



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 9 / 2 0 1 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de marzo de 2019.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución n.º 1394, de 1 de diciembre de 2015, de la Directora Ejecutiva de la Agencia Canaria de Protección del Medio Urbano y Natural por la que se resuelve el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado a (...) (EXP. 39/2019 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Consejera de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio de la Resolución nº 1394, de 1 de diciembre de 2015, de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural por la que se resuelve el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado a (...), procedimiento que se inicia a instancia de ésta.

2. La preceptividad del dictamen, el carácter obstativo de la declaración de nulidad que se pretende, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera 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. 106.1, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

3. La ordenación de la revisión de oficio de las disposiciones y los actos nulos, que, como se ha dicho, se contiene en el art. 106 LPACAP, procede contra actos nulos

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

que incurran en alguna de las causas de nulidad del art. 47.1 LPACAP y que, además, sean firmes en vía administrativa, firmeza que se acredita en este caso.

4. La tramitación de este procedimiento fue iniciada a instancia de interesada, por lo que el procedimiento no está sometido al plazo de caducidad de seis meses establecido en el art. 106.5 LPACAP.

5. La Agencia Canaria de Protección del Medio Natural es competente para la incoación, tramitación y resolución del presente procedimiento, de acuerdo con lo establecido en los arts. 20 y 352 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias (Ley del Suelo) en concordancia, asimismo, con lo establecido en los arts. 106 y siguientes de la LPACAP.

El ejercicio de dichas competencias corresponde a la Directora Ejecutiva de la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural, de conformidad con lo establecido en el art. 19.3 de los Estatutos de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (según su denominación anterior), aprobados por Decreto 189/2001, de 15 de octubre.

II

Los antecedentes más relevantes, según la documentación obrante en el expediente, son los siguientes:

- El 19 de junio de 2013, (...), actuando en nombre y representación de (...), formula denuncia ante el Ayuntamiento de Buenavista del Norte por infracción urbanística contra (...) por la realización, sin licencia, de las obras objeto del presente expediente en parcela propiedad del denunciante.

En el escrito de denuncia se expone que la denunciada «posee la finca conocida como (...), colindante a la de mi representado, la cual explota como alojamiento rural. El pasado día 17 de junio (...), residente en el domicilio indicado en el encabezamiento sito en la península, recibió una llamada de teléfono de un conocido comunicándole que habían entrado dentro de su propiedad, y que en la misma se estaban realizando obras de reconstrucción y rehabilitación de unas antiguas construcciones existentes en la misma, (...). El día 18 de junio me persono en el lugar y compruebo de forma directa y me es reconocido por la propia denunciada, que se ha apropiado de la propiedad de mi representado, que la está reformando y que las construcciones resultantes las va a dedicar a lo que estime ella pertinente».

- Como consecuencia de aquella denuncia, el 5 de julio de 2013, la Policía Local de Buenavista del Norte se persona en el lugar de las obras y verifica que en ese momento «se están realizando obras». Asimismo, según deja constancia en su

informe el Agente, puesto en contacto telefónico con la interesada «a quien preguntada por la autorización administrativa para realizar dichas obras, manifiesta que solamente estaba procediendo a reparar los daños que habían causado personas ajenas, puesto que además de los daños le habían robado el cable de la instalación eléctrica y que las obras que realizaba consistían en revestir las paredes, la instalación eléctrica y colocar puertas nuevas, puesto que manifiesta que se las quemaron».

- Mediante Resolución de Alcaldía nº 72/13, de 3 de octubre de 2013, el Ayuntamiento acordó la suspensión de las obras, requiriendo a la interesada para que procediera a su legalización, lo que se le notificó el 4 de octubre del mismo año.

- A tal efecto, el 9 de enero de 2014 la interesada solicitó al Ayuntamiento la correspondiente licencia de obra mayor, presentando la documentación técnica necesaria el 22 de abril de 2014.

- El 15 de septiembre de 2014 la Junta de Gobierno Local denegó la legalización de las obras.

- Remitido expediente por el Ayuntamiento a la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN) el 29 de octubre de 2014, el 7 de octubre de 2015 se dicta por la Directora Ejecutiva de la APMUN Resolución nº 1162, por la que se inicia procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, concediendo a (...) trámite de audiencia, a fin de que aportara cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimara convenientes y, en su caso, proponer prueba. Tal resolución le fue notificada el 15 de octubre de 2015, sin que se presentada documento alguno por la interesada.

- El 1 de diciembre de 2015 se dicta Resolución nº 1394, por la Directora Ejecutiva de la APMUN, resolviendo el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, acordándolo mediante la reposición de las cosas al estado anterior a la comisión de las actuaciones consistentes en «reconstrucción y rehabilitación de unas construcciones antiguas» en el lugar conocido como «(...) s/n» del término municipal de Buenavista del Norte, en suelo clasificado y categorizado en el momento de la denuncia como Suelo Rústico de Protección Agraria, sin contar con la preceptiva cobertura legal de conformidad con lo dispuesto en el entonces vigente Texto Refundido de Las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo (TRLOTCENC). Ello es notificado a la interesada el 7 de diciembre de 2015.

