



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 0 / 1 9 9 7

La Laguna, a 2 de julio de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *revisión de oficio del Acuerdo de adjudicación de una vivienda de protección oficial a A.G.E. (EXP. 55/1997 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicita Dictamen sobre la propuesta de resolución formulada en el procedimiento dirigido a la revisión de oficio de la adjudicación a A.G.E. de una vivienda de protección oficial (VPO), en régimen de alquiler. Dicha adjudicación se realizó por Acuerdo de la Comisión de Viviendas de Canarias, de 14 de septiembre de 1995, por el que se aprobó la lista definitiva parcial de adjudicatarios de la promoción pública de 1.164 viviendas y 45 viviendas destinadas a la erradicación del chabolismo, en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, sitas en los Grupos 236 Lomo los Frailes, 289 Lomo los Frailes, 40 Ciudad del Campo, 24 Ciudad del Campo, 142 Ladera Alta, 70 Ladera Alta, 59 Ciudad del Campo, 56 ciudad del Campo, 96 Ciudad del Campo, 90 Las Mesas, 62 Almatriche y 45 Ladera Alta.

2. Respecto a la legitimación del solicitante del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo, su preceptividad y carácter, la competencia del órgano para instruir y resolver, la naturaleza de acto declarativo de derecho del acto que se pretende revisar y, por ende, de la corrección del procedimiento seguido, se remite a lo expuesto en los apartados 2, 3 y 4 del Fundamento I del Dictamen 63/1997, de 2 de julio.

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Petrovelly Curbelo.

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que obsten a la emisión de un Dictamen de fondo.

4. La propuesta de resolución omite expresar que, por ser definitiva en la vía administrativa, contra ella procede interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente de su notificación (art. 89.3 LPAC en relación con los arts. 37.1 y 58 LJCA).

II

Siendo la finalidad de la adjudicación en régimen de alquiler de viviendas de promoción pública la satisfacción de las necesidades de vivienda reales, permanentes y actuales que experimenten las unidades familiares con menos recursos económicos, el DAV establece que los requisitos que deben reunir los aspirantes han de concurrir tanto en el momento de presentación de sus solicitudes (art. 13 DAV en relación con los arts. 14 y 15 del mismo), como en el momento de producirse la adjudicación (art. 16.1 DAV).

Para garantizar que los elementos de hecho en que se fundamenta el acto de adjudicación sean los mismos que se aportaron con la solicitud o, aunque diferentes de éstos, en todo caso demostrativos de una necesidad familiar de vivienda merecedora de remedio por la Administración, el art. 9.2 DAV impone a los solicitantes la obligación de comunicar cualquier modificación en los datos aportados que se produzca en el intervalo entre presentación de la solicitud y adjudicación.

Asimismo, dado que los recursos de la comunidad están determinados por las circunstancias económicas y por las múltiples necesidades sociales de cada momento, también están limitados cuantitativamente los recursos públicos que se pueden destinar a la satisfacción de las necesidades de vivienda de las familias con menos capacidad económica.

Por ello, la adjudicación de las viviendas se realiza por un procedimiento de concurrencia dirigido a garantizar que aquellos a los que se adjudiquen las viviendas disponibles son los que más necesidad de ella tienen entre todos los solicitantes (art. 11.1 DAV en relación con su Anexo I). De ahí la obligación que se les impone de no falsear ni ocultar los datos acreditativos de la existencia o no de una situación de

necesidad de vivienda y de la incapacidad de satisfacerla con sus propios recursos (art. 10.2 DAV).

Una vivienda de promoción pública se adjudica atendiendo tanto a los requisitos que concurren en el solicitante, como a que esos requisitos, mediante su baremación, son expresivos de una necesidad de vivienda mayor que la de los otros aspirantes cuya solicitud ha recibido una puntuación menor. Esta necesidad mayor de vivienda por comparación con otros solicitantes es también uno de los requisitos esenciales para la adquisición del derecho a disfrutar de una vivienda de promoción pública en régimen de alquiler.

