



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 7 5 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de julio de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la licencia urbanística 139/2002 LUM, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno (hoy junta de Gobierno Local), en sesión de 22 de agosto de 2002, mediante la que se autorizó la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la Parcela (...) (EXP. 246/2017 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado preceptivamente por el Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad de la licencia urbanística 139/2002 LUM, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno en sesión de 22 de agosto de 2002, para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la Parcela (...).

La legitimación del Alcalde para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo 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. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se ha iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

Además, de conformidad con lo previsto en este precepto, es preciso que tal dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar de lo contrario; es decir, ha de entender conforme a Derecho la Propuesta de Resolución,

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

procediendo tal declaración al incurrir el acto sometido a revisión en la causa alegada por la Administración, que la justifica suficientemente.

2. La revisión de oficio sólo cabrá, a tenor del art. 106.1 LPACAP, contra actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, siendo en este caso el acto cuya nulidad se pretende el Acuerdo de la entonces Comisión Municipal de Gobierno (en la actualidad, Junta de Gobierno Local) del citado Ayuntamiento, en virtud del cual se le concedía a (...) licencia urbanística, que devino firme al no haber sido recurrido en plazo. Se cumple, pues, el requisito de la firmeza del acto que se pretende revisar por el cauce del citado artículo.

3. El acto que se presente revisar fue dictado con fecha 22 de agosto de 2002. Por consiguiente, las causas de nulidad aplicables son las previstas en el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), al ser las vigentes en el momento de dictarse el acto. Asimismo, dispone el art. 185.1 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (TRLOTENC), aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que las licencias urbanísticas deberán ser revisadas «a través de alguno de los procedimientos establecidos para la revisión de actos administrativos en la legislación reguladora del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

La nulidad del acto se fundamenta en este caso en los apartados d), e) y f) del citado art. 62.1 LRJAP-PAC, al considerar la Administración actuante que se trata de un acto constitutivo de infracción penal, que se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que a través del mismo se han adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

II

1. Son antecedentes de interés en el presente procedimiento los siguientes:

- El 16 de agosto de 2002 (...) presentó ante el Ayuntamiento de Pájara varias solicitudes para la concesión de licencias de obras para la ejecución de diversas viviendas unifamiliares aisladas y una granja destinada a uso ganadero, en la zona de (...).

- Estas solicitudes dieron lugar a la tramitación de los correspondientes expedientes. En lo que ahora nos ocupa, mediante Acuerdo de la entonces Comisión Municipal de Gobierno adoptado en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002 se concedió al interesado licencia urbanística 139/2002 LUM para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en donde dicen (...).

En el informe técnico que sirve de fundamentación a la licencia y que se transcribe en la misma se hace constar, entre otros extremos lo siguiente:

Clasificación del suelo: Subzona C - Suelo Rústico Común de Edificación Dispersa según planos del PIOF aprobado provisionalmente por el Cabildo Insular de Fuerteventura; Subzona A - Suelo Rústico de Especial Protección (Parque Rural de Betancuria), según planimetría publicada en el Boletín Oficial de Canarias de fecha 22 de agosto de 2001; Rústico de Protección Natural según el Plan General de Ordenación Urbana de Pájara.

Según informe de fecha 26 de julio de 2002, remitido por el Cabildo Insular de Fuerteventura a la Corporación, se especifica que «(...) los ámbitos de asentamiento rural contenidos en los planos aprobados provisionalmente por el Cabildo deben ser considerados como tales en su integridad y, en concreto, respecto a los suelos rústicos de edificación dispersa, por virtud de la Disposición Transitoria 6ª, ha de considerarse hasta el 23 de agosto de 2002 como un cuarto tipo de Asentamiento Rural».

Aunque según la cartografía publicada en el Boletín Oficial de Canarias sería inviable la edificación residencial de la parcela de referencia, si seguimos lo especificado en el informe del Cabildo, debería considerarse este tipo de suelo como un cuarto tipo de asentamiento rural, por lo que sí sería posible la edificación residencial.

- El mismo órgano municipal, en sesión de 31 de octubre de 2002, acordó corregir el error de transcripción observado en el Acuerdo anteriormente citado, en el sentido de especificar que el emplazamiento de la promoción correspondía a la (...).

