

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Mediante escrito de fecha de 11 de enero de 2019, y registro de entrada General en la Diputación Provincial de fecha 22 del mismo mes, con número XXX XXX XXX, el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de XXX XXX XXX, solicita la emisión de informe jurídico sobre opinión fundada en relación a expediente de evaluación ambiental y ampliación de una actividad ganadera con la construcción de una nueva nave y nueva balsa de purines, en el que se ha descubierto la inexistencia de licencia de actividad y de obras realizadas sin licencia.

Atendiendo a lo solicitado se emite el presente

INFORME

LEGISLACIÓN APLICABLE

- RD 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del suelo y Ordenación urbana.
- RD 2414/1961, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (en adelante RAMINP, entonces plenamente en vigor).
- Ley 39/2015 de 16 de octubre, por la que se aprueba la Ley de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP)
- Orden 31/03/2003 de la Consejería de Obras Públicas.
- Instrucción nº 5 25 de mayo de 2017 de la Consejería de Fomento.
- RD 1/2010 de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística (en adelante TRLOTAU)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se presenta en el Ayuntamiento de XXX XXX XXX, solicitud de licencia de obras para la construcción de una nave agraria en explotación de ganado bovino lechero y nueva balsa de purines que supone ampliación de las instalaciones de la mercantil XXX XXX XXX, S.L, solicitando además tramitación de expediente de evaluación ambiental.

SEGUNDO.- El Ayuntamiento requiere a la empresa copia de la licencia municipal de actividad, que autorice el emplazamiento de la actividad ganadera intensiva, copia de las licencias municipales de obras de todas las edificaciones realizadas y documentación acreditativa del derecho bastante para la realización de la construcción, edificación o uso del suelo.

TERCERO.- En contestación a ese requerimiento, la mercantil XXX XXX XXX, S.L, presenta copia de la licencia urbanística concedida en 1995, copia de las licencias municipales de las obras y acreditación de los derechos bastantes para la realización de las obras y uso del suelo.

CUARTO.- Tras el análisis de la documentación presentada, el Ayuntamiento considera en el informe jurídico emitido por el Secretario, que "en la licencia concedida en 1995, tan solo se entiende incluida la licencia de obras y no la de actividad, ya que no consta en el expediente, la tramitación de la licencia de actividad clasificada como Molesta en los términos que regulaba el

RAMINP, en vigor en aquel año". Por lo que se entiende, desde el Ayuntamiento que se trata de una actividad sin licencia, la cual debe legalizar dicha situación.

QUINTO.- Por otro lado, se comprueba por el Ayuntamiento que existen construcciones para las cuales no fue ni pedida ni concedida licencia de obras alguna. Por lo que deben ser igualmente legalizadas. Además se comprueba que la nueva petición de obras supera el porcentaje de ocupación máxima permitido.

SEXTO.- En virtud de todo lo anterior se deniega, provisionalmente, la tramitación del expediente de evaluación de impacto ambiental y el de licencia urbanística debido a la no existencia de licencia de actividad de la explotación, instando el inicio de expediente de legalización de la actividad y de las instalaciones que no cuenten con licencia de obras. Advirtiéndole el Ayuntamiento que se trata de un acto de trámite.

SÉPTIMO.- Con fecha de 4 de diciembre se presenta en el Ayuntamiento recurso de Reposición contra la resolución dictada por el Alcalde. Dicho recurso pone de manifiesto una serie de cuestiones.

OCTAVO.- Con fecha de 4 de enero de 2019, el secretario emite informe sobre las alegaciones presentadas, proponiendo que se admita a trámite el recurso, y que se denieguen las pretensiones formuladas en el mismo.

NOVENO.- Por el Sr. Alcalde se remite a este Servicio de Asistencia a Municipios petición de informe sobre el asunto a fin de poder adoptar una resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto cuanto antecede y analizada la documentación remitida por el Ayuntamiento se debe realizar un análisis detallado de todas las cuestiones puestas de manifiesto por ambas partes, para poder llegar a una conclusión clara, ya que son numerosas las circunstancias a tener en cuenta en el caso planteado.

