



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 156/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 11 de mayo de 2017.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de revisión de oficio de la Orden n.º (...), de 9 de febrero de 2004, de la extinta Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial, instado por (...), por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución n.º (...), de 19 de junio de 2003, del Director Ejecutivo de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (EXP. 105/2017 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excelentísima Señora Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias, es la propuesta de resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio, iniciado a instancias de (...), en solicitud de que se declare tanto la nulidad de pleno derecho de la Orden Departamental n.º (...), de 19 de febrero de 2004, de la extinta Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial (MAYOT) -que desestimó el recurso de alzada que interpuso contra la Resolución n.º (...), de 19 de junio de 2003, del Director Ejecutivo de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN), que lo sancionó con una multa de 44.000 euros como responsable de una infracción administrativa grave consistente en la construcción en suelo rústico de una edificación destinada a almacén, careciendo de calificación territorial y licencia, en el lugar denominado (...), término municipal de Tinajo, tipificada en el artículo 202.3 b) del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y

---

\* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

de Espacios Naturales de Canarias (TRLOTEN), aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo- como la de dicha Resolución sancionadora.

2. La preceptividad del Dictamen, la declaración de nulidad que se pretende, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Consejera de MAYOT para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), el cual es aplicable en virtud de la disposición transitoria tercera, párrafos a) y b), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició con anterioridad a la entrada en vigor de ésta.

3. Tanto la Orden Departamental nº (...), de 19 de febrero de 2004 (en adelante, OD 70/2004) como la Resolución nº (...), de 19 de junio de 2003, del Director Ejecutivo de la APMUN (en adelante (...)], son actos firmes. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto a revisar por el cauce del art. 102 LRJAP-PAC.

El órgano competente para revisar la OD 70/2004 y resolver es la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.1 g) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, que atribuye a los titulares de las Consejerías la competencia para la incoación y resolución de los expedientes de revisión de oficio de los actos de su propio departamento; lo cual reitera el art. 5.10 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad (aprobado por el Decreto 137/2016, de 24 de octubre).

El órgano competente para revisar la (...) es el Director Ejecutivo de la APMUN, puesto que ésta es un organismo público de naturaleza consorcial con personalidad jurídica propia, que ejerce sus funciones con plena autonomía y que se rige por sus Estatutos (aprobados por el Decreto 189/2001, de 15 de octubre), conforme a los cuales la competencia para revisar sus actos le corresponde al mismo (art. 229 TRLOTEN y arts. 2, 19.10 y 20 de los Estatutos de la APMUN).

Sin embargo, como la Consejería es competente para resolver el recurso de alzada contra la (...) [art. 20.1, a) de los Estatutos de la APMUN], en la hipótesis de que en el presente procedimiento se declare la nulidad de la OD 70/2004, que resolvió en su día dicho recurso, podría en el mismo acto, por razones de economía

procedimental que aconsejan eludir la retroacción de actuaciones, resolver el recurso de alzada, pero la nueva resolución de éste no formaría parte de la resolución de este procedimiento especial de revisión de oficio.

4. Como resulta de los antecedentes que se han expuesto, frente a la (...) el interesado formuló un recurso de alzada que fue desestimado por la OD 70/2004, de 19 de febrero; la cual devino firme porque contra ella no interpuso en plazo recurso contencioso-administrativo. El 25 de julio de 2004 el interesado solicitó la revisión de oficio de ambos actos administrativos. La Administración no resolvió expresamente sobre esta solicitud, por lo que presentó un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su solicitud de revisión de oficio, el cual fue desestimado por la Sentencia 253/2006, de 13 de septiembre de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, por considerar que «todas las cuestiones planteadas por el recurrente debieron ser alegadas en el momento de combatir la resolución por la que se resolvió finalmente el expediente sancionador tramitado, ya sea la falta de pruebas, la incompetencia del órgano que tramitó y resolvió en primera instancia el mismo, y la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Dado que contra la citada resolución se formuló recurso en vía administrativa, que fue desestimado, y no habiéndose demostrado que se acudiera a la vía judicial, dicha resolución es firme y, por tanto, no cabe admitir la nulidad alegada por cuanto supondría abrir una nueva vía distinta a la prevista por la ley y que no tiene ni puede tener acogida en derecho por cuanto supone un fraude a las normas de procedimiento establecidas».

