



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 7 / 2 0 0 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 28 de junio de 2006.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías en relación con la *revisión de oficio de nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios. Acto de contenido imposible. Carecer de requisitos esenciales. Procede la revisión (EXP. 200/2006 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías del Gobierno de Canarias, de fecha 13 de junio de 2006, se solicita, al amparo de lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) Dictamen sobre el Proyecto de Orden departamental en el que se propone la resolución del procedimiento de revisión de oficio por nulidad de la Orden de la citada Consejería de fecha 14 de octubre de 2004, por la que se convocó concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios.

Se solicita la emisión de Dictamen, con carácter de urgencia, a fin de evitar la caducidad del procedimiento revisor tramitado por el transcurso de tres meses desde su inicio sin recaer resolución expresa (art. 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

Administrativo Común, LRJAP-PAC, citándose por error el art. 105.5 de esta Ley en el referido escrito).

2. Este Dictamen se emite con carácter preceptivo en cumplimiento de lo establecido en el art. 11.1.D.b) LCCC, al recaer la solicitud de Dictamen de este Organismo sobre la declaración de nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convocó concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios, estando legitimado el titular del órgano administrativo actuante (art. 12.3 LCCC). Además, tal declaración, requiere que el Dictamen sea favorable, obstando, de no serlo, que se efectúe la declaración de oficio el carácter del Dictamen para el órgano activo (art. 102 LRJAP-PAC).

3. En cuanto a la urgencia requerida para la emisión del Dictamen, está debidamente motivada, de acuerdo con lo previsto en el art. 20.3 LCCC, dado que siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 102.5 LRJAP-PAC y habiéndose iniciado el procedimiento revisor el 3 de abril de 2006, fecha en la que se dicta por el órgano competente la Orden de inicio del procedimiento de revisión de oficio, el mismo caducaría el 3 de julio de 2006. Por otro lado, no cabe cuestionar la duración de la tramitación procedimental realizada, incluyendo la solicitud de Dictamen y, previamente, la formulación de la Propuesta resolutoria que es su objeto, por las circunstancias particularmente complejas del caso.

4. Por otro lado, es de aplicación en este supuesto el apartado 1 del art. 102 LRJAP-PAC, ya que la Orden revisada tiene carácter de acto administrativo, aquél por el que se convoca el concurso de que se trata, en aplicación del entonces vigente Decreto 53/2003, de 30 de abril, que regulaba la instalación y explotación de los parques eólicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Reglamento este que ha sido declarado nulo por la Sentencia 396/2005 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas, Sección 1ª, de 2 de septiembre, decidiendo estimatoriamente el recurso 1678/2003 interpuesto por P., S.A. por "prescindir de un trámite de decisiva importancia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general", como es el informe preceptivo de este Consejo Consultivo, sin entrar, por ello, a pronunciarse sobre el contenido normativo de fondo o material de dicho Decreto.

Cabe añadir que, posteriormente, el Decreto 32/2006, de 27 de marzo, ha sustituido la regulación reglamentaria anterior, con lo que ello supone en cuanto

normativa de desarrollo de la legislación aplicable en la materia y, en particular, como fundamento de la realización de los concursos y autorizaciones que, según sus previsiones, convoque la Administración autonómica competente, con lo que esta circunstancia ha de conllevar y puede comportar.

El nuevo Reglamento recibe la misma titulación y un contenido normativo complementario de la legislación anterior, con similar finalidad reguladora, reiterando algunos de sus preceptos. Sin embargo, no concurre plena identidad, derivada tanto por razones temporales como por necesidades *ex novo*, no atribuyendo la nueva normativa cobertura al acto que se pretende revisar. Así, entre otras singularidades, la asignación de potencias de origen eólico se amplía al año 2015 y se alteran los valores, que de un total de 892,78 pasa a 1025 MW.

Por otro lado, según consta en el expediente administrativo emitido a este Consejo, contra el acto administrativo que se pretende revisar se interpuso recurso contencioso-administrativo, 618/2004 ante la misma Sala del TSJC, sin que haya recaído aún Sentencia. Este recurso interpuesto por el Cabildo Insular de Fuerteventura se contrae al problema competencial de los Cabildos Insulares en materia de ordenación del territorio y urbanismo y sobre la autonomía de las citadas entidades locales insulares.