PRIMERO.- En primer lugar se va a proceder a analizar la cuestión principal de la licencia de actividad de la explotación ganadera y su posible vicio o no de nulidad, así como las formas de actuar.

Ante la solicitud de licencia urbanística presentada por la mercantil XXX XXX XXX S.L para construcción de nave de explotación ganadera de bovino lechero e inicio de actividad, el Pleno del Ayuntamiento de XXX XXX XXX acuerda en sesión celebrada el 21 de septiembre de 1995 conceder a XXX XXX XXX, S.L la licencia urbanística solicitada con el cumplimiento de las condiciones aplicables a esta clase de obra. Como bien indica el Secretario de la Corporación, la normativa aplicable en este año era el RD 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del suelo y

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Ordenación urbana, si bien debe conocerse, que el Tribunal Constitucional, declaró inconstitucionales numerosos preceptos del citado RD que produjo la recuperación, sólo parcial, del RD 1346/1976 de 9 de abril.

Según lo dispuesto en el Decreto de 17 de Junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, la edificación de un inmueble se destinará específicamente a establecimiento de características determinadas, **no se concederá el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuere procedente**. Esta afirmación viene a poner de manifiesto que, antes de proceder a la concesión de la licencia de obras, debe ser tramitada y concedida la licencia de apertura. Dicha licencia se encontraba regulada por el RD 2414/1961, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (en adelante RAMINP, entonces plenamente en vigor).

El citado Reglamento, en su anexo I, establece que la actividad de vaquería es clasificada como molesta, por malos olores, e insalubre y nociva, por enfermedades infectocontagiosas, por lo que la licencia de apertura debió ajustarse al procedimiento previsto en el citado Reglamento, en sus artículos 29 y siguientes. Una vez recibida la documentación completa en el Ayuntamiento, realizado periodo de información pública y admitida a trámite, ésta será reenviada a la Comisión provincial de saneamiento que deberá emitir informe, vinculante. Una vez remitido dicho informe, el Ayuntamiento resolverá la concesión de la licencia y se realizará la comprobación pertinente por los servicios técnicos.

Según los datos presentados por el Ayuntamiento se comprueba que la mercantil solicitó licencia urbanística para realización de las obras consistentes en Nueva Explotación Ganadera de vacuno lechero. Según el acuerdo de Pleno de fecha 21 de septiembre de 1995, se concede, por unanimidad, la licencia urbanística solicitada por la mercantil.

A modo de paréntesis, debe ponerse de manifiesto la relación existente entre la licencia de obras y la de apertura y funcionamiento de una actividad clasificada, las cuales, además de concurrir en un mismo procedimiento, guardan entre sí una dependencia recíproca. La interdependencia sería tal, que no sería posible otorgar la licencia de obras si previamente no se determina la viabilidad de la instalación o establecimiento de la correspondiente actividad, así como su calificación e, incluso, medidas correctoras precisas. Así lo entendía el Tribunal Supremo, en Sentencia de 12 de junio de 1989, de la sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección, 1ª, *"la concesión de la licencia de apertura debe ser previa o simultánea a la de la licencia de obras cuando esta se refiera a una edificación con un destino específico..."*. De hecho, en caso de no hacerlo así, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que por parte de la Administración de que se trate podría incurrirse en un supuesto de responsabilidad patrimonial por un funcionamiento anormal de la Administración.

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Analizando el RD Legislativo 1/1992, en el régimen de suelo no urbanizable, establece lo siguiente: "No se podrán realizar otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas que guarden relación con la naturaleza, extensión y utilización de la finca... así como las construcciones e instalaciones vinculadas a la ejecución, entretenimiento y servicio de las obras públicas. Esas construcciones pueden ser autorizadas por los Ayuntamientos. Por otra parte se podrán autorizar por el órgano autonómico competente edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social que hayan de emplazarse en medio rural, así como edificios aislados destinados a vivienda familiar, en lugares en los que no exista posibilidad de formación de núcleos de población, conforme al procedimiento previsto". Visto lo anterior, se desprende, que en el supuesto concreto que nos ocupa, hubiese sido necesario haber tramitado expediente de declaración de instalaciones de utilidad pública o interés social, que deberían haber contado con la aprobación expresa de la Comisión Provincial de Urbanismo.