5. La Sentencia, de 30 de julio de 2007, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, estimó el recurso de apelación contra la Sentencia 253/2006, con base en que el art. 102.3 de la LRJAP-PAC exige que se motive la inadmisión a trámite de una solicitud de revisión de oficio, lo cual es radicalmente incompatible con su desestimación por silencio administrativo. En consecuencia, anuló la desestimación presunta de la solicitud de revisión de oficio y reconoció el derecho del interesado «a que se admita a trámite su solicitud de revisión de oficio y continúe el procedimiento con traslado al Consejo Consultivo de Canarias para dictamen y posterior resolución de fondo».

6. Por la Orden Departamental 84/2015, de 6 de noviembre, de la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad se admitió a trámite la solicitud de

revisión de oficio de la OD 70/2004. Contra ella el interesado presentó un recurso que denominó «de alzada». La Administración lo calificó como un recurso de reposición y lo desestimó mediante la Orden Departamental 432/2016, de 24 de noviembre.

7. En la tramitación del presente procedimiento se solicitó a la APMUN un informe sobre la situación urbanística de la parcela sobre la cual el interesado había realizado la obra por la que se le sancionó. El 13 de noviembre de 2015 se emitió dicho informe según el cual:

a) El instrumento de Planeamiento vigente en el municipio de Tinajo es el Plan General de Ordenación, aprobado definitivamente por la COTMAC el 5 de abril de 2004 y publicado en el BOC el 4 de mayo de 2004.

b) Según ese Plan General de Ordenación, el lugar denominado (...) - (...), donde se ubica la edificación por cuya construcción se sancionó, está clasificado como Suelo Rústico con la categoría de Asentamiento Rural, con uso industrial.

c) El Plan Insular de Ordenación de Lanzarote (aprobado por el Decreto 63/1991, de 9 de abril) categoriza el suelo como Suelo Rústico Potencialmente Productivo. Vegas Agrícolas con Interés Paisajístico.

8. También se incorporó al expediente el informe, de 28 de diciembre de 2016, del Servicio Técnico de Planeamiento Urbanístico Oriental, que concluye:

«El suelo sobre el que se ha levantado una construcción en (...) - Tinajo, según planos aportados por la APMUN no está clasificado ni como Suelo Urbano, Urbanizable o Asentamiento Rural a fecha 9 de abril de 2001 ni hasta la entrada en vigor del Plan General del Municipio. Este suelo está clasificado como SUELO RÚSTICO DE PROTECCIÓN TERRITORIAL según la Disposición Transitoria Sexta del Decreto 1/2000, de 8 de mayo, del Gobierno de Canarias por el que se aprobó el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, encontrándose fuera de la Delimitación de Suelo Urbano en el Municipio de Tinajo según el Plan Insular de Lanzarote aprobado con fecha 29 de noviembre de 1973».

9. Se dio vista del expediente y trámite de audiencia a (...) y a la APMUN, los cuales no formularon alegaciones.

10. Se redactó la propuesta de resolución y sobre ella, conforme al art. 20. e) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias (aprobado por el Decreto 19/1992, de 7 de febrero), la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos emitió su informe, de 23 de marzo de 2017, favorable a la desestimación de la solicitud de revisión de oficio.

11. En definitiva, en la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten un Dictamen de fondo.

## II

1. Para el examen de las causas de nulidad alegadas es importante tener presentes los antecedentes de hecho en que se fundan. Entre ellos uno de los principales estriba en la categorización del suelo donde se construyó el almacén durante el periodo de tiempo comprendido entre el 9 de abril de 2001 (fecha en la que el Servicio de Protección a la Naturaleza, SEPRONA, de la Guardia Civil, constató la edificación del almacén en (...)) e identificó a (...) como promotor de las obras, el cual declaró que carecía de los títulos habilitantes para su construcción (las preceptivas calificación territorial y licencia de obras) y el 19 de junio de 2003, fecha en que se dictó la (...), del Director Ejecutivo de la APMUN, que sancionó a aquél con una multa de 44.000 euros como responsable de una infracción administrativa grave consistente en la construcción en suelo rústico de una edificación destinada a almacén, careciendo de calificación territorial y licencia de obras.

Al respecto, según se constató en el procedimiento sancionador, el terreno donde se construyó el almacén no poseía el carácter objetivo de suelo urbano, conforme al art. 8, a) de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones y el art. 21 del Reglamento de Planeamiento (aprobado por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio).