Por esta razón y sin perjuicio de lo que luego se expondrá sobre la específica pretensión revisora del Proyecto de Orden que se dictamina, declarada la nulidad por vía jurisdiccional del Decreto 53/2003, por infracción de un trámite esencial en el procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria, la Administración puede declarar nulo el acto que se pretende revisar, al ofrecer mayores garantías para los interesados, visto el contenido del primer pronunciamiento judicial, y, sin necesidad de esperar a posteriores, iniciar un procedimiento revisor para obtener, en su caso, la indicada declaración de nulidad, teniendo en cuenta que la pérdida sobrevenida de validez o vigencia de la norma reglamentaria, Decreto 53/2003, de 30 de abril, puede incidir en el objeto del proceso, aunque, en determinadas ocasiones, resulte conveniente la decisión judicial (STS 15 de noviembre de 2000, RJ 2001/66). Finalmente, habrá de determinarse la causa aplicable al respecto de entre las enumeradas en el art. 62.1 LRJAP-PAC, y realizarse el examen de las identidades procesales a efectos de la determinación de la concurrencia o no de la excepción de litispendencia.

5. Desde el punto de vista formal, a la vista de lo dispuesto en la LRJAP-PAC (art. 102), para la revisión de oficio, el procedimiento no suscita reparo en su tramitación. Así, el procedimiento se ha iniciado de oficio por acuerdo del órgano competente contra la Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de 14 de octubre de 2004, con el contenido exigible, notificándose a todos los interesados a los fines de la adecuada audiencia a los mismos. *Nemo damnari inaudita parte*. En este sentido, consta en el expediente la recepción de la correspondiente notificación y las alegaciones presentadas por los afectados, permitiendo a todos los interesados y afectados el derecho de defensa antes de adoptarse la decisión definitiva (art. 84.1 LRJAP-PAC).

Se sometió debidamente el Proyecto inicial de Orden resolutoria del procedimiento a informe del Servicio Jurídico de la Administración autonómica, que se emite el 6 de junio de 2006.

Finalmente, se formula adecuadamente el Proyecto definitivo de esta Orden, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC y con la forma exigida en la legislación autonómica (art. 42 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias), conteniendo la declaración de nulidad pretendida, cuya causa se ajusta suficientemente a la argumentada en la Orden de inicio, sin alteración alguna que genere indefensión a los interesados. Del mismo modo, la Resolución del procedimiento revisor está debidamente motivada y en ella se da respuesta de manera clara y precisa a las alegaciones formuladas por los afectados, incluyendo en su decisión determinados aspectos sobre las pretensiones indemnizatorias expuestas por algunos interesados, en relación con la aplicación del art. 102.4 LRJAP-PAC, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 LRJAP-PAC.

II

En relación con el requisito legalmente determinado en el art. 102.1 LRJAP-PAC, para que un acto pueda ser declarado nulo mediante el procedimiento de revisión de oficio y la Administración pueda ejercer la facultad revisora, se exige que ese acto haya puesto fin a la vía administrativa o no haya sido recurrido en plazo, en los supuestos previstos en el art. 62.1 LRJAP-PAC.

Como señala el Consejo de Estado:

(...) la "posibilidad de revisar de oficio un acto administrativo estando pendiente de resolución un recurso contencioso-administrativo debe determinarse a la vista del actual tenor del art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que fue objeto de modificación tras la Ley 4/1999, de 13 de enero. Reza el referido precepto: Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 62.1".

"El transcrito artículo distingue dos casos distintos para que se pueda ejercer la revisión de oficio: uno, que el acto haya puesto fin a la vía administrativa; otro, que no se haya interpuesto recurso. Si se interpreta este segundo caso en el sentido de que no se haya interpuesto no sólo recurso administrativo sino también recurso contencioso-administrativo, no tendría sentido el primero. Si así fuera, la norma se habría limitado a decir que el acto debería ser firme, que no cupiera recurso. Pero la norma no lo ha hecho. Ha introducido el inciso "o que no hayan sido recurridos en plazo". Es claro que, si la norma específica como supuesto distinto al de no interposición del recurso el de que el acto haya puesto fin a la vía administrativa, debe entenderse que, siempre que el acto agote la referida vía -haya sido o no recurrido en la vía contenciosa-, es posible incoar el procedimiento de revisión previsto en el art. 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En otros términos, la existencia de un recurso contencioso-administrativo pendiente no impide a la Administración iniciar un procedimiento administrativo de revisión de oficio" (Exp. 350/2005, de 7 de abril de 2005).

1. La litispendencia es un concepto procesal que alude a los diversos efectos que produce la existencia de una demanda judicial y que se manifiesta con la *perpetuatio iurisdictionis* o perpetuación de la Jurisdicción (art. 411 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, LEC), con la *mutatio libellis* (art. 412 LEC), o prohibición de cambio de demanda y modificaciones, *ut lite pendente, nihie innovetur*, con la adecuación del pronunciamiento a lo pedido por las partes (art. 218 LEC), y también como remedio o instrumento procesal para impedir la simultaneidad de más de un proceso con el mismo objeto (excepción de litispendencia).