- Con fecha 29 de mayo de 2003 y previa solicitud de interesado se autorizó por el Pleno de la Corporación el cambio de titularidad de la citada licencia a favor de (...).

- Con fecha 30 de octubre de 2003, el Pleno acordó conferir al nuevo titular de la licencia un plazo de doce meses, computado a partir del 22 de agosto de 2003, para la presentación del acta de replanteo de las obras amparadas por la licencia urbanística.

- Mediante Decreto de la Alcaldía nº 1010/2007, de 20 de marzo, se resolvió especificar las características concretas de la parcela que soportaba la construcción de la vivienda unifamiliar aislada, la cual viene a denominarse a partir de ese momento como (...).

- Por Acuerdo plenario de 14 de febrero de 2008 se acordó, por una parte, transferir la titularidad de la licencia a favor de la sociedad (...) y, por otra, denegar a la empresa citada la licencia de primera ocupación de la vivienda unifamiliar aislada de referencia, con fundamento en los informes técnico y jurídico emitidos al respecto, al no adaptarse la edificación realizada a la licencia otorgada, debiéndose corregir determinados extremos que se detallaban.

- El 14 de octubre de 2008 la indicada sociedad solicita nuevamente licencia de primera ocupación, al haber subsanado los terraplenes alrededor de la vivienda.

- Mediante Decreto de la Alcaldía nº 5105/2009, de 2 de diciembre, se pone en conocimiento de la entidad el carácter desfavorable del informe técnico emitido, requiriendo la aportación de determinada documentación, entre otra, la relativa al cumplimiento de la normativa aplicable, en especial, del Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura (PIOF) y la evaluación ecológica o ambiental. Asimismo se dispuso trasladar esta Resolución al Cabildo Insular de Fuerteventura a los efectos de tramitación de calificación territorial y de informe de compatibilidad con el Monumento Natural Montaña Cardón.

Por lo que se refiere a este último extremo, por Resolución del Cabildo Insular de 9 de abril de 2010 se informó dicha iniciativa como incompatible con el Espacio Natural.

- Mediante Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto del Rosario, de 13 de febrero de 2013, se condenó a los miembros de la Comisión Municipal de Gobierno por un delito continuado contra la ordenación del territorio por el otorgamiento de nueve licencias de obras en la referida zona de (...), entre ellas la del presente caso.

En el Antecedente de Hecho Segundo de la Sentencia se hace constar lo siguiente:

Dichas parcelas se ubicaban todas ellas dentro de los límites del Espacio Natural Protegido «Monumento Natural de Montaña Cardón», área de sensibilidad ecológica y con afección a Lugar de Interés Cultural coincidente con el meritado Espacio Natural Protegido, en Suelo Rústico de Protección Natural, según el Plan General de Ordenación de Pájara (conforme a la revisión de 1998), con la categoría de Suelo Rústico de Edificación Dispersa según el Plan Insular de Ordenación de Fuerteventura aprobado por Decreto 159/2001, de 23 de julio (publicado en el BOC el 22 de agosto de 2001) y por Decreto 2/2002, de 11 de enero (publicado en el BOC el 16 de enero de 2002).

El 22 de agosto de 2002 -seis días más tarde de las solicitudes presentadas- la Comisión Municipal de Gobierno, integrada por (...) acordó conceder las licencias urbanísticas solicitadas en los expedientes administrativos señalados, permitiendo las edificaciones proyectadas, todo ello con plena conciencia de la ilegalidad del acto y con omisión de los trámites esenciales del procedimiento, a pesar de haber sido advertidos por escrito de la falta del preceptivo y vinculante informe jurídico de los servicios municipales, sin recabar tampoco la imprescindible Declaración de Impacto Ecológico.

Las Normas de Conservación del Monumento Natural de Montaña del Cardón no se aprobaron definitivamente hasta el Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 29 de diciembre de 2004, más de dos años después de la concesión de las licencias, por lo que en el momento de los hechos tampoco podía realizarse en el lugar usos o actividades que implicaran transformación de su destino o naturaleza.