III

En relación con la tramitación del procedimiento de revisión de oficio, ésta ha sido conforme a la normativa aplicable, constando los siguientes actos:

- El 29 de enero de 2016, (...) presentó solicitud de revisión de oficio frente a la Resolución nº 1394, de 1 de diciembre de 2015, de la Directora Ejecutiva de la APMUN, con fundamento en la concurrencia de la causa de nulidad del art. 62.1.c) LRJAP-PAC.

- Mediante Resolución nº 600, de 6 de septiembre de 2018, de la Directora Ejecutiva de la APMUN se acordó el inicio de un procedimiento de revisión de oficio, lo que se notifica a la interesada, concediéndosele trámite de audiencia, el 21 de septiembre de 2018.

- El 5 de octubre de 2018, (...), en representación de (...), presenta escrito de alegaciones.

- Elaborada Propuesta de Resolución, ésta se remite a la Viceconsejería de los Servicios Jurídicos, que emite informe el 12 de noviembre de 2018, con carácter favorable, sin perjuicio de determinadas observaciones que son corregidas en Propuesta de Resolución de 8 de enero de 2019, que se remite a este Consejo Consultivo.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución viene a desestimar la solicitud de la interesada al entender que no concurre la causa de nulidad esgrimida por aquélla.

Así fundamenta la Propuesta de Resolución tal desestimación:

«Para un adecuado enfoque de la cuestión planteada debe partirse de que el procedimiento del que trae causa el recurso es un procedimiento de naturaleza restauradora, que tiene por finalidad esencial la restauración del ordenamiento urbanístico conculcado, en cuanto, de hecho, la interesada lo ha perturbado al prescindir de la previa obtención de cobertura legal, adecuada y suficiente para la realización de las obras.

Las acciones de protección de la legalidad se constituyen a modo de obligaciones "propter rem", que han de ser cumplidas por aquel que tiene la titularidad efectiva del inmueble. La acción ha de entenderse con el propietario o poseedor actual, por cuanto solo él tiene la posibilidad de proceder a la restauración del orden urbanístico infringido.

Establece el artículo 432 del Código Civil que: “La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona”.

En el presente caso, si bien es cierto, que de la documentación obrante en el expediente se desprende que (...) era el propietario de la finca, ni ejecutó ni consintió los actos constructivos, estando suficientemente acreditado que la recurrente llevó a cabo los mismos como poseedora de las obras.

Y es por ello que esta Administración, al entender que la posesión la ostenta la interesada, le ordenó a ella el restablecimiento de lo ilegalmente ejecutado. No parece razonable ordenar el restablecimiento a quién ha sido desposeído de su propiedad, quién, precisamente, ha puesto en conocimiento de la Administración la ejecución de obras ilegales».

2. Efectivamente, entendemos, con la Propuesta de Resolución, que no concurre la causa de nulidad alegada por la solicitante de la revisión de oficio.

Alega la interesada, por un lado, la ausencia de obras susceptibles de demolición («no se edificó absolutamente nada») en una construcción del denunciante existente «hace más de veinte años», habiéndose realizado las obras, por otro lado, en propiedad ajena. Así afirma en su escrito de alegaciones: «Escapa a toda lógica que mi mandante tal y como ordena la Resolución tenga que presentar un proyecto de demolición de una propiedad ajena, resultando una injerencia al derecho de propiedad». A lo que añade posteriormente: «Entendemos que la Resolución se tendría que referir a la reposición a su estado originario, esto es, tal y como se encontraba la construcción antes de la intervención de (...), dejar la pintura que ya tenía sus muros, con las ventanas y puertas rotas, y con la instalación eléctrica arrancada. Por otro lado, una vez cumplido con los términos que solicitaba el denunciante, esto es paralización y suspensión de la obra desde el momento en que se apercibió por la Administración, la medida de restablecimiento del orden jurídico perturbado la tendrá que imponer la Administración pero desde luego de ningún modo puede ser la propuesta».

Pues bien, ante todo ha de decirse que tales argumentaciones de la interesada pudieron y debieron haber sido formuladas en su momento en vía de recurso, pues resultan impertinentes para fundar la solicitud de nulidad. (...) en ningún momento recurrió ninguno de los actos que han dado origen a la resolución cuya nulidad insta, aludiendo a las causas ahora alegadas ni a ninguna otra. Ni antes del inicio del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística, cuando por parte del

Ayuntamiento es instada a legalizar las obras, momento en el que incluso solicita licencia de obras para realizar obras en la propiedad del denunciante, lo que le es denegado; ni en el procedimiento iniciado por la APMUN, que incluye tanto el acto de iniciación del procedimiento como su resolución final. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, y nuestra propia doctrina, vienen manteniendo como consolidada posición en la materia el carácter extraordinario de la revisión de oficio, que en ningún caso puede constituirse en un segundo plazo de recurso cuando no se utilizaron los que oportunamente ofrecía la legislación.