El Pleno del Ayuntamiento de Tinajo había aprobado el 14 de abril de 1974 una Delimitación de Suelo Urbano que remitió a la Comisión Provincial de Urbanismo de Las Palmas para su aprobación definitiva. Esta Comisión el 23 de diciembre de 1974 se la devolvió para que subsanara las deficiencias observadas «en un plazo no superior a un mes, contado a partir del día siguiente al de esta notificación, pasado el cual sin haberlo llevado a efecto operará automáticamente con plena eficacia tanto para la Administración como para los particulares la delimitación de suelo probada a efectos de suelo sujeto a contribución urbana por la Delegación de Hacienda (...)».

A consecuencia de esta decisión de la Comisión Provincial de Urbanismo, el 9 de marzo de 1975 el Pleno del Ayuntamiento de Tinajo aprobó la «Memoria descriptiva de Delimitación de Suelo Urbano, Reserva Urbana en Núcleos y Reserva Turística de este Municipio» señalando dichas zonas sobre un plano a escala 1:1000. Según este

plano la parcela donde se levantó el almacén se ubica en suelo que está fuera tanto de la Delimitación de Suelo Urbano como de la Reserva Urbana en Núcleos.

El 17 de julio de 1975 la Comisión Provincial de Urbanismo, a la vista de las actuaciones promovidas por el Ayuntamiento y en relación a la Delimitación de Suelo Urbano acordó:

«Declarar, a efectos administrativos, como delimitaciones de casco urbano, suelo urbano, zonas de extensión y zonas susceptibles de actuaciones urbanísticas sobre suelo rústico mediante Planes especiales a las establecidas en el vigente Plan Insular de Lanzarote».

Mediante esta resolución la Comisión Provincial de Urbanismo reenviaba al Plan Insular vigente en 1975 la delimitación de Casco Urbano en el Municipio de Tinajo. Éste era el Plan Insular de Lanzarote aprobado con carácter de Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento por Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1973 (BOE de 17 enero de 1974). Según sus Planos de Ordenación de la Estructura Urbana Insular – Plano Comprensivo de Sistemas – Plano III 1.26 y Plano de Normativa – Clasificación de Suelo V.117, la parcela sita en (...) donde se construyó el almacén, se ubicaba en suelo fuera de las Zonas de Reserva Urbana del municipio de Tinajo.

Según el posterior Plan insular de Ordenación de Lanzarote (aprobado por el Decreto 63/1991, de 9 de abril) la calificación urbanística del suelo en el que se hallaba la mencionada parcela era de «Suelo Rústico Potencialmente Productivo. Vegas Agrícolas con Interés Paisajístico».

Por tanto, está establecido que, en el periodo comprendido entre el 9 de abril de 2001, fecha en que los agentes del SEPRONA constatan que (...) había construido el almacén careciendo de calificación territorial y licencia de obras, y el 19 de junio de 2003, fecha de la resolución sancionadora, el municipio de Tinajo carecía de planeamiento general de ordenación y sólo contaba con una Delimitación de Suelo Urbano que no comprendía la parcela donde se había levantado esa obra. Esta circunstancia, determinaba que fuera de aplicación la Disposición transitoria sexta TRLOTEN, según la cual, en los municipios sin planeamiento general de ordenación de la totalidad del término municipal se clasifica exclusivamente en suelo urbano y rústico. El primero está integrado por los terrenos así clasificados como urbanos en virtud de un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano aprobado definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/1999, de Ordenación del Territorio de Canarias. Todos los demás terrenos se clasifican *ex lege* como Suelo Rústico de

Protección Territorial, salvo los de los Espacios Naturales Protegidos, que se clasificarán como suelo rústico de protección natural y, en su caso, los sectores de suelo urbanizable estratégico.

Con posterioridad al dictado de la (...), 19 de junio de 2003, que sancionó al interesado como responsable de una infracción administrativa grave consistente en la construcción en suelo rústico de una edificación destinada a almacén, careciendo de calificación territorial y licencia de obras, la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (COTMAC) aprobó parcialmente el 5 de noviembre de 2003 el Plan General de Ordenación de Tinajo y el 5 de abril de 2004 lo aprobó definitivamente. La publicación del texto íntegro y completo de la normativa del Plan General de Ordenación de Tinajo, tuvo lugar en el B.O.P. n° 124, de 8 de octubre de 2004; por lo que, conforme al art. 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL, en relación con el 65.2 de la misma, entró en vigor el 29 de octubre de 2004, más de un año y cinco meses después del 19 de junio de 2003.