Si los requisitos en atención a los cuales se adjudica una vivienda a un solicitante no son los que en realidad concurren en éste, se está ante un acto administrativo que atribuye un derecho a un sujeto que carece de los requisitos para su adquisición, tanto en relación a sus circunstancias en sí mismas consideradas, como en comparación con otros solicitantes.

Dado este carácter concurrencial de la adjudicación de viviendas de promoción pública, todos los requisitos cuya existencia aprecia el acto de adjudicación son esenciales para la adquisición del derecho que atribuye.

La Administración no puede estimar que, aunque los requisitos en que fundamentó la adjudicación no concurren en el adjudicatario, este reúne otros suficientes para la adjudicación. En primer lugar, porque el art. 16.1 DAV no le deja más opción que dejar la adjudicación sin efecto. En segundo lugar, porque esa estimación se debe realizar previa revocación por el procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación anterior; y desde el momento en que se revoca éste, automáticamente ocupa su lugar el solicitante cuya solicitud alcanzó la puntuación inmediatamente inferior a la del último adjudicatario (arts. 11.4 y 20 DAV). En tercer lugar, porque el nuevo acto de adjudicación en sustitución del que se revoca sólo puede ser dictado a través del procedimiento concurrencial de adjudicación regulado en el DAV, si la relación para vacantes está vigente o, en caso contrario, a través del procedimiento del segundo párrafo del art. 20 DAV.

III

El interesado como fundamento de su solicitud, alegó que percibía unos ingresos anuales de 452.284 ptas., que su esposa no percibía ingreso alguno, y que carecía de patrimonio.

De lo actuado en el expediente resulta que el interesado era titular de una empresa mercantil cuyos rendimientos no ha declarado y en la que estaba contratada su esposa.

En el momento de la adjudicación no estaba acreditado que en el interesado concurrieran los requisitos de los apartados 1 y 2 del art. 13 DAV. Por ello hay que considerar, en mérito a lo expuesto en el Fundamento anterior, que esa adjudicación incurrió en la causa de nulidad del art. 62.1,f) LPAC.

CONCLUSIONES

1. Es competente para resolver el órgano que formula la propuesta de resolución, el procedimiento de revisión de oficio es el debido y no se ha incurrido en defectos procedimentales que obstan a un Dictamen de fondo (Fundamento I.2 por remisión al Fundamento I del Dictamen 63/1997, de 2 de julio).

2. La resolución definitiva deberá expresar que contra ella cabe interponer, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente de su notificación, el recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Fundamento I.4).

3. Es conforme a Derecho la revisión de oficio de la adjudicación por concurrir la causa de nulidad del art. 62.1,f) LPAC, en relación con los apartados 1 y 2 del art. 13 DAV (Decreto 194/1994) y no en relación con el art. 10.2 DAV, como erróneamente argumenta la PR.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 70/1997, ACERCA DE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN DE UNA VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL A A.G.E. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 57/1997 RO.

Discrepo del parecer mayoritario explicitado en los Dictámenes a los que se refiere este Voto Particular, tanto en una dimensión formal, considerando que no ha lugar al uso a los fines pretendidos del procedimiento de revisión de oficio y, en todo caso, que, de serlo, no pueden ser los aquí tramitados incoados y resueltos por la Comisión de la Vivienda (CV), como en otra material, pues a mi juicio todos los supuestos de los que se trata, sin excepción y menos aún las determinadas en los indicados Dictámenes, comportan la inexistencia del derecho de adjudicación de vivienda.

En este sentido, son incorrectos los argumentos utilizados en los Dictámenes para tratar de justificar su opinión al respecto, no sirviendo para fundamentarla porque incurren en una lectura o interpretación errónea de la normativa aplicable, o bien, en estimaciones técnicas improcedentes y aun impertinentes porque sobran y/o incluso representan defectos graves de ese carácter, remitiéndome a este último propósito a la lectura del Fundamento I de los Dictámenes en sus disquisiciones sobre el concepto y elementos del acto administrativo o sobre la aplicación de la normativa a su través.