En su Fundamento de Derecho Tercero se considera hecho probado que los acusados concedieron las licencias, «a pesar de que obraba en los distintos administrativos la advertencia por escrito de la Secretaria del Ayuntamiento alertando de la necesidad de recabar informe jurídico, constando también en los expedientes informe del Arquitecto Técnico de dicho Ayuntamiento haciendo constar expresamente que existían discrepancias en cuanto a la calificación del suelo. Tampoco recabaron la necesaria declaración de impacto ecológico, por ser área de sensibilidad ecológica, sin que pudieran tampoco otorgarse dichas licencias al no haber sido aprobadas las Normas de Conservación del meritado Monumento Natural».

En la misma Sentencia se dispuso que, una vez firme, se notificara al Ayuntamiento de Pájara a fin de que procediera a la revocación y anulación de las referidas licencias.

- Con fecha 8 de noviembre de 2013 tiene entrada en el Registro de la Corporación escrito presentado por (...) y (...), en el que exponen que han adquirido la vivienda y solicitan copia de las resoluciones obrantes en el expediente administrativo relativo a la licencia 139/2002 LMU Adjuntan a su escrito copia de la escritura pública de compraventa de fecha 23 de marzo de 2007, en la que se acredita que los citados compradores, así como (...) y (...) son titulares cada uno de ellos de $\frac{1}{4}$ del pleno dominio con carácter privativo de la finca registral constituida por un trozo de terreno de 10.000 m² y la vivienda unifamiliar aislada de 237,97 m² construida sobre éste.

- Finalmente, mediante Oficio de 22 de mayo de 2014 del Juzgado de lo Penal nº 2 se solicita al Ayuntamiento que proceda a realizar las gestiones necesarias para revocar y anular las licencias, al haber adquirido firmeza la Sentencia de 13 de febrero de 2013, que fue confirmada por Sentencia 276/2013, de 17 de diciembre, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial.

2. Como consecuencia del citado oficio del Juzgado de lo Penal y en cumplimiento de la Sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 13 de febrero de 2013, se emite informe jurídico en el que se considera que la licencia es nula de pleno de Derecho por concurrir las causas de nulidad de los apartados d), e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC y se determina el procedimiento a seguir.

Tras este informe, mediante Acuerdo del Pleno municipal adoptado en sesión celebrada el 22 de enero de 2015 se acordó el inicio del procedimiento de revisión de oficio de la licencia 139/2002 LUM, considerándola incurso en las referidas causas de nulidad.

Este procedimiento fue, sin embargo, declarado caducado por Acuerdo del mismo órgano de 16 de marzo de 2017, al haber transcurrido más de tres meses desde su inicio sin que se hubiera dictado la resolución finalizadora del mismo (art. 102.5 LRJAP-PAC).

3. En esta misma fecha se inicia el presente procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad de la referida licencia, basado en las mismas causas.

Este acuerdo fue notificado a la entidad interesada, así como a los anteriores titulares de la licencia y a los compradores de la vivienda. Fue asimismo notificado a

la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural y se procedió a la apertura de un periodo de información pública que fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas nº 49, de 24 de abril de 2017. Durante el periodo concedido no se presentaron alegaciones.

Se ha elaborado, finalmente, Propuesta de Resolución del presente procedimiento, en la que se mantiene la nulidad de la licencia por las ya señaladas causas de los apartados d), e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, ya se ha señalado que la Propuesta de Resolución sostiene que la licencia otorgada es nula de pleno Derecho por concurrir las causas de nulidad de los apartados d), e) y f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, al tratarse de un acto constitutivo de infracción penal, que se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y que a través del mismo se han adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

La Propuesta, sin embargo, no contiene una detallada fundamentación de la concurrencia de tales causas, si bien se acoge a lo señalado en la Sentencia del Juzgado de lo Penal de 13 de febrero de 2013.

No obstante, las señaladas causas de nulidad concurren en este supuesto, como así ha tenido ya ocasión de pronunciarse este Consejo en relación con otras licencias incurtidas en las mismas causas y cuyas revisiones de oficio igualmente se han llevado a cabo en cumplimiento de este pronunciamiento judicial (Dictámenes 435/2014, de 2 de diciembre, 145/2015, de 24 de abril, 202/2015, de 27 de mayo y, recientemente, 157 y 158/2017, ambos de 11 de mayo).