En definitiva, tanto a la fecha en que se construyó el almacén como a la fecha en que se sancionó su ejecución la parcela sobre la que se levantó tenía *ex lege* la calificación de Suelo Rústico de Protección Territorial.

2. Para el examen del vicio de incompetencia manifiesta que se alega es preciso retener también que, como consta en el expediente sancionador, tras la denuncia del SEPRONA, el Director Ejecutivo de la APMUN dictó la Resolución 834/2001, de 4 de junio, por la que se paralizaron las obras denunciadas, se ordenó su precinto y se requirió al Ayuntamiento de Tinajo para que incoara el correspondiente procedimiento sancionador, en el plazo de quince días a partir de la notificación de dicha Resolución, apercibiéndole de que su inactividad daría lugar a que por la APMUN se subrogara en la potestad sancionadora municipal en materia urbanística, de acuerdo con el art. 190 TRLOTEN, a cuyo efecto el Ayuntamiento debería remitir informe sobre las medidas acordadas al respecto, en el plazo de los quince días siguientes al de su adopción. El Ayuntamiento no incoó ni, por ende, resolvió un procedimiento sancionador, pese a tener conocimiento oficial de los hechos; lógicamente tampoco remitió a la APMUN informe al respecto. Por consiguiente, con esta inactividad del Ayuntamiento se realizó el supuesto de hecho para que la APMUN se subrogara en la competencia sancionadora municipal en materia de infracciones urbanísticas graves.

3. Respecto a la actividad probatoria desarrollada en el procedimiento sancionador se acaba de señalar que la denuncia de 9 de abril de 2001 del SEPRONA expresa que los agentes actuantes han comprobado la existencia de obras consistentes en un almacén, en la parcela mencionada, sin contar con las preceptivas licencia y calificación territorial; que se identificó a (...) como promotor de las obras, quien declaró carecer de ambos títulos habilitantes y que dicha denuncia incluía el plano de ubicación de la parcela y fotografía de las obras. Además en el expediente sancionador obra la constancia documental de tres diligencias suscritas por personal inspector de la APMUN, acompañadas asimismo de reportaje fotográfico y plano de ubicación, que vienen a confirmar la existencia de las referidas obras sin contar con los títulos habilitantes pertinentes, la responsabilidad del interesado sobre las mismas e, incluso, su continuación con posterioridad a la orden de suspensión y precinto de las obras. En virtud del art. 137.3 LRJAP-PAC esta denuncia y las diligencias de inspección y precinto respecto a los hechos constatados por los funcionarios actuantes que tienen la condición de autoridad, se consideran probados *iuris tantum*, correspondiendo al interesado el *onus probandi* de su inexactitud.

El interesado no negó su condición de promotor de las obras ni que carecía de la calificación territorial y la licencia de obras que legitimaran la construcción. Tampoco puso en cuestión que la parcela estaba calificada como Suelo Rústico de Protección Territorial. Su posición en el procedimiento sancionador ha consistido en alegar que ha iniciado «los trámites para la legalización de la obra hace tiempo realizada» -recurso de reposición que interpuso el 17 de abril de 2002 contra la Resolución nº 319, de 28 de febrero de 2002, por la que se le impuso una multa coercitiva por importe de 1.437,64 euros, como consecuencia del incumplimiento de la resolución de suspensión y precinto de las obras y al cual adjuntó solicitud de calificación territorial instada ante el Ayuntamiento de Tinajo el 13 de septiembre de 2001-, asimismo tanto en sus alegaciones, de 10 de marzo de 2003, a la incoación del procedimiento sancionador; como en sus alegaciones, de 24 de marzo de 2003, a la propuesta de resolución tampoco niega esos hechos y lógicamente tampoco propone ni aporta prueba dirigida a desvirtuarlos. En definitiva, los hechos por los que se le sancionaron estaban acreditados por los cuatro informes de diferentes funcionarios actuantes revestidos de autoridad acompañados de planos y fotografías; el interesado no los cuestionó y, no obstante habersele ofrecido que presentara prueba de descargo, ni las aportó ni las propuso.