1. En primer lugar, puede convenirse que el asunto que nos ocupa no se refiere a un condicionamiento del acto que trae causa en sus efectos; es decir, a la eventualidad de que este sujeto a cierta condición para generar los efectos que le son propios. A lo que no obsta, pese a los que erróneamente sostienen los Dictámenes, que pueda serlo un acto declarativo de derechos o uno que cierra la vía administrativa, siquiera fuese porque, simplemente, nada tiene que ver una cosa con otra.

Sin embargo, siendo notorio defecto técnico de los Dictámenes perder el tiempo en insistir sobre este tema y demostrar, trabajosa e inútilmente, lo antedicho, lo es todavía mas confundir la exigencia a los interesados prevista en el artículo 16.1 del Decreto 194/94, que interesa a la constitución o plena existencia del derecho subjetivo de adjudicación en cuestión, con los trámites que, fijados asimismo en esta

normativa, se conectan con la eficacia del acto que otorga aquél, permitiendo con su realización que se produzcan sus efectos.

En realidad, aunque ciertamente el asunto a resolver se conecta con la validez del acto, de uno lógicamente realizado por completo y, por ende, perfecto, los Dictámenes no sacan la procedente consecuencia jurídica de ello al interpretar incorrectamente el mandato del precepto reglamentario antes citado. Así, vista esta normativa, ha de determinarse adecuadamente cuando se produce en definitiva la adjudicación de viviendas, debiendo serlo por un acto administrativo perfecto en cuanto completamente producido al culminarse el procedimiento jurídicamente ordenado a ese fin. O, desde otra perspectiva, cuando nace el derecho subjetivo correspondiente de los interesados, constituyéndose el mismo y pasando a formar parte de su patrimonio, de tal forma que su eliminación por inválidamente ganado requiere el uso de la revisión de oficio del acto que lo otorgó.

Y, aunque quizás pudiera cuestionarse el ajuste legal de esta regulación reglamentaria, por excederse en sus previsiones de la Ley en la que se fundamenta su existencia y que ha de ejecutar en su contenido, o su idoneidad técnica, por establecer un procedimiento excesivamente complejo que puede producir situaciones de inseguridad o perplejidad en la realización de la función y procura de la finalidad perseguidas, a la luz de su presente redacción la respuesta solo puede ser que, con el inicial Acuerdo de aprobación de una lista de adjudicatarios de la CV y la subsiguiente publicación de ésta, tal derecho no se ha ganado definitivamente; o, lo que es igual, que el acto administrativo correspondiente no se ha perfeccionado.

Así, para que ocurra una y otra cosa ha de producirse un nuevo trámite procedimental, de orden imperativo y para nada ajustado a la mera ejecución de un acto perfecto, por los interesados, que son todos y cada uno de los adjudicatarios iniciales. En efecto, éstos vienen irremediablemente obligados a acreditar, en la inteligencia más propio de este término, que reúnen en un momento dado, posterior al Acuerdo indicado pero antes de la formalización definitiva de la adjudicación, a la que no tienen derecho de no hacerlo, nada menos que las exigencias determinantes del nacimiento del derecho a ser, ya no adjudicatarios, sino incluso a poder ser eventualmente considerados como tales. Y, en congruencia con ello, el Decreto indica que el órgano competente para actuar, la CV, distinto al de ejecución, la Dirección General de vivienda (DGV), puede rectificar su previo Acuerdo de no

reunirse dichos requisitos, de manera que es entonces cuando, con esta decisión de la CV, expresa o implícita y en uno u otro sentido, se perfecciona el acto administrativo de adjudicación y nace el derecho a ésta de los afectados por aquél, culminándose el procedimiento para su realización.

Por consiguiente, el acto de la CV sólo cierra la vía administrativa en ese instante o instancia y no con anterioridad al mismo, particularmente con el inicial Acuerdo aprobador de la lista de adjudicatarios, eventualidad que ni siquiera aparece en el Decreto para nada y, estándose en presencia de un acto aún no perfeccionado antes de producirse las actuaciones antedichas, el señalado Acuerdo de aprobación o, si se prefiere, la lista de adjudicatarios inicialmente aprobada puede ser rectificada por la CV, o por su Presidencia previa delegación al respecto, sin necesidad de acudir al procedimiento revisor. Y ello, sin perjuicio de que la posibilidad de recurso jurisdiccional por los afectados contra el Acuerdo, por adjudicatarios insatisfechos o solicitantes rechazados, o contra la decisión final, igualmente por unos o por otros.