Se basa, en primer lugar, la nulidad del acto en la causa indicada en el art. 62.d) LRJAP-PAC, que considera nulos de pleno derecho los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

Resulta indudable la concurrencia de esta causa de nulidad, que requiere el previo pronunciamiento de la jurisdicción penal acerca de la existencia de un ilícito penal, pues, como señala la STS de 26 de noviembre de 2008, la competencia para calificar delito la actividad de los agentes administrativos corresponde únicamente al juez penal. Por ello, sin una resolución penal previa no es posible que juegue este supuesto de nulidad de los actos administrativos, ya que es innegable, como también

expone la referida sentencia, que la Administración no puede declarar por sí misma que se ha cometido una «infracción penal» de la que derive la aplicación del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 a los efectos de la revisión de oficio. Podrá admitir la solicitud de revisión si, entre otras hipótesis, quien la insta acredita un previo pronunciamiento de la jurisdicción penal a tenor del cual se haya juzgado que el acto administrativo impugnado era delictivo (o que se dictó a consecuencia de un delito).

Esto es lo que precisamente acontece en el presente caso, en el que la existencia de la infracción penal a la que se refiere el precepto ha sido declarada por la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Puerto del Rosario, de 13 de febrero de 2013, que condenó a los integrantes de la Comisión de Gobierno municipal por un delito continuado contra la ordenación del territorio precisamente por haber concedido las licencias urbanísticas a las que se refería el citado pronunciamiento judicial y, entre ellas, las que ahora nos ocupa. La licencia otorgada viene determinada por lo tanto por la comisión de un ilícito penal, por lo que concurre la causa de nulidad establecida en el art. 62.1.d) LRJAP-PAC.

La segunda causa de nulidad que se esgrime es la prevista en el apartado e) del art. 62.1 citado, consistente en que el acto haya sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

La concurrencia de esta causa es apreciable sin mayor esfuerzo interpretativo, pues consta como hecho probado en la Sentencia 13 de febrero de 2013 que se omitieron los trámites esenciales del procedimiento de otorgamiento de la licencia municipal, al no haberse emitido el preceptivo informe jurídico municipal ni la preceptiva Declaración de Impacto Ecológico.

En cuanto al informe jurídico, el art. 166.5 TRLOTENC, impone para el otorgamiento de licencias la emisión de informe jurídico de los servicios municipales, que no fue recabado en el presente caso, a pesar de la advertencia de la Secretaría municipal.

Por otra parte, tampoco se emitieron los preceptivos informes ni declaración de impacto ecológico atendiendo a la categoría de suelo.

Así, la clasificación y categorización del suelo de ubicación de la vivienda en el momento de concesión de la misma, según el PIOF, en vigor desde el 23 de agosto de 2001 y según los planos publicados en el BOC nº 111, de 22 de agosto de 2001, era la de Espacio Natural, incluido en el Monumento Natural del Cardón, siendo además área de sensibilidad ecológica (art. 245 TRLOTENC), sin que estuvieran aprobadas en

aquel momento las Normas de Conservación del Monumento Natural Montaña del Cardón. También los terrenos eran suelo rústico de protección natural conforme al Plan General de Ordenación.

Por todo ello, al encontrarse los terrenos en un área de sensibilidad ecológica, debía obtener con carácter previo a la licencia urbanística, la declaración de impacto ecológico, tras la evaluación básica de impacto Ecológico (arts. 6.1 y 17 de la entonces vigente Ley 11/1990, de 13 de julio, de Prevención de Impacto Ecológico), lo que no se llevó a efecto.

También, al estar los terrenos incluidos en el Monumento Natural, de conformidad con el art. 63.5 TRLOTENC, era necesario el informe de compatibilidad del órgano gestor del mismo, que en aquel momento no estaba constituido al no haberse aprobado aún sus Normas de Conservación, por lo que era necesario el previo informe de la Administración Insular, que tampoco fue recabado.