4. La propuesta de resolución formulada en el procedimiento sancionador consideraba que no concurrían circunstancias agravantes ni atenuantes, por lo que

contemplaba la imposición de una sanción de 72.121,45 euros, cuantía media de la escala de multas de 6.010,13 a 150.253,03 euros del art. 203.1 b) TRLOTEN. En sus alegaciones a esta propuesta de resolución el interesado adujo la desproporcionalidad de la sanción propuesta.

La (...) estimó esta alegación del interesado por considerar que concurrían con carácter de atenuante las dos circunstancias del art. 199 TRLOTEN (el grado de conocimiento de la normativa legal y el beneficio obtenido de la infracción o, en su caso, la realización de ésta sin consideración alguna del posible beneficio económico) y, conforme al art. 196.1 TRLOTEN, impuso la multa dentro de la mitad inferior de la escala. Esta mitad inferior corresponde a la escala de 6.010, 13 a 72.121,45 euros y la multa se impuso por cuantía de 44.000 euros.

### III

1. Antes de abordar el análisis de las causas de nulidad alegadas conviene recordar que un acto administrativo es inválido si se produce contraviniendo las normas preexistentes y vigentes que regulan su elaboración y predeterminan su contenido. De ahí que el parámetro para establecer su validez o invalidez esté constituido exclusivamente por las normas vigentes al tiempo de dictarse y no por las normas posteriores que las hayan derogado o desplazado su aplicación, porque es obvio que la Administración no está vinculada por normas derogadas ni por normas inexistentes en el momento de dictar el acto. Por consiguiente, para apreciar si OD 70/2004 incurre en causa de nulidad se debe atender al art. 62 y concordantes LRJAP-PAC, que estaba vigente a la fecha en que se dictó; y no a los preceptos de la LPACAP, con independencia de que reproduzcan el contenido de aquéllos.

Por la misma razón, dado que el interesado alega que la (...) incurre en varias causas de nulidad que se transmiten a la OD 70/2004 porque la confirmó al desestimar el recurso de alzada contra ella, para examinar la validez de ambas resoluciones hay que atenerse exclusivamente al tenor del TRLOTEN en la redacción que tenía en las respectivas fechas en que se dictaron ambas resoluciones, así como al planeamiento urbanístico y territorial aplicable al municipio de Tinajo en dichas fechas.

2. En el examen de la concurrencia de los vicios de nulidad alegados se debe partir de que en nuestro Derecho la regla general es que son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (art.

63.1 LRJAP-PAC, art. 48.1 LPACAP). La Administración, cuando estos actos anulables son declarativos de derechos, puede pretender su anulación judicial si concurren los requisitos del art. 103.1 LRJAP-PAC (ahora, art. 107.1 LPACAP). Únicamente si el acto firme incurre en alguno de los graves vicios tipificados en el art. 62.1 LRJAP-PAC (actualmente, art. 47.1 LPACAP), la Administración podrá declararlo nulo por sí misma a través del procedimiento de revisión de oficio (art. 102.1 LRJAP-PAC, art. 106.1 LPACAP). Puesto que la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico, el procedimiento de revisión de oficio no es la vía para constatar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto administrativo, sino que está reservado exclusivamente para determinar aquellas infracciones que constituyan, por su cualificada gravedad, un supuesto de nulidad plena, previsto en el artículo 62.1 LRJAP-PAC (actualmente, art. 47.1 LPACAP); de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva, según afirma reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (véanse al respecto las SSTs, entre otras muchas, de 17 de junio de 1987, RJ 1987\6497; de 13 de octubre de 1988, RJ 1988\7977; de 22 de marzo de 1991, RJ 1991\2250; de 5 de diciembre de 1995, RJ 1995\9936; de 6 de marzo de 1997, RJ 1997\2291; de 26 de marzo de 1998, RJ 1998\3316; de 23 de febrero de 2000, RJ 2000\2995 y de 5 de diciembre de 2012, RJ 2013\636).

En definitiva, la revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización ciertamente excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos, dejándolos sin efecto. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella es sólo posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos.

3. Por último, como una de las causas de nulidad alegadas consiste en la de incompetencia manifiesta, también se debe tener presente que el art. 62.1.b) LRJAP-PAC dispone que son nulos los actos dictados por un órgano manifiestamente incompetente, por razón de la materia o del territorio.