Por demás, de estimarse que la exigencia del artículo 16.1, Decreto 194/94 supone una condición a la ejecución del Acto administrativo que sería la aprobación por la CV de la lista de adjudicatarios, no obstante ser cuestionable, en cuanto supondría la vulneración de mas de uno de los principios previstos en el artículo 9.3 de la Constitución, considerar que requisitos constitutivos de un derecho puedan ser también o igualmente requisitos de ejercicio de éste, procede advertir que, aun así, no parece que sea imprescindible acudir al procedimiento de revisión de oficio de tal Acto para lograr el propósito pretendido. Esto es, no estando los afectados en condiciones de acreditar, en el momento de comunicárseles la adjudicación inicial de vivienda, que cumplan los requisitos para ser adjudicatarios o tener derecho a vivienda, la CV podría, directamente o mediante su Presidencia, en su caso, acordar la no adjudicación a estos incumplidores y la adjudicación a sus sustitutos.

2. En coherencia con lo hasta aquí razonado, es claro que en puridad no sería preciso detenerse en analizar que órgano es el competente para revisar de oficio las adjudicaciones que traen causa, la CV o no. Pero, como los Dictámenes afirman, sin fundamento alguno según se desprende de sus erróneas y erráticas argumentaciones al respecto, que dicho órgano es la CV, resulta obligado detenerse en esta cuestión que también resuelven improcedentemente los Dictámenes.

Así, podría pensarse que, citándose expresamente la CV en el artículo 16.1, Decreto 194/94, hay una razón normativa directa para sostener la intervención de aquélla en una eventual revisión de oficio en este tema. Pero, desde luego, ha de rechazarse inmediatamente que tal cosa pueda defenderse, como hacen los Dictámenes, porque la CV no forme parte de la estructura jerárquica de la Consejería de Obras Públicas, en la que, en todo caso, se integra por decisión expresa del Reglamento orgánico de aquélla, y, a mayor abundamiento y en coherencia con esta circunstancia, porque su actuación cierra la vía administrativa.

Sin embargo, independientemente de que, como se ha visto, el inicial Acuerdo de la CV no parece que cierre él mismo la vía administrativa, al requerir su ratificación o rectificación posterior dentro del procedimiento y por la propia CV, ocurre que son múltiples los supuestos de actos administrativos que tienen ese efecto formal pero se adoptan por órganos de la estructura jerárquica departamental, además de que, estén o no los órganos actuantes en esa estructura, sus actos son revisables por el titular del Departamento en el que se encuadran, competente para realizar la función administrativa de la que se trate.

Es mas, ya es cuestionable per se la afirmación de que la CV, que se insiste forma parte orgánica de la Consejería antes mencionada, no lo hace en su estructura jerárquica, pues, aun siendo evidentemente un órgano colegiado de los reseñados en el artículo 22.2, Ley 30/92, no es menos cierto que sus funciones, que no son de mero asesoramiento o conexas y previas a actuaciones de otros órganos administrativos o políticos, sino estricta, pura y determinantemente administrativas, propias de una Administración "activa", avalan entender que forma parte de la reiterada estructura, como señala precisamente el precitado precepto legal.

Técnica y/o normativamente nada parece tener que ver, en definitiva, la revisión de oficio del acto de un órgano administrativo con la inclusión o no de éste en la estructura jerárquica del Departamento al que inevitablemente pertenece. Y, en fin, aquélla ni siquiera puede ser confundida o equiparada con un recurso, ordinario, que por demás no es posible en este supuesto, ni extraordinario, que correspondería resolver entonces, y por determinación legal expresa, a la CV, cualquiera que fuese su situación departamental.