Igualmente, se ha comprobado, por parte del Secretario, que el expediente de concesión de licencia de actividad clasificada como Molesta no se tramitó conforme al procedimiento previsto en el RAMINP.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que la licencia fue concedida prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, y visto lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 39/2015 de 16 de octubre, y artículo 62 de la Ley 30/1992 (legislación aplicable en la fecha de la concesión de la licencia) serán nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas, entre otras, los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, todo parece indicar que, la licencia concedida en 1995 a la mercantil XXX XXX XXX S.L, sería nula de Pleno Derecho. Para poder declarar nulo un acto administrativo y dejar sin efecto el mismo, no sólo debe apreciarse que se ha prescindido del procedimiento legalmente establecido conforme lo dispuesto en la Ley, sino que será necesario tramitar un expediente de revisión oficio, con audiencia del interesado y remisión para informe preceptivo y vinculante al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

No obstante, para poder concluir que procede tramitar o no un expediente de revisión de oficio de actos nulos debe ser tenido en cuenta una serie de circunstancias, la principal el número de años transcurrido desde el acto administrativo, en este caso, la concesión de la licencia.

Si bien es cierto que, el artículo 106 de la LPACAP prevé, como regla general, que las Administraciones Públicas podrán, **en cualquier momento, y previo dictamen del Consejo Consultivo**, declarar la nulidad de sus actos, el artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, fija como **límites a la revisión** la prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias cuando su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados, en los que corresponderá al juez, o al Consejo Consultivo, apreciar su existencia en cada caso concreto. Son conceptos muy abiertos, ya que el legislador no especifica un plazo concreto, en cuanto a la prescripción de acciones no precisa qué tipo de acciones ni si se refiere a acciones de la propia administración o de los particulares.

La equidad supone una llamada a la justicia, a la ponderación y a limar las previsiones de la fría norma. La buena fe supone un juicio subjetivo de intenciones que deben valorar los jueces. Este artículo debe ser interpretado con sentido común, para evitar que el error de la Administración sea borrado en perjuicio de terceros inocentes o de forma irracional. Existen recientes sentencias, tal como la sentencia del TS de la sala de lo contencioso-administrativo (Rec. 2011/2016), la cual aborda directamente los límites de revisión de oficio, con puntuales referencias a los criterios indicados. Con carácter previo esta sentencia encuadra el sentido de la revisión de oficio y de sus límites en los siguientes términos: "La finalidad que está llamada a cumplir la revisión de los actos nulos es facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen algunos actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar el trascurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva. Se persigue, por tanto ampliar las posibilidades impugnatorias, en equilibrio con la seguridad jurídica, evitando que una situación afectada por el grado de invalidez más grave, quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos pese a adolecer de un vicio grave. El principio de legalidad exige que los actos administrativos se ajusten al ordenamiento jurídico, permitiendo que la Administración revise los actos ilegales. Por el contrario, la seguridad jurídica, en cuanto valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico, exige que los actos administrativos dictados, y consiguientemente las situaciones por ellos creadas, gocen de estabilidad y no puedan ser revisados fuera de determinados plazos. Ahora bien, cuando la ilegalidad del acto afecte al interés público general, su conservación resultaría contraria al propio sistema."

La declaración de nulidad quedaría limitada, según dice la sentencia, a los supuestos particularmente graves y evidentes, al permitir que el ejercicio de la acción tendente a revisar actos que se han presumido válidos durante un largo periodo de tiempo por sus destinatarios pueda producirse fuera de los plazos ordinarios de impugnación que el ordenamiento establece. La previsión del artículo 110 de la LPACAP permite que los tribunales puedan controlar las facultades de revisión de oficio, confiriendo un cierto margen de apreciación sobre la conveniencia de eliminación del acto cuando por el excesivo plazo transcurrido y la confianza creada en el tráfico jurídico y en terceros considera que la eliminación del acto y de sus efectos es contraria a la buena fe o a la equidad, entre otros factores."