El adverbio «manifiestamente» que usa el precepto para modular la incompetencia generadora de nulidad exige que ésta sea notoria y clara y que vaya acompañada de un nivel de gravedad proporcional a la gravedad de los efectos que

comporta su declaración. Como se explicó de suso, los vicios de nulidad radical deben ser objeto de una interpretación estricta, porque la anulabilidad de los actos administrativos es la regla general frente a la excepción que es su nulidad radical o de pleno derecho en supuestos tasados.

Por esta razón, para el art. 62.1.b) LRJAP-PAC no es suficiente con que concurra la eventual incompetencia por razón de la materia para que exista un vicio de nulidad radical, sino que además será preciso que se trate de una manifiesta incompetencia; es decir, no basta con que el órgano que haya dictado el acto sea incompetente, sino que lo sea clara, rotunda y patentemente, de modo que resulte tan evidente que no sea necesaria una especial actividad intelectual para su comprobación. La manifiesta incompetencia es incompatible con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico (SSTS de 25 de enero, de 12 de noviembre y 15 de diciembre de 1980; de 28 de enero de 1981; de 18 y de 25 de octubre de 1982; de 18 de octubre de 1983; de 23 de marzo de 1984; de 24 de abril y de 12 de junio de 1985; de 20 de febrero de 1990 y de 30 de octubre y de 10 de noviembre de 1992, entre otras muchas).

## IV

1. La primera causa de nulidad que se aduce es la definida en el art. 62.1 a) LRJAP-PAC, que considera nulos los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. La concurrencia de esta causa se pretende fundar en que durante la tramitación del procedimiento sancionador se lesionó el derecho del sancionado a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución porque, según alega, «no se ha desarrollado actividad probatoria alguna dirigida a enervar la presunción de inocencia que ampara a toda persona que sea objeto de un procedimiento sancionador».

Según el art. 137.1 LRJAP-PAC, el ejercicio de la potestad sancionadora debe respetar la presunción de inexistencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Esta regulación representa la concreción legal en el ámbito del Derecho administrativo sancionador del derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su Sentencia 74/2004, de 22 de abril, torna a afirmar:

«Según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, “la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas (...), pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones”».

Por consiguiente, si la (...) se hubiera dictado sin que existiera prueba de que el sancionado había promovido la construcción en suelo rústico de un almacén sin contar con la calificación territorial y la licencia de obras, habría lesionado el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la Constitución, que es uno de los susceptibles de protección a través del recurso de amparo constitucional y, por consiguiente, adolecería de la causa de nulidad tipificada en el art. 62.1 a) LRJAP-PAC.

Como se vio en el apartado 3 del Fundamento anterior, los hechos por los que se le sancionaron estaban acreditados por los cuatro informes de diferentes funcionarios actuantes revestidos de autoridad acompañados de planos y fotografías; el interesado tuvo plena oportunidad de proponer prueba de descargo que acreditara la inexactitud de esos informes y, sin embargo, no los cuestionó ni negó su condición de promotor de las obras, ni que careciera de la calificación territorial y la licencia de obras, ni que la parcela estuviera calificada como Suelo Rústico de Protección Territorial. Por consiguiente, en la (...) no concurre la causa de nulidad del art. 62.1 a) LRJAP-PAC, de donde se sigue que tampoco en la OD 70/2004 que la confirmó al desestimar el recurso de alzada contra ella.

2. La segunda causa de nulidad que se alega es la contemplada en el art. 62.1 b) LRJAP-PAC, según el cual son nulos los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

El interesado alega que, conforme al art. 190 TRLOTEN, la competencia para incoar el procedimiento sancionador, dictar la correspondiente resolución y resolver el recurso de alzada contra ella, correspondía al alcalde de Tinajo, por lo que la (...), dictada por el Director de la APMUN, y la OD 70/2004 que la confirmó, adolecerían de dicho vicio.