La excepción de litispendencia es, por lo tanto, una circunstancia que impide la válida prosecución o conclusión de un proceso por circunstancias que puedan impedir su prosecución y término mediante sentencia sobre el fondo (art. 416.2 LEC) o determinar su finalización (art. 421 LEC).

La litispendencia se contempla como supuesto de inadmisibilidad en el recurso contencioso-administrativo [art. 69.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa] pudiendo invocarse como alegación previa a la contestación de la demanda.

Para saber si existe o no litispendencia habrá que comparar los objetos de los procesos afectados, a fin de saber si existe o no identidad de personas, peticiones y causas de pedir.

La excepción de litispendencia directamente vinculada a la de cosa juzgada y regulada expresamente en las leyes procesales viene invocándose, también, en los procedimientos administrativos, en concreto, en los de revisión de oficio.

Pues bien, siendo cierto que frente al acto a revisar en este caso se ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo, sin embargo, del análisis del mismo cabe sostener la inexistencia de identidad de partes como de causa de pedir, al ser evidente la diversa identidad entre los sujetos y causas esgrimidas por el Cabildo de Fuerteventura, que le sirve de habilitación y fundamento, no coincidiendo con las alegadas en el Proyecto dictaminado para declarar la nulidad de dicho acto, ni tampoco concurre condicionamiento o subordinación alguna entre el recurso pendiente y el Proyecto (conexión).

Por consiguiente, en este caso no es aplicable la excepción de litispendencia para impedir la revisión iniciada y tramitada, ni para prohibir que el órgano competente de la Administración pueda resolver el procedimiento revisor y, en su caso, efectúe la declaración de nulidad del acto revisado.

2. Según el informe del Servicio Jurídico, como se deduce de las Sentencias que se citan en él, en las que pretende apoyarse, cabe aducir la nulidad de un acto dictado en aplicación de un Reglamento, sirviendo éste a aquél de habilitación para ser dictado y de fundamento de validez, determinando su adecuación formal y material, cuando la norma reglamentaria hubiera sido declarada nula y el acto no hubiera adquirido firmeza.

Así, estas Sentencias, todas ellas, mantienen que de la nulidad de un Reglamento, determinada por vía revisora o por decisión judicial, no se sigue automáticamente la consecuencia que, en principio, sería propia de este hecho, dado su teórico efecto *ex tunc* propio de la nulidad radical, que sería la nulidad de todos los actos dictados a su amparo. Y es que, por seguridad jurídica y en virtud de lo dispuesto en la normativa aplicable al efecto, primero analógicamente [art. 161.a) CE] y luego expresamente [art. 102.4, in fine, LRJAP-PAC], subsisten los actos firmes, debiendo respetarse, cuando menos, sus efectos, de haber adquirido firmeza.

Sin embargo, este límite o excepcionalidad no significa que no quepa revisar estos actos, pero, en tal caso, no sólo es preciso seguir el procedimiento revisor como es obvio, sino que, congruentemente con ello, se debe reconducir a las causas del art. 62.1 LRJAP-PAC, *odiosa restringenda sunt*, acreditándose o justificándose que el acto revisado incurre en ella, exigencia, por lo demás, prevista expresamente en el art. 102.1 LRJAP-PAC para poderse efectuar la declaración de nulidad por esta vía, *pas de nullité sans texte*. No obstante, la STS de 23 de septiembre de 2003 (RJ 2003/7789) señala que “la enumeración contenida en el art. 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) contempla, como es lógico, exclusivamente aquellos actos dictados al amparo de una disposición de carácter general válida, puesto que si la disposición general, de la que dimana el acto, es radicalmente nula y no existe otra que otorgue cobertura a dicho acto, el principio general del derecho, recogido, entre otros, en los brocardos *quod nullum est nullum producit effectum o quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere*, impide que el acto pueda ser válido, sin perjuicio de que el propio derecho, atendiendo a otros principios, como los de seguridad jurídica, buena fe o equidad, preserve su eficacia, y de aquí que sostengamos que la revisión de oficio, contemplada en el art. 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329), no sólo procede en los casos contemplados en el art. 62.1 de la misma Ley sino también cuando el acto ha perdido cualquier cobertura en el Ordenamiento jurídico siempre con los límites establecidos en el art. 106 de dicha Ley”.