El caso concreto que nos ocupa podría tener encaje en todos estos supuestos, ya que han transcurrido 24 años desde la solicitud y concesión de la licencia, y la mercantil, se presume, que ha ejercido su actividad con la buena fe de creer que estaba amparado por una licencia legalmente autorizada.

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

El lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente a actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo trascurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros. (Sentencia TS de 21 de febrero de 2006, rec. 62/2003, y de 20 de febrero de 2008 (rec. 1205/2006).

Analizando un poco más el resto de límites previstos en el artículo 110, algunos autores, como García De Enterría, ponen de manifiesto el concepto de protección de la confianza. Refuerza la posición de protección de las actuaciones y de la conservación de los actos nulos, del artículo 51 de la LPACAP, el hecho de que el interesado no haya actuado de mala fe, y haya realizado algún tipo de inversión como consecuencia de la confianza derivada de la actuación administrativa. Esta protección se excluiría en caso de que hubiese mediado para obtener la licencia por el interesado dolo, cohecho, intimidación u otras conductas fraudulentas, o cuando le interesado conocía la ilegalidad del acto. Este principio ha sido puesto de manifiesto además en alguna sentencia, como en la Sentencia del TS de 3 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- El Secretario en su informe, apunta la conclusión de que la licencia de actividad no fue concedida y por tanto se trata de una actividad clandestina, instando a la Mercantil XXX XXX XXX a legalizar la explotación conforme a la legislación actual.

Esta conclusión no puede ser compartida por la que suscribe el presente informe, ya que la licencia que la mercantil solicitó al Ayuntamiento si fue concedida, pero no se tramitó conforme al RAMINP, por lo que, en cualquier caso, estaríamos ante un acto nulo de pleno derecho y lo que procedería sería, en su caso, tramitar una revisión de oficio de actos nulos, siempre teniendo en cuenta las circunstancias antes apuntadas en el apartado anterior, y en caso de que el consejo Consultivo dictamine que procede la nulidad, entonces el acto se quedaría sin efectos y sería el momento de instar a la mercantil a tramitar la correspondiente licencia de actividad conforme a la legislación actual.

Son numerosas las sentencias que apuntan que para que pueda darse la nulidad radical es necesario que la infracción cometida sea clara, manifiesta y ostensible. Según la sentencia del TSJ del País Vasco, de 10 de julio de 1997, no basta con la omisión de alguno de los trámites esenciales por importante que sea, siendo en todo caso, un motivo de anulabilidad, siempre que la ausencia de este trámite haya provocado la carencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o haya provocado la indefensión de los interesados.

En todo caso, el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de diciembre de 1992 expresó la siguiente argumentación, que ha seguido manteniéndose en sentencias posteriores, la nulidad de los actos ha de aplicarse con parsimonia y cautela, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

se declararon nulas y , por supuesto, de la retroacción de éstas para que se subsanen las irregularidades detectadas.

El juzgador debe examinar detenidamente cada caso, además de tener en cuenta el resultado de haber seguido los trámites procedimentales legalmente establecidos, si hubiese sido el mismo u otro completamente distinto.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, se puede concluir, en primer lugar, que no puede entenderse que la actividad sea clandestina, existiendo licencia concedida en 1995 por acuerdo de pleno, que en todo caso estaríamos ante un posible acto nulo de pleno derecho, que debería revisarse conforme al procedimiento de revisión de oficio, pero debería aplicarse con cautela y teniendo en cuenta todas los límites previstos en el artículo 110 de la LPACAP y las circunstancias que han sido anteriormente expuestas a fin de adoptar la decisión. El Ayuntamiento debería ponderar esas circunstancias, el plazo transcurrido, la buena fe, equidad o derechos de terceros que pueden resultar ponderados, pudiendo optar bien por la conservación de los actos, sin perjuicio de proceder a realizar visita de inspección a fin de comprobar que las instalaciones y la explotación se ajusta a la normativa actual o deben imponerse medidas correctoras, o tramitar el expediente de revisión de oficio, que debe contar con informe preceptivo y vinculante del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que valorará todo lo anteriormente expuesto y determinará si procede o no, en el caso concreto, la declaración de nulidad.