La parcela donde el interesado construyó el almacén estaba calificada como Suelo Rústico de Protección Territorial. El Capítulo II del Título I TRLOTEN está dedicado a la ordenación de los recursos naturales y del territorio. En dicho Capítulo

Il se ubica el art. 27, el cual, a la fecha de la ejecución de las obras y a la fecha de la imposición de la sanción, regulaba la denominada Calificación Territorial, a la que definía como el instrumento de ordenación que ultimaba, para un concreto terreno y con vistas a un preciso proyecto de edificación o uso objetivo del suelo no prohibidos, el régimen urbanístico del suelo rústico definido por el planeamiento de ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística aplicable, complementando la calificación del suelo por éste establecida. El art. 170 TRLOTEN establece que la Calificación Territorial es previa a las licencias urbanísticas y determina la nulidad de pleno derecho del otorgamiento de éstas sin que se haya obtenido previamente aquélla. La ejecución de obras en Suelo Rústico de Protección Territorial sin la cobertura de la Calificación Territorial constituía por tanto una infracción grave contra la ordenación territorial tipificada en el art. 202.3, b) TRLOTEN. En cambio, el art. 166.1, b) TRLOTEN sujeta a previa licencia urbanística las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta. La competencia para el otorgamiento de las licencias urbanísticas es municipal (art. 168.1 TRLOTEN). La ejecución de esas obras sin la previa licencia constituye una infracción urbanística grave tipificada en el art. 202.3, b) TRLOTEN. Como se concluye en la Sentencia 143/2006, de 12 mayo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (JUR 2006\236620) «construir en suelo rústico sin las autorizaciones preceptivas no es solo una infracción urbanística sino de ordenación territorial».

Según la redacción que tenía el art. 190 TRLOTEN a la fecha de la ejecución de la construcción por la que sancionó la (...) y a la fecha de ésta, la competencia para sancionar por infracciones contra la ordenación territorial correspondía a la APMUN y la competencia para sancionar por infracciones contra la ordenación urbanística correspondía al ayuntamiento. El art. 190 TRLOTEN, tanto en su anterior redacción como en la actual, establece que cuando en un mismo supuesto concurren presuntas infracciones de la competencia municipal o insular y de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural, la competencia corresponderá a esta última.

En el presente supuesto el interesado construyó el almacén en una parcela calificada como Suelo Rústico de Protección Territorial sin haber obtenido previamente la calificación territorial, lo cual constituía una infracción grave contra la ordenación territorial. Tampoco había solicitado y obtenido la licencia de obras, lo

cual constituía una infracción urbanística grave. Por consiguiente, conforme al art. 190 TRLOTEN, la potestad sancionadora correspondía a la APMUN.

Además, el art. 190 TRLOTEN atribuye a la APMUN la potestad sancionadora de las infracciones urbanísticas graves en los supuestos de inactividad del ayuntamiento por el transcurso de quince días desde el requerimiento al efecto realizado por la agencia para la incoación, instrucción o resolución del correspondiente procedimiento, o no se ordene y, en su caso, no se ejecuten, las medidas de restablecimiento del orden jurídico infringido.

Como se vio en el apartado 2 del Fundamento anterior, el Director Ejecutivo de la APMUN requirió al Ayuntamiento de Tinajo para que incoara el correspondiente procedimiento sancionador, en el plazo de quince días a partir de la notificación del requerimiento, apercibiéndole de que su inactividad daría lugar a que por la APMUN se subrogara en la potestad sancionadora municipal en materia urbanística, de acuerdo con el art. 190 TRLOTEN, a cuyo efecto el Ayuntamiento debería remitir informe sobre las medidas acordadas al respecto, en el plazo de los quince días siguientes al de su adopción. El Ayuntamiento no incoó ni, por ende, resolvió un procedimiento sancionador, pese a tener conocimiento oficial de los hechos; lógicamente tampoco remitió a la APMUN informe al respecto. Por consiguiente, con esta inactividad del Ayuntamiento se realizó el supuesto de hecho para que la APMUN se subrogara en la competencia municipal para sancionar infracciones urbanísticas graves.

Por último, el art. 229.2 c) TRLOTEN dispone que corresponde en todo caso a la APMUN la instrucción de los procedimientos sancionadores por infracciones de las normas protectoras del medio ambiente y de la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística, cuya competencia tenga atribuida directamente o le haya sido transferida o delegada. El art. 19.3 de los Estatutos de la APMUN atribuye a su Director Ejecutivo el ejercicio de las competencias que los arts. 190 y 229.2 TRLOTEN atribuye a dicha Agencia.

En definitiva, en la (...) no concurre la causa de nulidad del art. 62.1, b) LRJAP-PAC, de donde se sigue que tampoco en la OD 70/2004 que la confirmó al desestimar el recurso de alzada contra ella.

