

Dictamen nº: **520/18**

Consulta: **Alcaldesa de Madrid**

Asunto: **Revisión de Oficio**

Aprobación: **29.11.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad en su sesión de 29 de noviembre de 2018, sobre la solicitud formulada por la alcaldesa de Madrid a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre la petición realizada por Dña. en orden a la revisión de oficio de la Resolución del gerente de la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid de 5 de febrero de 2017, por la que se habría otorgado una licencia urbanística para la ejecución de obras de conservación/restauración, cambios de distribución y acabados (sin afectar a estructura) y exteriores, para la actividad de restaurante y comercio minorista de alimentación en el inmueble de la calle A, nº aaa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de octubre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora, solicitud de dictamen preceptivo en relación con la petición, presentada el 26 de enero de 2018 en el registro del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid por la presidenta de la Comunidad de

Propietarios de la calle A, nº aaa, en orden a la revisión de oficio de la Resolución del gerente de la Agencia de Actividades del Ayuntamiento de Madrid de 5 de febrero de 2017 anteriormente identificada.

En su escrito, la solicitante refería que, en las fechas del 2 y del 28 de febrero de ese mismo año 2017, había formulado sendas denuncias por la ejecución de obras de acondicionamiento de un local para uso de restauración, en la planta baja del edificio del nº aaa de la calle A. En aquellas denuncias, expresaba que las obras debían de carecer de licencia municipal, ya que no se había informado de este último hecho a la comunidad de propietarios y, por otra parte, y en contra de la normativa municipal, no existía ningún tipo de cartel informativo. Llamaba la atención al respecto sobre la circunstancia de contar el inmueble con la catalogación en grado singular, que es el máximo nivel de protección en Madrid.

Con posterioridad, en visitas a los organismos municipales correspondientes al efecto de recabar información ante la falta de respuesta a las denuncias, pudieron saber que las obras contaban con licencia concedida en virtud de Acuerdo de 5 de febrero de 2017, razón por la que se había procedido al archivo de las denuncias. Refiere que, a renglón seguido, la comunidad de propietarios encargó un informe técnico a fin de verificar si las obras se ajustaban a la licencia concedida y, una vez emitido, el 28 de abril de 2017 procedió a hacer entrega del mismo al Ayuntamiento de Madrid. En el mismo, que se traspone parcialmente en el escrito, partiendo de la superficie y características internas del local, se llega a la conclusión de que la ocupación atribuida por el solicitante de la licencia al uso de sastrería (63 personas), no era en realidad más que de 16 personas. De ahí se deducía que se había llevado a cabo una intensificación de uso para la nueva actividad, que contemplaba un aforo de 49 personas.

Por fin, el 19 de junio de 2017 obtendrían una respuesta del Ayuntamiento a sus reiteradas denuncias, si bien que limitándose a remitirse a la licencia y a invitarles a pedir cita ante el Servicio de Licencias y Consultas de la Agencia de Actividades a fin de posibles aclaraciones.

Con posterioridad, presentaría un nuevo escrito, de fecha 12 de julio de 2017, al que se aportaban fotografías de las últimas obras realizadas en el local, que permitían comprobar los cambios realizados en la fachada del inmueble no obstante la protección del edificio como singular y su sumisión a la Protección Normativa *"Conjunto Histórico de la Villa de Madrid"*, NZ1, Grado 5º, Nivel C, y que, además, se había instalado una campana extractora en el interior del local cuyo asentamiento desconocían si estaba amparado por la licencia de obras.

Ya en octubre de 2017, pediría de la Agencia de Actividades la emisión de un nuevo informe técnico y jurídico sobre la licencia y denunciaría ante la Administración local que, desde el día 12 de ese mismo mes, se había comenzado la actividad en el local sin contar con licencia de funcionamiento. Recalcaba que, hasta la fecha de presentación de la solicitud de revisión de oficio, no había obtenido respuesta a estos escritos.

La solicitante concluía su escrito exponiendo que, de conformidad con las conclusiones del informe técnico que aportaba, la licencia concedida para el uso de restauración era nula de pleno derecho al implicar una intensificación del uso preexistente en contra de lo dispuesto en los artículos 4.3.8 y 8.1.6 de las Normas Urbanísticas del PGOU de Madrid.

Adjuntaba a su escrito copia de los escritos presentados al Ayuntamiento de Madrid en las fechas del 2 y el 28 de febrero y el 28

de abril de 2017, así como del informe emitido por dos arquitectos colegiados en el que se referían las deficiencias observadas en el proyecto técnico presentado por los promotores de las obras y en la ejecución de estas.

Admitida a trámite la solicitud de dictamen en la misma fecha de su entrada, se le asignó el número de expediente 480/18, correspondiendo la ponencia, según las reglas generales de reparto de asuntos, al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros.

