



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 2 / 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 Z.M.R. (EXP. 59/1997 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 Z.M.R. 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

1. En el presente caso, habiéndose adjudicado a la interesada una de las viviendas pertenecientes a la promoción pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, por Acuerdo de la CV de 14 de septiembre de 1995, por denuncia recibida en el Ayuntamiento de Las Palmas de GC, se detectó que el matrimonio formado por J.M.G.G. y la interesada, Z.M.R., separados legalmente desde 1990, fueron, con anterioridad, adjudicatarios de una vivienda de promoción pública, sita en el Polígono de Jinamar, término municipal de Telde, la cual, además, cedió a un tercero, extremos todos acreditados en el expediente.

En sus alegaciones la interesada argumenta que la vivienda adjudicada con anterioridad fue cedida por su ex-marido, circunstancia que se contradice con el documento de cesión, obrante en el expediente; cesión inválida, en el caso que nos ocupa, por no estar incurso en ninguno de los supuestos previstos en el art. 13.5 DAV y que viene firmada por ella en el contrato de cesión junto a su marido. Como tampoco tiene relevancia jurídica alguna su referencia al art. 132 LRJAP que versa sobre prescripción de infracciones, lo que no viene al caso.

La propuesta de resolución se dirige a revisar la adjudicación en favor de la interesada con base en que ésta se realizó en atención a que alegó cumplir con todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable, entre los que se encontraba no ser adjudicatario por cualquier título con anterioridad de vivienda de promoción pública.

En atención a esos requisitos que le permitían optar a una vivienda, se le adjudicó.

Sin embargo, se ha comprobado que falseó el cumplimiento de dicho requisito. Esta ausencia de uno de los requisitos esenciales para adquirir el derecho a que se

adjudique una vivienda de promoción pública constituye la causa de nulidad de pleno derecho tipificada en el art. 62.1,f) LPAC. Producida la adjudicación, ante lo que se está es ante un acto administrativo que atribuye un derecho a quien no presenta los requisitos esenciales para adquirirlo, por lo que hay que concluir que la PR se ajusta a Derecho.

2. No obstante lo anterior, el ejercicio de esta facultad de revisión (art. 107 LRJPAC) pudiera ser contrario a la buena fe de la interesada y, derivado de ella, al derecho que le asiste a una vivienda, al acreditarse tener necesidad de ella, cuando también consta en el expediente suficientemente, por declaración de distintos testigos, que la interesada ni su familia ocupó nunca la vivienda que se le adjudicó en 1980 y que vive en chabolas por lo menos desde 1981; que, de la declaración del ex-marido de la afectada, no es difícil deducir que la cesión la realizó él personalmente; que no le comunicó dicha adjudicación de la vivienda a su esposa y que le hizo firmar el contrato de cesión sin que ésta supiera qué estaba haciendo.

C O N C L U S I O N E S

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. Concorre la causa de nulidad del art. 62.1,f) LPAC, en relación con el art. 13.3 DAV (Decreto 194/1994) y no en relación con el art. 10.2 DAV, como erróneamente argumenta la PR.

4. La necesidad de una vivienda pone límite al ejercicio de la facultad de revisión, al concurrir buena fe de la interesada, art. 106 LPAC (Fundamento II.2).

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL EXPEDIENTE 72/1997, ACERCA DE LA REVISIÓN DE OFICIO DEL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN DE UNA VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL A Z.M.R. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 59/1997 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 más 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.