3. El interesado alega también que «para que la Agencia fuera órgano competente para incoar y resolver un procedimiento sancionador como en el que nos ocupa, primero, debió requerir al Ayuntamiento de Tinajo para que incoara él el correspondiente procedimiento y, segundo, en el caso de que dicho requerimiento no

fuera atendido por la Administración Local sólo entonces podría subrogarse (*sic*) la indicada Agencia en las competencias municipales». De esa afirmación deduce que la (...) se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, vicio de nulidad tipificado en el art. 62.1, e) LRJAP-PAC, que se transmite a la, la OD 70/2004 que confirmó a aquélla.

Esta alegación carece de fundamento fáctico porque, como se recogió en el apartado 2 del Fundamento anterior, tras la denuncia del SEPRONA, el Director Ejecutivo de la APMUN dictó la Resolución 834/2001, de 4 de junio, por la que se paralizaron las obras denunciadas, se ordenó su precinto y se requirió al Ayuntamiento de Tinajo para que incoara el correspondiente procedimiento sancionador, en el plazo de quince días a partir de la notificación de dicha Resolución, apercibiéndole de que su inactividad daría lugar a que por la APMUN se subrogara en la potestad sancionadora municipal en materia urbanística, de acuerdo con el art. 190 TRLOTEN, a cuyo efecto el Ayuntamiento debería remitir informe sobre las medidas acordadas al respecto, en el plazo de los quince días siguientes al de su adopción. El Ayuntamiento no incoó ni, por ende, resolvió un procedimiento sancionador, pese a tener conocimiento oficial de los hechos; lógicamente tampoco remitió a la APMUN informe al respecto. Por consiguiente, con esta inactividad del Ayuntamiento se realizó el supuesto de hecho para que la APMUN se subrogara en la competencia sancionadora municipal en materia de infracciones urbanísticas graves.

En resumen, tampoco concurre esta causa de nulidad.

4. El interesado también alega que la sanción impuesta es «manifiestamente desorbitada» y no se ajusta a las reglas legales de graduación de la misma, lo cual constituye una infracción del derecho fundamental a la legalidad de las sanciones administrativas que reconoce el art. 25 de la Constitución, que es uno de los susceptibles de protección a través del recurso de amparo constitucional protegidos y por esta razón tanto la (...) como la OD 70/2004 que la confirmó incurren en el vicio de nulidad contemplado en el art. 62.1 a) LRJAP-PAC.

El derecho fundamental a la legalidad de las sanciones administrativas comprende la proporcionalidad de las sanciones. Este aspecto de ese derecho fundamental estaba desarrollado legalmente por el art. 131.2 LRJAP-PAC, y actualmente por el art. 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En el ámbito del Derecho urbanístico regional lo concretan los arts. 194 a 199 TRLOTEN.

Como se recogió en el apartado 4 del Fundamento anterior, en sus alegaciones a la propuesta de resolución del procedimiento sancionador el interesado adujo la desproporcionalidad de la sanción propuesta. El Director Ejecutivo de la APMUN atendió esta alegación del interesado por considerar que concurrían con carácter de atenuante las dos circunstancias contempladas en el art. 199 TRLOTEN y, en consecuencia, su Resolución (...) /2003, tal como exige el art. 196.1 TRLOTEN, impuso la multa dentro de la mitad inferior de la escala. Esta mitad inferior corresponde a la escala de 6.010,13 a 72.121,45 euros y la multa se impuso por cuantía de 44.000 euros. La cuantía de la sanción se determinó, por tanto, con estricta sujeción a las reglas legales y atendiendo a la existencia de circunstancias atenuantes, por lo que no puede ser calificada de desproporcionada.

En definitiva, esta alegación esta horra de fundamento fáctico, por lo que en la (...) no concurre la causa de nulidad del art. 62.1 a) LRJAP-PAC, de donde se sigue que tampoco en la OD 70/2004 que la confirmó al desestimar el recurso de alzada contra ella.

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

1. La Orden Departamental 70/2004, de 19 de febrero de 2004, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución num. (...), de 19 de junio de 2003, que sancionó al interesado con una multa de 44.000,00 euros, como responsable de una infracción administrativa grave, carece de las causas de nulidad que el interesado ha invocado.

2. De la anterior conclusión se sigue que la propuesta de resolución, desestimatoria de la pretensión de la declaración de nulidad, es conforme a Derecho.