SEGUNDO.- Con fecha 11 de mayo de 2018, la interesada presentó un escrito reiterando la petición de revisión de oficio.

Por nota interna de 17 de mayo de 2018, la Subdirección General de Actividades Económicas de la Agencia de Actividades solicitó la licencia y los planos de la Sastrería Echevarría en el Local 10.

En respuesta a tal solicitud, por parte de la jefa de la Sección de Archivo del Departamento de Análisis Urbano adscrito al Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible y de la directora del Archivo de Villa, se remitieron copias de las fichas administrativas correspondientes a las licencias de actividad tramitadas en los años 1950 y 1961 (págs. 98 a 101 y 106 a 110 del exp. admvo.).

Por sendos escritos de 6 de julio y de 22 de agosto de 2018, se volvió a reiterar la solicitud de revisión de oficio.

Ya con fecha 1 de octubre de 2018, la jefa de la Unidad de Protocolos Técnicos de la Agencia de Actividades emitió informe sobre la solicitud. En ella, se hacía referencia a los datos de que se disponía en relación con las licencias de los años 1950 y 1961 y, en lo concerniente a la licencia urbanística de 5 de febrero de 2017, se exponía:

“Cabe indicar que el expediente de licencia urbanística 500/2016/14260 dispone del correspondiente pronunciamiento de la Comisión para la Protección del Patrimonio Histórico, Artístico y Natural (CPPHAN), con Certificación favorable, acta 29/2016, de la Sesión celebrada el 09.09.2016, donde se informaban favorablemente las dos opciones planteadas en la propuesta de obras exteriores y acondicionamiento puntual en edificio de catalogación singular. Obras en fachada de la calle A, nº aaa, en fachada interior de patio y las obras de acondicionamiento puntual interior del local.

Que el art. 4.1.4 de las NN.UU. del PGOUM 97 habla sobre la Comisión Institucional. En su apartado 3 especifica que las competencias se regulan en el art. 4.11 de dichas Normas y que dicha Comisión tiene capacidad para pronunciarse sobre soluciones y alternativas que en materia de planeamiento, edificación y usos puedan plantearse en orden a la consecución del que se pretende, esto es, la protección del patrimonio histórico, artístico y natural.

También el Decreto por el que se aprueba las Normas Reguladores de la Comisión para la Protección del Patrimonio Histórico, Artístico y Natural de la Ciudad de Madrid, de fecha 27/01/2016 en su art. 4.2.k (Finalidad y Funciones) establece la función de dispensar el cumplimiento de las limitaciones impuestas en el artículo 4.3.8 de las NN.UU del PGOUM 97 para la intensificación de uso, cuando se demuestre que las actuaciones propuestas no causan quebranto a los valores del edificio, ni la densificación supone un impacto negativo para la zona.

Por lo que, se entiende que la Comisión habiéndose pronunciado favorablemente en las actuaciones urbanísticas propuestas planteadas, ha considerado la no intensificación del uso conforme

el art. 8.1.6.2.a) de las NN.UU. del PGOUM-97 y la no existencia de impactos negativos en la zona, habiendo velado por salvaguardar los valores del edificio.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se concluye que no se aprecia intensificación de uso en el expediente que nos ocupa al quedar justificado con los antecedentes que el número de locales no se ha incrementado y que la Comisión órgano competente para otorgar la dispensa de intensificación de uso emitió certificación favorable en su sesión celebrada el 9 de Septiembre del 2.016 sin pronunciamiento sobre la cuestión”.

Seguidamente, se ha formulado propuesta de resolución suscrita conjuntamente con fecha 1 de octubre de 2018 por el jefe del Servicio de Régimen Jurídico y la subdirectora general de Secretaría Técnica con el conforme de la gerente de la Agencia de Actividades. En la misma, se contempla la desestimación de la solicitud de anulación de la licencia urbanística concedida por Resolución de 5 de febrero de 2017, de la gerente de la Agencia de Licencia de Actividades, al considerar que, conforme al informe emitido en el curso del procedimiento cuya fundamentación se recoge expresamente, no se habría producido la intensificación del uso y, en consecuencia, no concurriría la causa de nulidad de pleno derecho alegada.

En tal estado del procedimiento se ha remitido el expediente a la Comisión Jurídica Asesora solicitando la emisión del preceptivo dictamen en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y en el artículo 5.3. f).b de la Ley 7/2015, de la Comunidad de Madrid, de 28 de diciembre.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f.b de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, y a solicitud del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno según lo previsto en el artículo 18.3.c) del Decreto 5/2016, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (ROFCJA).

Por lo que toca a las Entidades Locales, el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), dispone que las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común. Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Real Decreto 2568/1986, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común. La remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 110 de la LPAC.