Entrando ahora en el análisis de la concurrencia de la causa de la revisión de oficio que se alega por la interesada, ha de señalarse que funda la misma en la de la letra c) del art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), Ley aplicable al haberse dictado el acto cuya nulidad se pretende durante la vigencia de aquella Ley, en virtud del principio *tempus regit actum*.

(...) alega el imposible cumplimiento de la Resolución cuya nulidad se insta, tanto por una cuestión material, que es, según ella, la imposibilidad de ejecutar la orden de restablecimiento en sus términos por el tipo de obra de que se trata, como por una cuestión jurídica, cual es la ausencia de titularidad sobre el bien.

Alega, en primer, lugar la solicitante de la revisión que no puede instarse a la reposición voluntaria del orden jurídico perturbado a quien no es titular del bien en cuestión. Tal afirmación carece de fundamento. El art. 182.1 del TRLOTCEC reconoce que la obligación de reponer a su estado anterior corresponde «a los responsables de la alteración de la realidad física» [en el mismo sentido los artículos 183 y 189. a) 1 del citado Texto Refundido]; al titular del bien inmueble sobre el que se desarrollaron las actuaciones ilegales sólo se le considerará responsable «cuando haya tenido conocimiento de las obras, instalaciones, construcciones, actividades o usos infractores» (art. 189.2 del TRLOTCEC). (...) es responsable, por ser la que efectivamente realizó las actuaciones consideradas ilícitas, lo que además ha reconocido expresamente al firmar como promotora de las mismas; y resulta correcto que se le obligue a la reposición voluntaria, no constituyendo inconveniente la falta de titularidad, que resultaría superable solicitando y obteniendo permiso del propietario para realizar las obras de reposición. En todo caso, y es lo que aquí más importa, el riesgo y la incertidumbre de la ulterior denegación o no otorgamiento de tal permiso no supone calificar la resolución administrativa como de contenido imposible, pues cabe la posibilidad de obtenerlo; y de no autorizarse las obras de

reposición por el dueño del inmueble, inconveniente sobrevenido, y sin perjuicio de su ejecución forzosa y de las consecuencias sancionadoras que procedan contra la responsable de las actuaciones, ello no puede proyectarse retroactivamente para generar la nulidad de aquélla.

En cualquier caso, respecto de la objeción jurídica planteada, como ha señalado este Consejo Consultivo en otras ocasiones (v.g. DCC 171/2013), la causa de nulidad del art. 61.1.c) LRJAP-PAC, vigente 47.1.c) LPACAP, sólo puede referirse al contenido imposible desde el punto de vista material, no legal. Así, «respecto a esta causa de nulidad ha de recordarse que la jurisprudencia ha venido a delimitarla entendiendo por acto de contenido imposible aquél en el que concurre una imposibilidad física o material, pero no imposibilidad legal, ya que una imposibilidad de carácter jurídico es simplemente ilegalidad del acto.

Esta imposibilidad de producir efectos sobre la realidad es la que lleva a considerar también como actos de contenido imposible aquellos que presentan una contradicción lógica interna tal que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro de sus elementos, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea. Esta imposibilidad de producir efectos porque el contenido contradictorio del acto obliga a que aquellos se aniquilen recíprocamente, determina que se le considere un acto de contenido imposible».

Por ello, la falta de legitimación de la interesada, por no ser titular de derechos sobre el bien en el que se desarrollaron las actuaciones ilegales, no es una cuestión que pueda calificar la resolución cuya nulidad nos ocupa como acto de contenido imposible, para constituir la en causa de la misma.

Por otra parte, respecto del elemento material invocado por la interesada, consistente en que «la medida de restablecimiento de orden jurídico perturbado (...) desde luego de ningún modo puede ser la propuesta», no es sino una controversia relativa a la naturaleza y alcance de las obras y modo en el que pueden ser “demolidas” o devuelta la cosa a su estado original, que excede del objeto de la revisión de oficio, al no encajar en el concepto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Consejo viene entendiendo como acto de contenido imposible. Por ello, tampoco puede oponerse esta cuestión como causa de nulidad de la Resolución que se revisa.

3. De todo lo expuesto cabe concluir que la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho, en cuanto no procede la revisión de oficio de la Resolución nº

1394, de 1 de diciembre de 2015, de la Directora Ejecutiva de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural por la que se resuelve el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado impuesto a (...). Por lo demás, la PR habrá de reforzar su contenido argumental, en los términos de este Dictamen, para considerar inaplicable la causa de nulidad alegada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho, sin perjuicio de proceder el reforzamiento de su argumentación conforme a lo señalado en el Fundamento IV.2 del presente Dictamen.