Justamente, sobre este punto existe un precepto legal autonómico, incluido en el artículo 29.1.g) de la Ley autonómica 14/90, que explícitamente señala, en

general y sin prever excepciones, por demás inaceptables jurídicamente de hacerse por vía reglamentaria sin habilitación legal específica para ello, que la competencia para incoar y resolver los procedimientos de revisión de oficio es del titular del Departamento de la Administración actuante en cada caso, aquí el Consejero del Departamento competente en materia de vivienda.

Por tanto, esa única razón que se apuntó al comienzo de este punto que podría pensarse en usar para fundamentar la actuación al respecto de la CV resulta rechazable por completo porque una lectura del precepto del artículo 16.1, Decreto 194/94 que la asumiera haría a éste contrario a Derecho: semejante precepto sería ilegal por contravenir el legal antes mencionado, que sería antijurídicamente excepcionado o reformado, aunque fuere puntualmente, por una norma secundaria. No obstante, al efecto ha de recordarse que, como se ha razonado precedentemente, esa lectura no procede porque no ha lugar o no es preciso seguir en este supuesto un procedimiento de revisión de oficio. Eventualidad ésta que tampoco parece que se establezca, ni que se pretenda establecer, en la norma reglamentaria afectada.

3. Finalmente, según se apuntó al comienzo, a mi juicio todos los supuestos aquí estudiados permiten la rectificación del inicial Acuerdo de adjudicación, directamente o, en la tesis de los Dictámenes y de la propia Administración actuante, por la vía de la revisión de oficio de dicho Acuerdo, pues ninguno de los afectados tiene derecho a que se le adjudique una vivienda, viniendo demostrado que, por una u otra causa, no cumplen los requisitos esenciales para ello o, es más, para ser susceptibles de ser considerados como eventuales adjudicatarios.

En este sentido, he de discrepar igualmente de los Dictámenes, particularmente dado el carácter que tienen de emitirse en procedimientos revisores y respecto a propuestas de declaración de nulidad, en cuanto que dos de ellos mantienen que ha de respetarse el derecho de los interesados, no pudiéndose revisar el Acto de otorgamiento en lo que a ellos concierne. Y los motivos son los seguidamente expuestos.

En un caso, no cabe la aplicación del artículo 106, Ley 30/92, pues, aparte de que no se debe confundir entre ejercicio de facultades de revisión y resultado de dicho ejercicio, de la documentación disponible se infiere que no hay circunstancia alguna generadora de que aquí el ejercicio de esas facultades sea contrario, per se, a

la buena fe. Por el contrario, aparecen actuaciones de la interesada que no solo la hacen incumplir objetivamente exigencias del artículo 13 del Decreto 194/94, que se recuerda debe aplicarse por igual a los interesados, máxime estando en similar situación jurídica y social, sino que permiten dudar razonablemente de su buena fe en este asunto.

En otro, siendo incontestable que el afectado no cumple las exigencias antedichas, no cabe matizar o excluir los efectos de esa realidad mas que, en su caso, por aplicación de mas normas que las autonómicas reguladoras de la materia, y no por la de normas estatales que pudieran incidir en ella, por obvias razones que no merecen mayor explicación, ocurriendo que ello no lo hacen las normas autonómicas, pero tampoco siquiera las estatales, correctamente entendidas y no en el modo forzado y sesgado del Dictamen. Y ni que decir tiene que el propósito de éste no puede alcanzarse, incurriéndose de paso en craso desconocimiento del principio de igualdad, en función de criterios de dudosa o escasa base normativa e inequívocamente voluntaristas cuya previsión expresa es claro que no existe en la regulación aplicable en la materia y que, como consideraciones de oportunidad y conveniencia, son de manejo impertinente por un Organismo como el Consejo Consultivo; sobre todo cuando su opinión obsta a la realización del acto dictaminado.

Para terminar cabe añadir a lo dicho que esta problemática es eludible por la Administración si, reconsiderando su opinión, actuare en este asunto como este Consejero entiende que es conforme a Derecho y se explicita en este Voto Particular, no siendo entonces exigible que los Actos deban ser sometidos en sus Proyectos a Dictámenes previos y obstativos del Consejo Consultivo.