TERCERO.- Respecto a la otra cuestión planteada por el Ayuntamiento, en relación a las instalaciones ejecutadas posteriormente por la mercantil XXX XXX XXX , S.L que no cuentan con la correspondiente licencia, tales como, según el informe del Secretario, la nº 1, 3, 9, 10 , 11, 12,13, 14, 15 y foso de purines, entre otros, podemos concluir lo siguiente.

Según recurso presentado por el interesado, manifiesta que la licencia urbanística concedida inicialmente en 1995, y otras posteriores que fueron concedidas por el Ayuntamiento, abarca, según el interesado, todas las restantes.

Pues bien, la que suscribe el presente informe no puede estar de acuerdo con dicha afirmación. El **artículo 163.1 de la LOTAU**, hace referencia a la tramitación de la licencia de actividad y las obras necesarias para desarrollar la misma, en el momento de pedirse, es decir, que engloba la tramitación de todas las licencias en ese acto, y en ese proyecto presentado, incluyendo otras licencias relacionadas tales como enganche de alcantarillado o suministro de agua, evaluación ambiental si fuese necesaria, etc, pero no las posteriores licencias de reforma, ampliación o construcción de naves que no existan en ese proyecto inicial. En este caso toda reforma, obra nueva o de ampliación que se vaya a realizar en la explotación debe contar con la correspondiente licencia autorizada por el Ayuntamiento, o por el órgano autonómico competente, si procede. En caso de no ser así, nos encontramos con obras clandestinas, habiéndose producido una infracción urbanística que debe ser restituida.

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 177 del TRLOTAU, las edificaciones, construcciones e instalaciones realizadas sin contar con los preceptivos actos administrativos que las legitiman, o cuando se realicen al margen o en contravención de dichos actos, serán consideradas a todos los efectos como actuaciones clandestinas. En tales circunstancias, cuando los servicios técnicos municipales, continúa diciendo el apartado 2 del artículo 178, aprecien la existencia o realización de una actuación de tales características, el Ayuntamiento estará obligado de forma inexcusable, a ordenar la apertura de un procedimiento de legalización que deberá seguir las pautas fijadas en dicho artículo.

Por otra parte, cuando a juicio de la Administración municipal, no proceda la legalización de las actuaciones, ordenará sin más trámites la demolición de la edificación clandestina, salvo que, tras la terminación de las obras, hubieran transcurrido ya cuatro años, en cuyo caso, según el artículo 182.4 del TRLOTAU, no podrá la Administración ordenar su demolición, salvo en los supuestos excepcionalmente graves, previstos en el apartado 5. En caso de no poder proceder a su demolición las instalaciones quedarán sujetas al régimen de fuera de ordenación, de manera que cualquier operación dirigida a aumentar su volumen o que pretenda su consolidación requerirá previa aprobación de un nuevo proyecto de legalización.

Con base a todo lo anterior se puede concluir que las obras que no cuentan con la oportuna licencia de obras deben ser legalizadas por el interesado, y en caso de que no sea posible su legalización, dado el tiempo transcurrido, no procedería su demolición, quedando, pues, en situación de fuera de ordenación.

CUARTO.- Por último lugar cabe abordar la cuestión relativa a la posibilidad de la ampliación del porcentaje máximo permitido de ocupación en suelo rústico.

La orden 31/03/2003 de la Consejería de Obras Públicas en su artículo 3 establece unas superficies mínimas y máximas para poder realizar construcciones y obras en suelo rústico. El artículo 4 fija como superficie mínima para las instalaciones de este tipo, una hectárea para el suelo rústico de reserva y hectárea y media para el rústico no urbanizable, y una superficie máxima ocupada por la edificación el 10% de la superficie total de la finca.