El artículo 106.1 de la LPAC establece la posibilidad de que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario, desde un punto de vista material, que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la misma ley, y, desde el punto de vista del procedimiento y

garantía del ajuste de la actividad administrativa al principio de legalidad, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

De ese artículo se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter parcialmente vinculante en el sentido de constreñir a la Administración que lo pide solo en el caso de tener sentido desfavorable a la revisión propuesta. La referencia que el artículo 106 de la LPAC, en sus apartados 1 y 2, hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, en el caso de la Administración autonómica madrileña, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, constituida por la ya citada Ley 7/2015.

En cuanto a la competencia para acordar la revisión de oficio de actos nulos, la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid, le atribuye con carácter general al Pleno, el alcalde y la Junta de Gobierno la potestad de declarar la nulidad de sus propios actos -arts. 11.1.m), 14.3.l) y 17.1.j)-. Esta solución es semejante a la prevista en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en cuanto a los municipios de gran población -arts. 123.1.l), 124.4.m) y 127.1.k)-.

Ahora bien, en el caso de la Agencia de Actividades, se trata de un organismo autónomo cuyo régimen aparece previsto en sus Estatutos aprobados por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 30 de octubre de 2014 (BOCM de 12 de noviembre de 2014). En su artículo 20.3 se encomienda a su Consejo Rector “*la revisión de oficio de los actos administrativos nulos y la declaración de*

lesividad de los anulables dictados por los demás órganos de la Agencia de Actividades”.

SEGUNDA.- Previamente al examen de fondo del asunto, debe plantearse el cumplimiento de los requisitos de plazo y procedimiento en la tramitación del procedimiento de revisión de oficio.

En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, la LPAC (al igual que, anteriormente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJ-PAC), no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar el carácter preceptivo del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda, referencia que debe entenderse hecha, a partir de su constitución, a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid creada por la ya citada Ley 7/2015.

Las normas generales de todo procedimiento determinan que este comience con un acuerdo de inicio y que la tramitación del expediente continúe con la realización de los actos de instrucción necesarios “*para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución*” (art. 75.1 de la LPAC). Estas actuaciones instructoras pueden consistir en la emisión de los correspondientes informes en garantía de la legalidad, objetividad y acierto de la resolución final que se dicte en el procedimiento, exigidos con carácter general por el artículo 79 de la ley de constante referencia.

Una vez concluida la instrucción, debe cumplirse el trámite de audiencia, cuestión que abordaremos más adelante, y, finalmente, con carácter previo a la solicitud de dictamen de la Comisión Jurídica Asesora debe redactarse la propuesta de resolución en la que la

Administración consultante se pronuncie sobre la procedencia de la nulidad solicitada, con inclusión de los correspondientes antecedentes, fundamentos jurídicos y parte dispositiva, conforme a la exigencia de motivación de los actos por los que se resuelvan procedimientos de revisión de oficio –art. 35.1.b) de la LPAC-. Asimismo, en dicha resolución se podrán reconocer las indemnizaciones a que hubiere lugar cuando concurran los presupuestos propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración a tenor de lo dispuesto en el artículo 106.4.

En el procedimiento que se somete a consulta, los únicos trámites que se han realizado consisten en la petición de informe a la Unidad de Protocolos Técnicos de la Agencia de Actividades y en la elaboración de una propuesta de resolución, que ha sido adoptada por el jefe del Servicio de Régimen Jurídico y la subdirectora general de Secretaría Técnica, con el conforme de la gerente de la Agencia de Actividades, con fecha 1 de octubre de 2018.

Se observa por ello que se ha dejado de realizar un acto de instrucción relevante, que consiste en la incorporación al procedimiento del expediente administrativo correspondiente a la licencia que se pretende sea dejada sin efecto. En este punto, resulta paradójico que se haya incluido en el expediente de la revisión de oficio la escasa documentación que queda en el Archivo de Villa del Ayuntamiento de Madrid con respecto a las licencias concedidas sobre el mismo local de la calle A en los años 1950 y 1961, y en cambio no se haya integrado en aquel el correspondiente a la licencia cuya nulidad se promueve por la interesada. Ello, aparte de poder afectar al derecho de la solicitante como en seguida se verá, también afecta a la plenitud del conocimiento del asunto por parte de este órgano consultivo, cuyo parecer, como bien saber el órgano consultante, tiene carácter vinculante en materia de revisión de oficio.

Asimismo, debe prestarse una atención especial al trámite de audiencia. Esta Comisión Jurídica Asesora viene observando en sus dictámenes que, aunque no lo establezca expresamente el artículo 106 de la LPAC (como tampoco lo hacía, en el régimen anterior, el art. 102 de la LRJ-PAC), cuando se aprecien elementos para ello, es necesario garantizar la audiencia de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de aquel texto legal.