La omisión de todos estos trámites conlleva que el acto fuera dictado prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido, pues como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el motivo de prescindir absolutamente del procedimiento establecido no hace referencia a todos aquellos actos que sean dictados incurriendo en un vicio procedimental -actos que por regla general serán simplemente anulables- sino solo a aquellos cuya omisión haya tenido lugar con olvido total del procedimiento legalmente establecido. Este olvido total y absoluto del procedimiento establecido tampoco se identifica en todos los casos con la ausencia de todo procedimiento, pues normalmente se produce un cierto *iter* procedimental, por rudimentario que éste sea, en el actuar de los órganos administrativos. La expresión legal hay que referirla pues no sólo al supuesto en que el acto se produce sin la instrucción previa de procedimiento alguno sino también a la omisión de los trámites esenciales, integrantes de un procedimiento determinado, y a aquellos casos en que la Administración ha observado un procedimiento total y absolutamente distinto al concreto establecido en la Ley (SSTS de 21 de marzo de 1988, 29 de junio de 1990, 31 de enero de 1992, 28 de diciembre de 1993, 15 de junio de 1994, 17 de noviembre de 1998, 17 de marzo de 2000, entre otras). Los trámites omitidos en este procedimiento revisten sin duda carácter esencial, dada la categoría de suelo, de especial protección por sus valores naturales, para cuya transformación se otorgó la licencia.

Por último, concurre también la causa de nulidad prevista en el apartado f) del mismo precepto, ya que el interesado por medio de la licencia, que es contraria al ordenamiento jurídico, adquirió derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera, en este caso la habilitación necesaria para la construcción de una vivienda, cuando la normativa de aplicación contenía la prohibición de llevar a cabo usos o actividades en el Espacio Natural que implicaran transformación de su destino o naturaleza (Disposición Transitoria segunda del Decreto 159/2001 de 23 de julio, sobre subsanación de las deficiencias no sustanciales del PIOF).

La Montaña del Cardón fue declarada por la Ley 12/1987, de 19 de junio, de Declaración de Espacios Naturales de Canarias como Paraje Natural de Interés Nacional de Montaña de Cardones y reclasificada por la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias, como Monumento Natural, revistiendo además la consideración de Área de Sensibilidad Ecológica, a efectos de lo prevenido en la legislación de impacto ambiental, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 de esta Ley.

Tratándose de un espacio natural protegido resultaba aplicable entonces lo previsto en la citada Disposición Transitoria segunda del Decreto 159/2001, a cuyo tenor, «con el fin de garantizar el mantenimiento de los usos actualmente existentes en los espacios naturales protegidos, así como las limitaciones respecto a los mismos establecidos en este Plan Insular, en tanto que se produzca la aprobación de los instrumentos de ordenación y gestión a que se refiere la Ley 12/1994 de Espacios Naturales, no podrá realizarse en dichos espacios protegidos usos o actividades que impliquen transformación de su destino o naturaleza o lesionen el valor específico que se pretende proteger. Se exceptúan los usos concretos calificados por el PORN.PIOF como permitidos y compatibles, en los términos definidos en los artículos 100 y 101 de este Plan Insular», sin que esta excepción fuera aplicable en el presente caso.

Por lo tanto, el interesado adquirió un derecho, como acaba de señalarse, sin reunir los requisitos esenciales para ello, pues se le otorgó una licencia para la construcción de una vivienda en un suelo cuyo uso no estaba permitido, en atención precisamente a la conservación del espacio natural.

En definitiva, la licencia 139/2002 L.M.U. otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno con fecha 22 de agosto de 2002 es nula de pleno Derecho por aplicación de las señaladas causas contempladas en el art. 62.1 LRJAP-PAC.

2. De conformidad con lo previsto en el art. 102.4 LRJAP-PAC, las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de un acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los arts. 139.2 y 141.1 de la misma ley.

En el presente caso, la propuesta de Resolución, en su Resuelvo Tercero, indica que no se establecerá indemnización alguna debido a que el daño indemnizable no es efectivo, ni evaluable económicamente, teniendo en cuenta que la declaración de nulidad de la licencia no supone la desaparición inmediata del inmueble, ni su desaprovechamiento, si bien deja a salvo la posibilidad de tramitar, en su caso, un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución por la que se declara la nulidad de la licencia Urbanística 139/2002 LUM, otorgada por la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Pájara en sesión celebrada el 22 de agosto de 2002.