No obstante y excepcionalmente para aquellos usos y actividades cuyo relevante interés social y económico resulte en cada caso justificado, podrá otorgarse licencia para la realización de obras, construcciones e instalaciones en fincas de menor superficie o con mayor porcentaje de ocupación, siempre que se reúnan los requisitos previstos en dicho artículo.

Hay que tener en cuenta, en este caso, la Instrucción nº 5 de 25 de mayo de 2017. Se indica en la misma que esta excepción no puede aplicarse a cualquier actividad. Cada expediente deberá justificar expresamente a través del correspondiente informe técnico tanto la motivación urbanística como el relevante interés social o económico resultante de

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

la actuación y la necesidad de la excepcionalidad, teniendo en consideración y debiéndose analizar la concurrencia de dichos requisitos en los informes que las Comisiones de Ordenación del Territorio y Urbanismo deben emitir. A efectos aclarativos se han considerado ciertos supuestos cuya concurrencia podría entenderse como indicativa del cumplimiento de los requisitos de interés social o económico tales como:

- Tratarse de la ampliación de actividades existentes.
- Ser tipologías constructivas o actividades que así lo precisen.
- La ampliación de normativa.

Para poder aplicar la excepcionalidad es necesaria la obtención, entre otros, de **informe previo y vinculante favorable de la correspondiente Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo para actuaciones en municipios de menos de 50.000 habitantes de derecho**. La finalidad del citado informe es la de garantizar el control y la protección de las características o valores propios del medio rural, por ello, en su seno debe recogerse una motivación suficiente para cada caso concreto, que habilite el sentido favorable del mismo, y que tenga referencia expresa a la concurrencia de un relevante interés social o económico resultante de la actuación así como que acredite de un modo adecuado la necesidad de la excepcionalidad.

Con base a lo anterior, y analizada la documentación presentada por el Ayuntamiento, no se puede deducir si se ha tramitado o no correctamente el procedimiento de ampliación del porcentaje de ocupación, de no ser así, debería tramitarse correctamente, emitir informe técnico que justifique o no la excepcionalidad y el expediente completo remitirse a la Comisión provincial para su emisión del preceptivo informe, informe que será vinculante, y una vez emitido, se adoptará por resolución de Alcaldía si procede o no la ampliación, respetando siempre el sentido del informe.

Con base a todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir lo siguiente.

PRIMERO.- Debería estimarse parcialmente el recurso de reposición presentado por la mercantil XXX XXX XXX, S.L, en lo relativo a lo expuesto en relación a la autorización del porcentaje máximo de ocupación, en el sentido de que debería tramitarse conforme al procedimiento previsto en la Instrucción nº 5 indicada.

SEGUNDO.- En relación a la licencia de actividad, estaríamos ante una licencia viciada de nulidad. El Ayuntamiento deberá determinar si procede o no a iniciar expediente de revisión de oficio, y que sea el Consejo Consultivo el que determine si procede o no su declaración de acto nulo, teniendo en cuenta los límites previstos en la Ley a dicha revisión, y los supuestos que deben ser tenidos en cuenta para su aplicación, ya señalados en los apartados anteriores, o decide la conservación de los actos, con las consideraciones que ya hemos expuesto. En caso de que se tramite la revisión de oficio y se concluyera la nulidad, el acto desaparecería, por lo que sí se podría, entonces, instar la tramitación de la licencia de actividad conforme a la normativa actual.

DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

La conservación del acto no afecta en nada a la potestad de policía de la Administración, que puede comprobar en todo momento la adecuación de la actividad y de sus instalaciones a la normativa vigente, así como imponer las medidas correctoras que considere el técnico municipal.

TERCERO.- Por último lugar, en cuanto a las obras realizadas sin licencia, es claro que debe instarse a legalizar dichas instalaciones.

Toledo a 28 de febrero de 2019