



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 334/2006

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de octubre 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 o ampliación de parques eólicos en consumos asociados en los sistemas eléctricos insulares canarios (EXP. 347/2006 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Por escrito de la Excm. Sra. Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías del Gobierno de Canarias, de fecha 28 de septiembre 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 (PRO) 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 2004, por la que se "*convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación o ampliación de parques eólicos con consumos asociados 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 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

---

\* PONENTES: Sres. Millán Hernández y Bosch Benítez.

(LRJAP-PAC), citándose por error el art. 105.5 -en lugar del art. 102.5- 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 de la Ley 5/2002, de 3 de junio (LCC), al recaer la solicitud de Dictamen de este Organismo sobre la declaración de nulidad de la Orden de 14 octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación y ampliación de parques eólicos con consumo asociados en los sistemas eléctricos insulares canarios, estando legitimado el titular del órgano administrativo actuante (art. 12.3 LCC). Además, tal declaración requiere que el Dictamen sea favorable, impidiendo, de no serlo, que se efectúe la declaración de nulidad (art. 102.2 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 27 de julio de 2006, fecha en la que se dicta por el órgano competente la Orden de inicio del procedimiento de revisión de oficio, el mismo caducará el 27 de octubre 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 particulares del expediente.

4. 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 CAC. Reglamento éste 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 el mismo título y un contenido normativo complementario de la legislación anterior, con similar finalidad reguladora, reiterando algunos de sus preceptos. Sin embargo, no concurre plena identidad, 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 no consta, en el expediente administrativo remitido a este Organismo, que contra el acto administrativo que se pretende revisar se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo.

5. Desde el punto de vista formal, de acuerdo con lo dispuesto en la LRJAP-PAC (art. 102) para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, el expediente no suscita reparo. 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.

En este sentido, consta en el expediente la recepción de la correspondiente notificación y las alegaciones presentadas por algunos de los afectados, permitiendo a todos los interesados o afectados el derecho de audiencia 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 20 de septiembre 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), 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 de la LRJAP-PAC.

## II

En cuanto al 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.

Este acto administrativo de la Consejería de Industria Comercio y Nuevas Tecnologías ha puesto fin a la vía administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 109.c) LRJAP-PAC, no constando que se haya interpuesto recurso alguno contra el mismo.

## III

1. El 14 de octubre de 2004, mediante Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación o ampliación de parques eólicos con consumos asociados en los sistemas eléctricos insulares canarios.

2. El 2 de septiembre de 2005 se dicta por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, una Sentencia por la que se anula el Decreto 53/2003, de 30 de abril.

3. El 3 de abril de 2006 se dicta una Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías por la que se inicia el expediente de revisión de oficio de la referida Orden de 14 de octubre de 2004.

El 27 de julio de 2006 se dicta una Orden por la que se acuerda declarar la caducidad y archivo del referido expediente de revisión de oficio e iniciar un nuevo expediente de revisión de oficio para declarar la nulidad de la mencionada Orden.

4. El 20 de septiembre de 2006 se emite un Informe jurídico desfavorable de la Dirección General del Servicio Jurídico de la Presidencia del Gobierno de Canarias.

## IV

1. La Propuesta de Resolución objeto del presente Dictamen basa la declaración de nulidad del acto administrativo, que es objeto de la revisión de oficio, en que la norma jurídica habilitante del mismo ha sido anulada por la Sentencia de 2 de septiembre de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria (Ar. RJCA 2005 968). Además, se declara que determinadas bases del concurso, objeto de dicha Orden de 14 de octubre de 2004, se remiten a normas del referido Decreto, no encontrando habilitación en el Decreto 32/2006, de 27 marzo, que lo sustituye, el cual difiere en su contenido del Decreto anterior no sólo en definiciones sino en cuestiones sustanciales.

La Propuesta de Resolución toma como base el Dictamen 207/2006 de este Organismo en el que se cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 23 de septiembre de 2003, que afirma 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".

2. El Informe jurídico de la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias es contrario a la revisión de la Orden mencionada por considerar inatacables los actos firmes dictados en aplicación de una disposición general declarada nula de pleno derecho.

3. En las alegaciones de F., S.L. se solicita una indemnización por los perjuicios económicos sufridos como consecuencia de este procedimiento de revisión de oficio, declarándose en la PR que la responsabilidad patrimonial dimanante de los hechos se debe determinar en el procedimiento de responsabilidad patrimonial correspondiente.

4. Antes de determinar si concurre en este supuesto un motivo de nulidad absoluta, es necesario precisar que la Orden de 14 de octubre de 2004, objeto de revisión, es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa de acuerdo con el art. 109.c) LRJAP-PAC, contra el que cabe el correspondiente recurso potestativo de reposición (art. 116 LRJAP-PAC) y la interposición de un recurso contencioso administrativo, los cuales no se han interpuesto.

Como se afirma, específicamente, en el Dictamen 207/2006 "(...) 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".

5. En relación con lo afirmado en la PR como motivo de nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004, a lo que hacíamos referencia en el punto primero de este fundamento jurídico, este Organismo ha declarado en el Dictamen 207/2006: "En efecto, la argumentación del PRO 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 respecto 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 lo son realmente y que le otorgan su configuración propia".

6. Por lo tanto, en este supuesto, la Orden de 14 de octubre de 2004 incurre en la causa de nulidad absoluta prevista en el art. 62.1.f), ya que en este supuesto los interesados adquieren con arreglo a dicha Orden facultades y derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello". Por otro lado, el acto carece de habilitación normativa por las razones anteriormente expuestas.

7. En relación con la indemnización solicitada por los interesados, es aplicable lo expresado en el Dictamen 207/2006: "(...) 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 de la LRJAP-PAC".

8. Tal y como se afirma en la PR, "el art. 102.4 LRJAP-PAC reconoce la posibilidad de que en la misma resolución de la revisión de oficio se establezcan las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, y que tal reconocimiento tan sólo sería posible si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 LRJAP-PAC", ya que del sentido literal y teleológico de la norma se desprende con claridad que procederá la indemnización siempre que concurren los requisitos previstos en los artículos referidos.

## C O N C L U S I Ó N

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 convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación o ampliación de parques eólicos con consumos asociados de los sistemas eléctricos insulares canarios y se aprueban las bases que han de regir el referido concurso, por ser dicha revisión conforme a Derecho.