interpretación conduciría al absurdo de entender que todo terreno inedificable es un espacio libre a los efectos de la mencionada regulación especial".

En la misma línea de señalar que no es lo mismo un espacio libre que terreno inedificable la del mismo Tribunal y Sala de 30 de enero de 1992: *"En definitiva (...) el litigioso es un terreno inedificable por exceder del máximo de ocupación de la parcela y por no guardar la debida separación a linderos. Pero esta condición urbanística no introduce aquel terreno en el sistema de espacios libres previsto en el planeamiento (...)".*

Asimismo las más recientes del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 11 de junio de 2014 y de 13 de abril de 2016, la última de las cuales razona lo siguiente:

"Así las cosas, la problemática queda reducida a determinar qué se entiende por zona verde o espacio verde. Como dijimos ya en Sentencia de fecha 17 de enero de 2008, y posteriores, reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, la consideración legal de espacio libre no la tiene cualquier superficie no edificable, sino únicamente aquellos terrenos que el planeamiento califique así, incluyéndolos en el sistema de espacios libres propios del ámbito territorial ordenado".

Por las consideraciones realizadas no concurriría el motivo de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo

Al no advertirse causa de nulidad de pleno derecho por las razones expresadas anteriormente, la infracción denunciada hubiera motivado que este Consejo Jurídico recomendara al Ayuntamiento para la revisión del acto el procedimiento de declaración de lesividad para los actos anulables prevista en el artículo 103 LPAC, si bien debido al tiempo transcurrido no se considera posible su adopción, teniendo en cuenta que el citado artículo establece un plazo máximo de cuatro años desde que se dicta el acto.

SEXTA.- Otras consideraciones adicionales.

I. De las actuaciones integrantes en el expediente y de las consideraciones de este Dictamen se desprende que la Administración actuante no adoptó las vías procedimentales adecuadas tendentes a la suspensión de las obras y a la revisión de la licencia otorgada el 11 de julio de 2007 cuando aquéllas se encontraban en curso de ejecución (fueron denunciadas por los solicitantes de la revisión de oficio durante los años 2007 y 2008 según el Antecedente Undécimo); y aunque el Ayuntamiento intentó paliar dicha inactividad inicial con la estimación por el decreto de 21 de abril de 2010 (más de dos años y medio después) del recurso de reposición interpuesto por dos de los solicitantes de la revisión de oficio que se personaron en el expediente, tal vía fue considerada inadecuada para revisar un acto por parte de la Sentencia 164/2014 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Cartagena, que indicó que si el Ayuntamiento quería revisar la licencia tenía que haber acudido a los trámites del artículo 102 o 103 LPAC, según el caso, conforme a las previsiones de la legislación urbanística (artículo 232.1 TRLSRM).

Ello conlleva, ante la falta de eficacia de las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado adoptadas por el Ayuntamiento, que los solicitantes de la revisión de oficio puedan considerarse perjudicados por la actuación municipal, disponiendo de la acción de responsabilidad patrimonial por un funcionamiento anormal del servicio público.

II. Respecto a la construcción realizada, ésta se encontraría en régimen de fuera de ordenación, siéndole de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 112 de la Ley 13/2015.

III. Por último, este Consejo Jurídico considera de interés recordar al Ayuntamiento que las medidas para el restablecimiento de la legalidad urbanística requieren su adopción de oficio con prontitud, que eviten que la infracción cometida y el transcurso del plazo puedan permitir, como ha ocurrido aquí, la consolidación de construcciones que no se ajusten al planeamiento urbanístico, lo que evidencia en sí un fracaso de la reacción administrativa frente a actos que no se ajustan al ordenamiento urbanístico, con el agravante en el presente caso de que los solicitantes de la revisión de oficio denunciaron prontamente la construcción, como se ha expuesto.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución elevada porque si bien se advierte que la licencia otorgada incurre en una infracción de la normativa urbanística aplicable, la misma no es subsumible en los apartados f) y g) del artículo 62.1 LPAC, por las razones expresadas en la Consideración Quinta.

SEGUNDA.- No procede la declaración de lesividad de actos anulables porque el artículo 103 LPAC establece el requisito temporal de 4 años para adoptar tal declaración desde que se otorgó la licencia, plazo ampliamente rebasado en el presente supuesto, aunque hubiera sido la vía revisora pertinente si se hubiera adoptado dentro del plazo previsto.

TERCERA.- La ineficacia de las medidas por parte del Ayuntamiento para revisar la licencia en su día otorgada y para el restablecimiento de la legalidad urbanística, traen como consecuencia las consideraciones adicionales realizadas por este Consejo Jurídico en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.