3. De ahí la causa de nulidad que justificaría el Proyecto sería la ausencia de cobertura jurídica y, más concretamente, la nulidad del Reglamento del que trae

causa, como señala la antes mencionada STS de 23 de de septiembre de 2003: “Privados los actos de la norma habilitante y de cualquier otro soporte normativo, han de considerarse radicalmente nulos, sin perjuicio de que, dado el tiempo transcurrido desde que se dictaron hasta que se pidió su revisión de oficio, de posibles derechos adquiridos por terceros o por razones de equidad, deban conservar sus efectos (...)”.

Precisamente, al apoyarse el Proyecto en la circunstancia antes expuesta para justificar la declaración de nulidad que pretende, el informe del Servicio Jurídico presenta matizaciones al respecto; lo que es correcto, vista la línea argumental aquí desarrollada por las razones expresadas. Sin embargo, también lo hace en la imposibilidad material de poderse ejecutar el acto revisado y, por tanto, de celebrarse el concurso convocado por el mismo, pues para ello son esenciales las remisiones que hace al Decreto 53/2003 y, en definitiva, a las determinaciones, elementos y características del concurso que ha de convocarse y que, efectivamente, fue convocado con unas y otros. Y esta argumentación, ha de compartirse, determina que el acto está afectado por las causas previstas en los apartados c) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

4. Desde esta perspectiva, aunque sea sucintamente, el Proyecto da respuesta de manera suficiente y jurídicamente adecuada a las alegaciones de los interesados, no procediendo mantener o convalidar el acto revisado y, aún menos, seguir con la celebración del concurso por él convocado.

En efecto, la argumentación del Proyecto es conforme a Derecho en cuanto que el Decreto 53/2003, de 30 de abril, tras ser declarado nulo, ha desaparecido por ello del Ordenamiento jurídico, *titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*, sin que el posterior Decreto 32/2006, de 27 de marzo, haya habilitado la Orden afectada. Además, tampoco permite fundar sus específicas determinaciones, ni, desde luego, el concurso convocado por ella con sus concretos elementos o bases, pues existen diferencias entre ambas regulaciones que, aun siendo reducidas, son esenciales tanto en cuanto a definiciones, como al objeto del concurso, variando las potencias afectadas y sus localizaciones, e incluso al procedimiento de aquél, por lo que se trata de un acto inexistente con imposibilidad de producir efectos.

Por otra parte, habiéndose acordado judicialmente la declaración de nulidad del Reglamento habilitador y fundamentador del acto, Decreto 53/2003, de 30 de abril, la Administración no puede subsanar dicha nulidad o la de los actos dictados en su

aplicación mediante convalidación por otro Reglamento, cuyos efectos a mayor abundamiento no son retroactivos y que contiene previsiones distintas respecto a su aplicación de las del anterior, especialmente respecto al concurso a convocar. Por eso, el concurso que debe convocarse ahora difiere forzosa y relevantemente del convocado, no siendo en absoluto aplicable al caso las previsiones de los arts. 65 a 67 LRJAP-PAC.

En consecuencia, a la vista de los antecedentes descritos y de su concreto contenido, este Consejo Consultivo considera que procede la declaración de nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004, al no poder ser aplicada en estos momentos y al ser materialmente inviable hacerlo, no pudiéndose realizar el concurso por ella convocado no sólo porque ya no existen sus determinaciones, sino porque las mismas difieren y contradicen las que se prevén actualmente a ese fin con imposibilidad de producir efecto alguno. Además, el acto, carente de cobertura, ha de considerarse contrario a Derecho al no ajustarse al Decreto 32/2006 y, de seguirse sus determinaciones y efectuarse el concurso convocado, se adquirirían derechos careciéndose de los requisitos esenciales, necesarios para su adquisición según la vigente normativa, aunque el centro de gravedad de la causa mencionada venga determinada por el concepto de requisito esencial, para que pueda predicarse la nulidad de pleno derecho, es decir, que afecte a los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto con la finalidad de eludir la desnaturalización del régimen de la invalidez de los actos administrativos, de modo que afecte no a cualquier elemento sino a aquéllos que le son realmente y que le otorga su configuración propia.

5. Finalmente, al declararse la nulidad se podrán establecer las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, a fin de eludir un nuevo procedimiento para reclamar los daños y perjuicios derivados de la declaración de nulidad. En cualquier caso, la anulación en vía administrativa de los actos o disposiciones administrativas no presuponen *per se* derecho a la indemnización (art. 142.4 LRJAP-PAC), ya que para que proceda la indemnización será necesario que concurren las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 LRJAP-PAC.

CONCLUSIÓN

Procede dictaminar favorablemente la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio instruido por nulidad de pleno derecho de la Orden de fecha 14 de octubre de 2004, por la que se convocó concurso público para la asignación de potencias en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios y se aprueban las bases que han de regir el referido concurso, por ser dicha revisión de oficio conforme a Derecho.