En concreto, conviene examinar si se ha cumplido con esa garantía desde una doble perspectiva. Desde el punto de vista del solicitante de la revisión de oficio, el organismo autónomo que la tramita se ha guiado por lo previsto en el apartado 4 del artículo 82, que contempla la posibilidad de prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. Sin embargo, en el procedimiento, aunque parco en su tramitación, existe un acto de instrucción relevante, cual es el informe elaborado por la jefa de Unidad de Protocolos Técnicos de la Agencia de Actividades, que constituye precisamente la base de la propuesta de resolución, que lo traspone literalmente en su parte esencial a título de fundamentación. De esta forma, se plantea la necesidad de garantizar el derecho de audiencia de la interesada otorgándole el trámite de alegaciones, lo que ha de incluir la puesta a su disposición del expediente administrativo.

Por otra parte, todo órgano administrativo que tramite una revisión de oficio conforme a la LPAC, debe plantearse si se respeta el deber de dar audiencia a otros posibles interesados en el procedimiento (art. 82.1), siendo así que en el caso examinado, el sujeto que ha realizado las obras e implantado una nueva actividad

en el local es, además de interesado, titular de un derecho (art. 4.1.b LPAC), cual es la licencia otorgada en su favor.

Finalmente, se observa que la persona que solicita la revisión de oficio de la licencia lo hace en condición de presidenta de la comunidad de propietarios del edificio de la calle A, nº aaa. Aunque el artículo 13.3 de Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, dispone que *“el presidente ostentará la representación legal de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten”*, no se ha aportado por su parte al procedimiento, como tampoco se le ha requerido que lo haga por vía de subsanación, la acreditación de dicha condición.

Además, el requerimiento de subsanación debería hacerse extensivo a la incorporación el procedimiento del acuerdo de la comunidad de propietarios que legitime la solicitud de revisión de oficio. Como hemos señalado, entre otras ocasiones, en el Dict. 453/18, de 18 de octubre, la facultad de representación del presidente de la comunidad de propietarios no legitima por sí sola para el ejercicio de acciones. En dicho sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha destacado en Sentencia de 24 de junio de 2016 (RC 458/2014) la necesidad de contar con dicho acuerdo para los actos que tengan trascendencia para la comunidad, como parece ser, obviamente, la impugnación de una licencia concedida a otro elemento de la comunidad:

«Como concluye la reciente sentencia 622/2015, de 5 de noviembre, es pacífica la doctrina jurisprudencial de esta Sala (reiterada, con precisiones, en las sentencias 676/2011, de 10 de octubre, 204/2012, de 27 de marzo -ambas citadas por el recurrente-, 768/2012, de 12 de diciembre , 659/2013, de 19 de febrero , y 757/2014, de 30 de diciembre) que declara la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al

presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de esta salvo que los estatutos expresamente dispongan lo contrario o el presidente actúe en calidad de copropietario. Según esta doctrina, aunque la Ley de Propiedad Horizontal únicamente exige de modo expreso el acuerdo previo para que el presidente pueda ejercitar acciones judiciales en defensa de la comunidad de propietarios en los supuestos de acción de cesación de actividades prohibidas por los estatutos que resulten dañosas para la finca (art. 7.2 LPH) y de reclamación de cuotas impagadas (art. 21 LPH), esta sala ha entendido que no resulta razonable sostener que la facultad de representación que se atribuye de modo genérico al presidente le permita decidir unilateralmente sobre asuntos importantes para la comunidad, entre los que la citada STS de 27 de marzo de 2012 considera comprendida precisamente “la realización de obras en elementos privativos de un comunero que comporten alteración o afectación de los elementos comunes”. Es decir, pese a que la Ley de Propiedad Horizontal reconozca al presidente de la comunidad de propietarios la representación de la misma en juicio y fuera de él, la jurisprudencia ha matizado que «esto no significa que esté legitimado para cualquier actuación por el mero hecho de ostentar el cargo de presidente ya que no puede suplir o corregir la voluntad de la comunidad expresada en las juntas ordinarias o extraordinarias» (sentencia 659/2013, de 19 de febrero , citada por la más reciente 622/2015, de 5 de noviembre)».

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede retrotraer el procedimiento a efectos de que la solicitante acredite su condición de presidenta de la comunidad de propietarios y la autorización para promover la revisión de oficio, de que se incorpore al procedimiento el expediente administrativo correspondiente a la licencia cuya nulidad se pretende y, una vez que esto haya sido hecho, sea conferida audiencia tanto a la solicitante como al titular de la licencia.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 29 de noviembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 520/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid