



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 8 1 / 2 0 2 0

(Pleno)

La Laguna, a 2 de junio de 2020.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Tuineje en relación con el *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio de la licencia de primera ocupación otorgada por Decreto 1727/2011, de 4 de octubre, por el que se estima parcialmente el recurso de reposición formulado por la entidad mercantil (...) contra la denegación de la licencia de primera ocupación contenida en el Decreto 1295/2011, de 12 de julio de 2011 (EXP. 8/2020 RO)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El presente dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución (PR) de un procedimiento administrativo de revisión de oficio cuya finalidad es la declaración de nulidad del Decreto n.º 1727/2011, de 4 de octubre, por el que se estima parcialmente el recurso de reposición formulado por la entidad mercantil (...) -actualmente, (...)- (y, por tanto, se concede «*la licencia de primera ocupación solicitada por (...) para naves industriales situadas en la Urbanización (...)*») contra la denegación de la licencia de primera ocupación contenida en el Decreto 1295/2011, de 12 de julio de 2011.

2. A la tramitación del presente procedimiento consultivo le resultó de aplicación el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado Real Decreto se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la tramitación y aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo.

\* Ponente: Sr. Suay Rincón.

\* Voto Particular: Sr. Fajardo Spínola.

\* Voto Particular: Sra. Marrero Sánchez.

No obstante, mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha procedido al levantamiento de la suspensión declarada por el Real Decreto 463/2020, a cuyo efecto su art. 9 dispone que *«con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas»*.

3. La legitimación del Alcalde para solicitar el dictamen, la competencia de este Consejo para emitirlo y su preceptividad, 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 adelante, LCCC), en relación con el art. 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y el art. 106.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP). Norma esta última que resulta de aplicación al amparo de lo previsto en la Disposición Transitoria tercera, letra b), de tal Ley: *«los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley, se sustanciarán por las normas establecidas en ésta»*.

4. Al hilo de lo expuesto en el apartado anterior, procede abordar la cuestión relativa al Derecho procedimental aplicable, así como a la regulación sustantiva de las causas de nulidad.

4.1. Respecto al Derecho procedimental, y según se ha apuntado anteriormente, resultan de aplicación las previsiones normativas que, sobre tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, se contienen en la LPACAP (art. 106). Y todo ello al amparo de lo establecido en la ya mencionada Disposición Transitoria tercera, letra b), del referido texto legal.

En el presente supuesto, el procedimiento de revisión de oficio se incoó mediante Resolución del Alcalde n.º 1402/2019, de 27 de septiembre; por lo que resulta de plena aplicación lo afirmado por este Consejo Consultivo en el dictamen n.º 317/2017, de 20 de septiembre, al señalar que *«la legislación procedimental aplicable es la contenida en la citada LPACAP, porque el presente procedimiento se inició después de su entrada en vigor»* (apartado tercero del Fundamento I).

4.2. En lo que se refiere a la normativa aplicable a las causas de nulidad, se ha de traer a colación lo ya manifestado por este Organismo consultivo en diversos

Dictámenes, al indicar que la determinación de las causas de nulidad debe hacerse con arreglo a la Ley vigente cuando se dictó el acto cuya revisión de oficio se pretende. Así, resulta especialmente ilustrativo lo expuesto, entre otros, en el dictamen n.º 156/2017, de 11 de mayo; en cuyo Fundamento III, apartado primero, se expone lo siguiente:

*«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 (la) 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».*

Partiendo de lo señalado anteriormente, y teniendo en cuenta la fecha en que fue dictado el acto administrativo -2011- cuya revisión de oficio ahora se pretende -2019-, se ha de concluir que las causas de nulidad a las que se debe atender en nuestro análisis jurídico son las previstas en el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos; permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar 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. 47.1 LPACAP.

En el supuesto analizado, el procedimiento se inició de oficio, mediante Decreto de Alcaldía n.º 1402/2019, de 27 de septiembre, por el que se acordaba incoar *«(...) expediente para la revocación y anulación de la Licencia 2010-000855, otorgada mediante Decreto 1727/2011 de 4 de octubre, de 1ª Ocupación de naves en (...) del Plan Parcial (...), a nombre de la empresa (...)»*. Y todo ello como consecuencia del exhorto librado por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario con fecha 24

de mayo de 2019 (Ejecutoria penal n.º 261/2019 derivada del procedimiento abreviado n.º 303/2016) y en virtud del cual se requería, a través del Juzgado de Paz y mediante el correspondiente exhorto, al Ayuntamiento de Tuineje para que procediera a la *«(...) revocación y anulación de la licencia otorgada mediante decreto 1727/2011, de 4 de octubre de 2011, junto con la anulación o revocación de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada licencia urbanística»*.

Por otro lado, consta acreditada la firmeza en vía administrativa de la resolución cuya nulidad se pretende. Circunstancia, además, que no es negada por la propia Administración.

Finalmente, la revisión instada se fundamenta en la causa prevista en el art. 47.1, apartado d) LPACAP («Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta») -Fundamento de Derecho segundo de la propuesta de resolución-. No obstante, y de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, la causa de nulidad a la que se debe atender en nuestro análisis jurídico es la prevista en el art. 62.1, letra d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; cuyo tenor literal es coincidente con el actual art. 47.1, d) LPACAP.

6. La competencia para resolver el presente procedimiento de revisión de oficio le corresponde al Alcalde, de conformidad con lo establecido en el art. 31.1, letra o), de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de Municipios de Canarias y los arts. 4.1, letra g) y 21.1, letra k), y 124.4, letra m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

7. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de revisión de oficio no está caducado. Respecto a esta cuestión, el art. 106.5 LPACAP prevé que *«cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo»*.

En el supuesto analizado, el procedimiento de revisión se incoó de oficio el día 27 de septiembre de 2019. No obstante, debido a la suspensión de los plazos de caducidad efectuada por la disposición adicional cuarta del ya citado Real Decreto 463/2020 (al que ya se hizo referencia en el apartado 2 de este Fundamento), no se ha superado el plazo legal de los seis meses establecido en dicho art. 106.5 LPACAP.

Por lo demás, y respecto a lo establecido en el apartado quinto de la PR [por el que se suspende «(...) el plazo máximo legal para resolver el procedimiento por un periodo máximo de tres meses, salvo que con anterioridad se recibiese el informe, en cuyo caso se reanudará el cómputo»], se ha de recordar lo señalado por este Consejo Consultivo en su dictamen n.º 168/2019, de 9 de mayo:

*«3. Sobre la suspensión de los procedimientos de revisión de oficio y de los efectos que esta suspensión tiene sobre el plazo de caducidad de los procedimientos revisores nos hemos manifestado en reiteradas ocasiones, en el sentido de que estos plazos de caducidad no son, con carácter general, susceptibles de suspensión. Así, en el Dictamen 583/2018, de 20 de diciembre señalábamos lo siguiente:*

*“En este sentido ha tenido ocasión de pronunciarse este Consejo Consultivo. Señalamos, por todos, el Dictamen 314/2018 con cita de otros muchos: `Además, en lo que se refiere a la suspensión del plazo para resolver el procedimiento hasta que se emita el dictamen del Consejo Consultivo, este Organismo ha manifestado, entre otros, en su Dictamen 410/2017, de 7 de noviembre, y 256/2018, de 1 de junio, lo siguiente: (...) en relación con el plazo de resolución de los procedimientos, es reiterada la doctrina de este Organismo que, al tratarse de un plazo de caducidad, no cabe su suspensión, tal y como se ha ratificado recientemente -tras la entrada en vigor de la LPACAP, que modificó el plazo de caducidad en otros procedimientos- por acuerdo del Pleno de este Consejo Consultivo en sesión celebrada el 30 de octubre de 2017. Por ello, el transcurso del plazo legalmente establecido producirá el señalado efecto, con la consiguiente necesidad de proceder a la declaración de caducidad y la adopción, en su caso, de un nuevo acuerdo de inicio del procedimiento revisor. Solo cabe suspender o ampliar el plazo para resolver por causas tasadas que, además, han de interpretarse restrictivamente en su aplicación, sin poderse interferir u obviar el control jurisdiccional (...)´”.*

*Como hemos dicho en anteriores ocasiones, la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio se fundamenta en la seguridad jurídica y en favor de los interesados, frente a las dilaciones indebidas en que pudiera incurrir la Administración en la tramitación de tal procedimiento. Repárese que en la anterior LRJAP-PAC (art. 102.5), el plazo de caducidad de estos procedimientos era de tres meses, mientras que en la actual LPACAP este plazo se ha ampliado hasta los seis meses (art. 106.5), lo cual reafirma el criterio de este Consejo de que tal plazo no*

*puede ampliarse utilizando el mecanismo de la suspensión del plazo para resolver porque el plazo de caducidad opera por sí mismo ope legis.*

*En este sentido nos hemos manifestado, entre otros muchos, en nuestro Dictamen 435/2015, de 26 de noviembre, al señalar lo siguiente:*

*“2. De las actuaciones resulta que la incoación tuvo lugar el 18 de agosto de 2015, sin que a estos efectos sea relevante que el Consejo estuviera de vacaciones durante dicho mes, pues la Administración solicitante podía haber actuado e instruido lo pertinente con la debida diligencia. La caducidad del procedimiento tuvo lugar pues el 18 de noviembre de 2015, por lo que el presente dictamen -cuya solicitud tuvo entrada el 28 de octubre y su admisión por el Pleno el 6 de noviembre de 2015- no puede tener por objeto más que la declaración de la misma.*

*Efectivamente, a la fecha actual han transcurrido más de tres meses desde que se inició de oficio el presente procedimiento, por lo que este Dictamen no puede abordar el fondo del asunto. El art. 102.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) dispone que cuando el procedimiento de revisión se hubiera iniciado de oficio el transcurso del plazo de tres meses después de su inicio sin dictarse la resolución producirá la caducidad del mismo, en cuyo caso la resolución a dictar, según el art. 44.2 LRJAP-PAC en relación con el art. 42.1 de la misma, solo puede declarar esa caducidad y ordenar el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la posibilidad de que la Administración pueda volver a incoar un nuevo procedimiento de revisión de oficio del acto presunto que considera incurso en causa de nulidad (DDCC 24/2014 y 25/2014).*

*Es doctrina constante de este Consejo `que no puede evitarse el efecto ope legis del transcurso del plazo de referencia con un acuerdo de suspensión o ampliación del mismo ni, indirectamente, suspendiéndose o ampliándose el plazo de resolución y notificación vía art. 42.5.c) y 6 LRJAP-PAC, respectivamente, lo que, en cualquier caso, no se ha acordado en el presente procedimiento´ (DDCC 217/2009, 236/2009, 307/2009 y 205/2010).*

*En los citados dictámenes ha señalado este Consejo que `el art. 102.5 LRJAP-PAC no prevé que se pueda ampliar el plazo de caducidad allí establecido, ni contempla la posibilidad de que pueda hacerse por la vía de la ampliación del plazo para resolver y notificar, como excepción, alterándose la aplicación del precepto y aun la lectura de su tenor literal. En consecuencia, lo relevante para que se produzca*

*caducidad del procedimiento es el transcurso de tres meses desde su inicio, sin más, no cabiendo su suspensión, ni la conversión de ese período de tiempo en otro “».*

Esta doctrina resulta de aplicación al supuesto que ahora nos ocupa.

## II

Los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

1. Mediante Decreto de Alcaldía n.º 1727/2011 se resuelve el recurso de reposición planteado por la empresa (...) contra la denegación de la licencia de primera ocupación para naves industriales situadas en la urbanización (...), (...), (...); estimándose el mismo y, por tanto, concediéndose la referida licencia de primera ocupación que el Decreto n.º 1295/2011, de 12 de julio de 2011, había denegado.

2. Con fecha 30 de noviembre de 2017 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario (procedimiento abreviado n.º 303/2016), en cuya virtud se condena a (...) por un delito de prevaricación urbanística, al haber dictado -en su calidad de Alcalde- la licencia de primera ocupación anteriormente señalada.

3. Mediante resolución judicial de 25 de marzo de 2019 emitida por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas se resuelve el recurso de apelación (n.º de rollo 358/2018) interpuesto contra la sentencia de 30 de noviembre de 2017, ratificando íntegramente el contenido de ésta y, en consecuencia, adquiriendo plena firmeza.

4. Con fecha 5 de junio de 2019 se remite al Ayuntamiento de Tuineje exhorto del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario (ejecutoria penal n.º 261/2019) requiriendo a aquél *«a fin de que proceda a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante decreto 1727/2011, de 4 de octubre de 2011, junto con la anulación o revocación de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada licencia urbanística».*

5. Mediante informe jurídico del Secretario General de la Corporación Municipal, de 16 de julio de 2019, se propone a la Alcaldía *«(...) que acuerde la incoación del procedimiento para la revisión de oficio de la resolución 1727/2011, de 4 de octubre (...)».*

### III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo de revisión de oficio, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. El presente procedimiento administrativo de revisión de oficio (expediente n.º 2019/1519) se incoa (previo requerimiento judicial -vía exhorto- como ya se ha señalado anteriormente) mediante Decreto de Alcaldía n.º 1402/2019, de 27 de septiembre con el objeto de anular la licencia de primera ocupación otorgada por Decreto n.º 1727/2011, de 4 de octubre.

Asimismo, en virtud de dicha resolución administrativa se acuerda notificar la incoación del citado procedimiento administrativo de revisión de oficio a los interesados para que, en el plazo de diez días, puedan formular alegaciones.

Dicha resolución administrativa de 27 de septiembre de 2019 consta debidamente notificada a los interesados.

2. Con fecha 17, 18 y 31 de octubre de 2019 los interesados ((...), (...)) -entidad mercantil que sucede en derechos y obligaciones a (...), titular de la licencia de primera ocupación- y (...), respectivamente) formulan alegaciones.

3. Con fecha 8 de enero de 2020 se emite PR por la que se desestiman las alegaciones formuladas por los interesados y, en consecuencia se plantea acordar «*la nulidad de pleno derecho de la resolución contenida en el Decreto 1727/2011, de 4 de octubre de 2011, por la que se estima parcialmente el recurso de reposición formulado por el interesado (...) contra la denegación de la licencia de primera ocupación contenida en el Decreto 1295/2011, de 12 de julio de 2011*» (apartados primer y segundo de la parte dispositiva).

4. Mediante oficio de 13 de enero de 2020 -con registro de entrada en este Organismo consultivo en idéntica fecha- se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias (art. 106.1 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.b) y 12.3 LCCC). No obstante, al no haber acuerdo unánime en la Sección, el plazo de emisión de este Dictamen fue ampliado por acuerdo del Pleno de este Organismo de fecha 18 de febrero de 2020, elevándose además el asunto al Pleno, donde no obtuvo la mayoría legalmente requerida en su reunión celebrada el siguiente 12 de marzo. Y fue en el trance indicado cuando advino la suspensión del procedimiento a que se ha hecho referencia en el Fundamento I.2 de este Dictamen.



## IV

1. La PR sometida a dictamen de este Consejo Consultivo acuerda *«declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución contenida en el Decreto 1727/2011, de 4 de octubre de 2011, por la que se estima parcialmente el recurso de reposición formulado por el interesado (...) contra la denegación de la licencia de primera ocupación contenida en el Decreto 1295/2011, de 12 de julio de 2011»* (apartados primero y segundo de la parte dispositiva).

La PR se emite en el seno del procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Tuineje a raíz del exhorto judicial remitido con fecha 5 de junio de 2019 por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario (ejecutoria penal n.º 261/2019) requiriendo al Juzgado de Paz de Tuineje para que *«notifique personalmente al Ayuntamiento»* la sentencia y le requiera *«a fin de que proceda a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante decreto 1727/2011, de 4 de octubre de 2011, junto con la anulación o revocación de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada licencia urbanística»*.

Tal requerimiento judicial, a su vez, trae causa de la Sentencia firme - confirmada por resolución judicial de 25 de marzo de 2019 emitida por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas (recurso de apelación con n.º de rollo 358/2018)- dictada con fecha 30 de noviembre de 2017 por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario [procedimiento abreviado n.º 303/2016], y en cuya virtud se condenó a (...) por un delito de prevaricación urbanística, al haber dictado, en su calidad de Alcalde, la licencia de primera ocupación anteriormente señalada (otorgada mediante Decreto de Alcaldía n.º 1727/2011, por el que se estimó el recurso de reposición planteado por la empresa (...) contra la denegación de la licencia de primera ocupación -a través de Decreto de la Concejal delegada n.º 1295/2011, de 12 de julio- para naves industriales situadas en la urbanización (...), (...), (...)].

2. Pues bien, dicha Sentencia penal condena a (...) como autor de un delito de prevaricación urbanística contemplado en el art. 320.2 del Código penal; y lo hace en los siguientes términos:

*«A la vista de lo expuesto, de lo actuado ha quedado probado que el acusado, en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Tuineje, avocándose las competencias del concejal de urbanismo, por decreto 1727/2011 de fecha 4 de octubre de 2011,*

*estimó el recurso de reposición interpuesto por (...) contra el Decreto de la Concejal Delegada de (...) de fecha 13 de julio de 2011 y pese a no concurrir causa de nulidad o anulabilidad de la resolución recurrida concedió licencia de primera ocupación solicitada, con pleno conocimiento de que la obra ejecutada no se correspondía con la autorizada por la licencia municipal 3.463/2007, que las obras de urbanización no habían sido recepcionadas por el Ayuntamiento de Tuineje y que no se cumplían las normas de retranqueo a linderos, y sobre todo en contra de lo informado por los técnicos de la corporación local y desoyendo la motivación y las razones expuestas por los servicios jurídicos de la corporación local.*

*(...)*

*La injusticia se anuda no tanto ya a la improcedencia de la licencia, sino que ésta se ha dado prescindiendo de toda la tramitación prevista y que opera a modo de control tanto jurídico como urbanístico. Una cosa es que un responsable público atienda los asuntos que como tal tenga que resolver con celeridad y preocupación en el ciudadano y en evitarle algún perjuicio propio de la burocracia, y otra que actúe pasando por alto las exigencias que toda actuación pública ha de guardar en aras a la obligada transparencia y legalidad de su actuación. En la presente causa, el acusado dictó el Decreto 1727/2011 que suponía una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afectaba a los derechos de los administrados, autorizando la licencia de primera ocupación de 16 naves industriales en (...) sin ser conforme la obra ejecutada con el planeamiento vigente, prescindiendo del criterio en contra de los informes técnicos y jurídico realizados por los servicios municipales. La resolución era por lo tanto manifiestamente injusta y se había dictado "a sabiendas" no obstante el contenido de dichos informes municipales que se oponían a la concesión de la licencia, por tanto, con conciencia y voluntad del acto realizado, sin que concurriera causa alguna de nulidad o anulabilidad del acto recurrido.*

*Dicha conducta supone por ello y conforme la doctrina antes expuesta un delito de prevaricación urbanística (...) lo que justifica la calificación de los hechos como constitutivo de un delito del art. 320.2º del Código Penal y la condena del acusado como autor del mismo».*

*Dicho lo anterior, cabe destacar que la Sentencia, tras imponer la correspondiente pena al autor del delito, «ordena notificar la Sentencia al Ayuntamiento de Tuineje a fin de proceder a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante decreto 1.727/2011, de 4 de octubre de 2011».*

De esta manera, y desestimando la petición formulada por el Ministerio Fiscal [que elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, «(...) solicitando (...) que se decrete la nulidad de la licencia otorgada mediante decreto 1.727/2011, de 4 de octubre de 2011» -Antecedente de Hecho segundo-], el Juzgado de lo Penal no anula directamente en sentencia el acto constitutivo de delito sino que remite a la vía administrativa para que sea la propia Administración municipal la que declare la nulidad de la licencia otorgada. En el mismo sentido se pronuncia el informe jurídico del Secretario General de la Corporación Municipal, de 16 de julio de 2019, en el que se señala lo siguiente: «*El deber del Ayuntamiento de proceder a la revisión de oficio es imperioso (...) por el propio requerimiento de la (...) Administración de Justicia (...). Dado que en el presente caso se ha apreciado por parte de un órgano jurisdiccional la existencia de un delito de prevaricación urbanística prevista en el artículo 320 del Código penal en la resolución de referencia, dictada el 4 de octubre de 2011, Decreto 1727/2011 (...) no caben mayores dudas sobre la procedencia para la revisión de oficio de la presente licencia, debiendo acordarse lo antes posible por el Ayuntamiento*» (apartado cuarto).

3. En buena lógica, el pronunciamiento judicial expuesto permite dos interpretaciones con carácter general: el Ayuntamiento ha de tramitar el procedimiento de revisión de oficio y resolverlo declarando la nulidad, o bien el ente local cumple el mandato judicial limitándose a tramitar la revisión, pues no puede ser obligado a resolver sólo en sentido anulatorio, indeclinablemente, siempre y en todo caso. Este Consejo estima que la última es la interpretación correcta.

Efectivamente, si el Juez penal no retuvo para sí resolver sobre la nulidad de la licencia, sino que encomendó a la autoridad administrativa que se pronunciase al respecto, tal remisión no puede entenderse limitada sólo a que declare la nulidad, pues si la decisión ya estuviera predeterminada por el Juez él mismo hubiera resuelto en tal sentido en la Sentencia. Si la resolución judicial encomendó al Ayuntamiento que se pronunciara al respecto era para que previa la instrucción del procedimiento revisor acordara lo resultante de tal procedimiento. Además, la Ley (art. 106.1 LPACAP) no faculta a la Administración a declarar sin más la nulidad, sino que sólo puede hacerlo previo dictamen favorable del Consejo de Estado o Consejo Consultivo correspondiente. La resolución judicial, que debe adecuarse a Derecho, no puede obviar este requisito legal, por lo que sólo puede obligar al Ayuntamiento a aquello que según la Ley puede hacer, iniciar la tramitación de la revisión de oficio. Pero no puede ir más allá, no puede declarar la nulidad sin el dictamen favorable del Consejo

Consultivo (a quien le incumbe emitir el juicio correspondiente, y sin que su intervención pueda convertirse en un mero formalismo desprovisto de todo contenido), ni tampoco por ello puede ser judicialmente obligado a acordar indefectiblemente dicha nulidad, de modo acrítico y prácticamente mecánico (sin apreciar, por ejemplo, si pudieran concurrir los límites legalmente previstos también para el ejercicio de la potestad de revisión de oficio).

4. Tramitado por el Ayuntamiento de Tuineje el procedimiento de revisión de oficio, en cumplimiento de la indicada Sentencia penal, procede que este Consejo analice si concurre la alegada causa de nulidad.

Centrando así la controversia en torno a la normativa que resulta de aplicación al caso, en virtud de lo dispuesto por el art. 62.1, letra d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de idéntico contenido: *«los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta»*.

Respecto a dicha causa de nulidad, y como ha tenido ocasión de señalar de forma reiterada la jurisprudencia, *«(...) para que concurra tal supuesto de nulidad absoluta o de pleno derecho es preciso, conforme a dicho precepto que los actos administrativos “sean constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de estos”, y para ello es preciso que la infracción penal sea declarada por el órgano competente, que no es otro que el de la jurisdicción penal. Es decir, se precisa previamente, un pronunciamiento de los tribunales penales, en el que mediante sentencia y tras el correspondiente procedimiento, se declare la comisión de delito o falta, porque sin una sentencia penal, no puede jugar este supuesto de nulidad de los actos administrativos»* (sentencia de 26 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo -Sección primera- de la Audiencia Nacional, rec. 1274/2000).

En otras palabras, para poder apreciar esta causa de nulidad es requisito imprescindible que la Jurisdicción competente haya declarado ilícito penal la conducta generadora del mismo acto administrativo, o que ha jugado un papel imprescindible para la adopción del acto. Este pronunciamiento sólo lo puede emitir la jurisdicción penal y no está al alcance de otros órganos jurisdiccionales y menos todavía de la Administración.

Pues bien, en el caso analizado no se puede albergar duda alguna respecto a la concurrencia de la causa de nulidad recogida en el art. 62.1, letra d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En este sentido, existe un previo pronunciamiento

judicial mediante Sentencia condenatoria y firme (Sentencia de 30 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario, Fundamento de Derecho tercero) en la que se declara la naturaleza delictiva -prevaricación urbanística ex art. 320.2 del Código Penal- de la conducta del Alcalde del municipio de Tuineje, como *«autoridad o funcionario público que por sí mismo (...) haya resuelto o votado a favor de la (...) concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior (contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes), a sabiendas de su injusticia»*.

En consecuencia, concurre causa legal habilitante -debidamente justificada en el expediente- para la revisión de oficio del acto administrativo en cuestión (Decreto de Alcaldía n.º 1727/2011, de 4 de octubre, por el que se concede licencia de primera ocupación).

## V

1. Ahora bien, que un acto incurra en causa de nulidad no significa que automáticamente desaparezca del ordenamiento, sino que debe ser objeto de una declaración formal y expresa.

El acto debe expulsarse del ordenamiento, lo que, en principio -al margen de los poderes anulatorios de que el propio juez penal pueda disponer *«ex se»* (algunas resoluciones así lo avalan, como las STS de 18 de enero de 1994 RC 2459/1992 y la 531/2013, de 5 de junio, ambas de la Sala Segunda) y de la controversia sobre sus eventuales límites (por todas, Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 277/2018, de 8 de junio, de 2018, FJ 15º)- cumple a la Administración realizar a través del procedimiento de la revisión de oficio precisamente habilitado por el legislador al efecto (LPACAP: arts. 106 y siguientes).

También el propio particular interesado podría eventualmente promover un recurso administrativo extraordinario de revisión encaminado al mismo fin, si el delito cometido es uno de los que habilita para la interposición de dicho recurso, de acuerdo con lo establecido por el art. 125.1 d) LPACAP; pero no se trata de éste el caso aquí.

2. Circunscribiéndonos, entonces, al ámbito del antedicho procedimiento de revisión de oficio en que estamos insertos, una vez acordada la iniciación de dicho procedimiento, distinta cuestión es que proceda siempre y en todo caso, una vez verificada la concurrencia de una causa de nulidad, la revisión de oficio del acto

nulo, porque el ordenamiento administrativo establece también unos límites al ejercicio de dicha potestad. Según el art. 110 LPACAP exige que *«las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes»*.

En el expediente tramitado se ha planteado la posible aplicación de los límites a la revisión de oficio establecidas en el art. 110 LPACAP.

Concretamente, han sido las entidades concernidas por el presente procedimiento de revisión, en sus distintas alegaciones al expediente, las que han planteado esta cuestión, y se refieren a ella además por extenso en sus respectivos escritos (págs. 415 y siguientes; Fundamento III. 2 de este Dictamen).

Así que, en lógica correspondencia, la PR también se ocupa de dar cumplida respuesta a dicha cuestión.

No podía ser de otra manera, desde luego, porque está obligada a pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados (art. 88.1 LPACAP), a fin de no incurrir en un vicio de incongruencia por defecto. Y corresponde ahora verificar si son fundadas sus conclusiones acerca de la inaplicación de los límites legalmente establecidos al ejercicio de la potestad de revisión de oficio, para terminar de asegurar de este modo el pleno ajuste a Derecho de la PR sometida a nuestra consideración.

3. En el supuesto determinante de esta consulta, considera este Consejo Consultivo, en efecto, que no cabe acceder a aplicar los límites legales.

Tales límites (que el ejercicio de la revisión *«resulte contrario a la equidad, a la buena fe, a los derechos de los particulares y a las leyes»*) se supeditan, en todo caso, y en una primera fase de análisis, a la efectiva concurrencia de unos presupuestos habilitantes, asimismo legalmente establecidos (*«por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias»*), y solo si se dieran en efecto tales presupuestos, pueden llegar a aplicarse después los límites al ejercicio de la potestad de revisión.

Pues bien, entiende este Organismo tales presupuestos no concurren en este supuesto.

No cabe, en efecto, invocar el *«tiempo transcurrido»* desde el dictado del acto que pretende revisarse, porque -sobre la base del art. 370.1 de la Ley 4/2017, de 13

de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, que establece que *«La resolución que ponga fin al procedimiento de revisión determinará, en su caso, el restablecimiento de la legalidad urbanística alterada por las actuaciones ejecutadas al amparo de actos revisados, siempre que el procedimiento de revisión de oficio se hubiera iniciado dentro de los límites temporales regulados en el artículo 361 de la presente ley (cuatro años desde que se produzca el primer signo exterior y verificable de los usos), quedando en otro caso en situación de fuera de ordenación»*- no cabe entender que el *«transcurso del tiempo»* de cuatro años desde que se inician los usos sin que la Administración hubiere instruido un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística veda cualquier iniciativa revisora.

La revisión de oficio se promueve en este supuesto por una de las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que se encuentran previstas con carácter general por la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común (ahora, en LPACAP: art. 47.1; y con anterioridad, en la normativa que resulta de aplicación en el presente supuesto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: art. 62.1), a cuyo régimen jurídico por otro lado remite la propia normativa urbanística que resulta de aplicación.

En efecto, en virtud de lo dispuesto por el art. 369 de la misma Ley 4/2017 antes mencionada («1. "La revisión de licencias y demás actos administrativos habilitantes que sean contrarios a derecho se regirá por lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común" 2. Serán nulos de pleno derecho los actos autorizatorios que incurran en alguna de las causas de nulidad previstas en la legislación de procedimiento administrativo común y, además, los que habiliten la ejecución de actuaciones contrarias a la legalidad urbanística contempladas en el apartado 5 del artículo 361 de la presente ley»).

En tal caso, y habida cuenta de la indicada remisión, la potestad de revisión de oficio es por tanto susceptible de ejercitarse *«en cualquier momento»*, como precisa esta legislación (LPACAP: art. 106.1) a la que, como decimos, la normativa sectorial se remite

### **Revisión de licencias y actos autorizatorios**

#### **Artículo 369. Revisión de licencias y actos autorizatorios.**

1. La revisión de licencias y demás actos administrativos habilitantes que sean contrarios a derecho se regirá por lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común.

#### **Artículo 369. Revisión de licencias y actos autorizatorios.**

1. La revisión de licencias y demás actos administrativos habilitantes que sean contrarios a derecho se regirá por lo dispuesto en la legislación de procedimiento administrativo común.

No por ello, ciertamente, puede dejar de considerarse excesivo el tiempo transcurrido en algunos casos, lo que impide el ejercicio de la potestad de la revisión; pero no es esto lo que sucede en el supuesto que ahora nos ocupa, teniendo en cuenta que, desde el dictado del acto (2011), el ejercicio de la potestad de revisión se inicia en 2019, a raíz de una resolución penal recaída en 2017 y confirmada en apelación el mismo 2019.

Durante una buena parte del período del tiempo indicado, por lo demás, se han desarrollado unas diligencias penales contra las mismas actuaciones administrativas que en una población como la concernida podían haber sido de conocimiento por los beneficiarios de aquéllas y sobre cuyas consecuencias para la licencia obtenida irregularmente, por tanto, podrían haber dispuesto de medios para actuar.

Lo cierto, además, es que, en todo caso, al tiempo de producirse los hechos sí que resultaba exigible la obtención de licencia y por tanto venía a concurrir el elemento del tipo determinante de la infracción penal (prevaricación urbanística) cuya realización vino a apreciarse en sede judicial.

Así, pues, a falta consecuentemente de los presupuestos legalmente establecidos, no cabe apelar a la concurrencia de alguno de los límites a la revisión previstos de igual modo.

En términos generales, además, dada la concreta causa determinante de la nulidad de pleno derecho invocada en este supuesto, si bien en línea de principio cabría oponer a la revisión, en los términos antes adelantados, la eventual concurrencia de alguno de los límites legalmente establecidos, no se antoja sencillo, luego en la realidad, llegar a conjugar que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, delictivas, puedan continuar desplegando sin cortapisas y en plenitud toda su virtualidad.

4. En ausencia de los presupuestos legales establecidos, no se precisa entrar después en el supuesto determinante de esta consulta, en esa segunda y última fase



del análisis a la que se refiere la doctrina de los organismos consultivos, para apreciar si ha lugar a la aplicación de los límites específicos a la revisión asimismo legalmente establecidos, en tanto que se supedita la aplicación de éstos (los límites) a la concurrencia de aquéllos (los presupuestos).

En suma, pues, la nulidad del acto administrativo al que se contrae este procedimiento ha de ser, por consiguiente, formalmente declarada en este caso, por incurrir dicho acto en una de las causas determinantes de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos [art. 62.1 d) Ley 30/1992, de 26 de noviembre].

Distinta cuestión es que, una vez acordada la nulidad, en punto a la deducción de las consecuencias que procedan a raíz de ella sobre eventuales terceros de buena fe, pudiera resultar necesario modular tales consecuencias, porque en la expresada circunstancia no cabe dejar de estar a las exigencias que resultan del mandato de proporcionalidad como criterio rector de toda actuación administrativa y cuya observancia se impone, en todo caso y sin reservas, como principio general del Derecho.

Pero ésta no es ello cuestión sobre la que corresponda a este Consejo Consultivo expresar su parecer con motivo de este Dictamen ni que afecte a este procedimiento de revisión.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo se entiende que es conforme a Derecho. Procede, en consecuencia, emitir dictamen favorable a la nulidad instada.

**VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. CONSEJERO DON LUIS FAJARDO SPÍNOLA SOBRE EL DICTAMEN 181/2020 DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE REVISIÓN DE OFICIO DEL DECRETO N.º 1727/2011 DEL AYUNTAMIENTO DE TUINEJE (EXP. 8/2020 RO).**

El Consejero que suscribe fue designado ponente para la elaboración de una Propuesta de Dictamen sobre la PR de referencia, sometiéndola al Pleno del Consejo, que por mayoría la rechazó por discrepar de varias de sus afirmaciones. Redactado por otro ponente un nuevo texto de Dictamen, este Consejero lamenta disentir de él en todo cuanto no coincide con el texto original, ya que no estima la concurrencia de límites legales a la declaración de nulidad instada por la Administración.

1. Resulta claro que en este caso concurre causa legal habilitante - debidamente justificada en el expediente- para la revisión de oficio del acto administrativo en cuestión (Decreto de Alcaldía n.º 1727/2011, de 4 de octubre, por el que se concede licencia de primera ocupación). No obstante lo anterior, procede comprobar si en el supuesto que se somete a consulta de este Consejo concurren los límites legales a la declaración de nulidad.

El artículo 110 LPACAP exige que *“las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*. La revisión de oficio tiene carácter excepcional, de ahí la existencia de estos límites legales, lo que llama a una ponderación en cada caso de la presencia de las circunstancias a que alude el citado precepto. Por ello la Ley obliga a que, antes de proceder a la declaración de nulidad, se verifique que no concurre en el supuesto concreto ninguno de los límites a que se refiere tal artículo. Así lo plantea el Tribunal Supremo, para el que *“la aplicación de este precepto (el 106 LRJAPPAC) exige que el tribunal hubiese argumentado sobre las razones excepcionales relacionadas con la equidad, la buena fe, o derechos de los particulares”* (FJ 3º de la STS 1096/2018, de 26 de junio, Sección Cuarta, RC 2011/2016).

Esta ponderación de los límites a la revisión de oficio habrá de realizarse en dos fases. En una primera se analizará la posible prescripción de acciones, el transcurso del tiempo u otras circunstancias concurrentes en el supuesto concreto; si el anterior análisis previo lo permite, habrá de valorarse si la declaración de nulidad se considera que va a resultar contraria *“a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”*. Ésta es la línea mantenida por este Consejo Consultivo

en una consolidada doctrina, recientemente confirmada y completada por nuestro Dictamen 80/2020, de 3 de marzo.

2. De entrada deben destacarse los particulares efectos que en el supuesto dictaminado ha tenido el "*transcurso del tiempo*"; y ello no ya sólo por extenderse a casi nueve años desde que se aprobó el acto que pretende revisarse, sino porque ha permitido o facilitado la consolidación de situaciones jurídicas o derechos de los particulares. En este caso, los usos autorizados en 2011 por la licencia que pretende revisarse han pasado por ministerio de la ley a la situación de consolidados. Ya habían alcanzado esta consolidación al amparo del artículo 185.1 del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que era la normativa aplicable en los seis primeros años posteriores a la autorización de los usos. Para los años que siguieron hasta la actualidad el artículo 361 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, vino a disponer:

*"6. Se consideran usos consolidados, a los efectos de la presente ley, los que se realicen en edificaciones, construcciones o instalaciones legales terminadas o que se encuentren en la situación de fuera de ordenación prevista en el artículo siguiente cuando haya transcurrido el plazo previsto en el apartado 1 d) del presente artículo (cuatro años desde que se produzca el primer signo exterior y verificable de los usos) sin que la Administración haya incoado procedimiento para el restablecimiento de la legalidad urbanística. Los usos consolidados podrán ser mantenidos por los interesados y deberán ser respetados por la Administración siempre que resulten adecuados a las condiciones técnicas de seguridad, habitabilidad y salubridad de la edificación, construcción e instalación en los que se realicen y no existan razones acreditadas de riesgo medioambiental que justifiquen su cese o supresión. La consolidación del uso no eximirá de la aplicación del régimen de intervención propio de las actividades clasificadas y normativa sectorial aplicable a la actividad, si bien el uso consolidado que cumpla con los requisitos establecidos en el presente apartado tendrá la consideración de uso compatible a efectos urbanísticos".*

En definitiva, en el supuesto que se dictamina los usos objeto de la licencia de primera ocupación ya estaban consolidados *ope legis* desde ocho años antes de dictarse la sentencia penal que ordenó la tramitación de la presente revisión de oficio; en consecuencia, el transcurso del tiempo ha configurado una situación de

regularidad de los usos que invita a analizar, ya en una segunda fase, la presencia de alguno de los límites del citado artículo 110 LPACAP.

Por otro lado, la misma Ley 4/2017, en su artículo 370.1 dispone:

*“La resolución que ponga fin al procedimiento de revisión determinará, en su caso, el restablecimiento de la legalidad urbanística alterada por las actuaciones ejecutadas al amparo de actos revisados, siempre que el procedimiento de revisión de oficio se hubiera iniciado dentro de los límites temporales regulados en el artículo 361 de la presente ley (cuatro años desde que se produzca el primer signo exterior y verificable de los usos), quedando en otro caso en situación de fuera de ordenación”.*

Es decir, el *“transcurso del tiempo”* de cuatro años desde que se inician los usos sin que la Administración hubiere instruido un procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística veda cualquier iniciativa revisora.

En definitiva, en el presente caso no puede ejercitar la Administración municipal, por ministerio de la ley, las facultades revisoras; pero es que si llegara a declararse la nulidad de la licencia, la invalidez de ésta no podría afectar al derecho a seguir usando los inmuebles, pues tales usos están consolidados *“ope legis”* desde muchos años antes, dado el *“ tiempo transcurrido”*.

Por lo demás, debe resaltarse que también concurre en el presente caso *“otra circunstancia”* singular (110 LPACAP), y es la de que al momento de aprobarse la licencia que pretende revisarse ahora ésta ya no era legalmente exigible. Efectivamente, la DA 6.3 de la Ley 7/2011, de 5 de abril (vigente, pues, desde seis meses antes del otorgamiento de aquélla), introdujo en el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias el artículo 166.bis, que sujetaba la primera utilización y ocupación de edificaciones e instalaciones a una declaración responsable, sin exigir el otorgamiento de licencia previa. Actualmente, el artículo 332.1. c) de la vigente Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias sólo requiere comunicación previa. Esta circunstancia no constituye por sí sola un inconveniente para la depuración jurídica de la licencia que fue constitutiva de delito; pero sin duda ha de ser tenida en cuenta al momento de ponderar la aplicación de los límites del artículo 110 de la LPACAP.

En atención a las expuestas circunstancias, en el supuesto dictaminado concurre el presupuesto inicial para considerar aplicables los límites a la revisión de

oficio impuestos por el artículo 110 LPACAP. Ha de pasarse enseguida, en una segunda fase de análisis, a verificar si el ejercicio de las facultades revisoras resulta *"contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes"*.

3. La declaración de nulidad, en este caso, resultaría contraria a los derechos de los particulares. Efectivamente, la invalidez de la licencia de primera ocupación tiene como efecto, entre otros, el de hacer imposible la utilización de los inmuebles, lo que indudablemente afectaría a los titulares de derechos reales sobre ellos. En la ponderación entre los principios de legalidad y el de seguridad jurídica, aquí debemos inclinarnos a favor de la prevalencia de este último. Se da la circunstancia, además, de que tales sujetos no han sido penados en el proceso de referencia, pero ni siquiera fueron oídos en él. De declararse la nulidad sufrirían un grave perjuicio, como víctimas inocentes de tal declaración.

Igualmente afectado quedaría el principio de buena fe, y el derivado de confianza legítima. Consta en el expediente que a las Escrituras notariales de compraventa de las naves comerciales (en las cuatro ocasiones en que se produjeron las enajenaciones a terceros por parte del constructor-promotor) se adjuntó certificado del Decreto del Alcalde concediendo la licencia para su primera utilización, con planos adjuntos e información catastral. Los adquirentes, y ahora alegantes en el procedimiento de revisión y opuestos a ésta, estaban en la fundada creencia de que el Ayuntamiento la consideraba ajustada a Derecho. Ejercer ahora las facultades revisoras, pretendiendo la invalidez de la autorización, defrauda la confianza legítima de los afectados, y quiebra la expectativa de una actuación administrativa conforme al principio de la buena fe.

También en este caso el ejercicio de las facultades revisoras resultaría contrario a la equidad, pues más allá de la estricta aplicación formal de la causa de nulidad alegada, razones de justicia material llevan a considerar desproporcionados los efectos de declararla sobre la situación fáctica en su conjunto, máxime por la presencia de intereses de terceros ajenos a la conducta delictiva, afectando también por ello al principio de proporcionalidad. Tal desproporción en la aplicación de la revisión se evidencia aún más en este caso, cuando la invalidez declarada no tendría consecuencia efectiva sobre los usos que vienen ejercitándose, por encontrarse éstos consolidados por ministerio de la ley.

4. No obstante, sin perjuicio de lo que acaba de argumentarse a favor de la aplicación de los límites legales a la declaración de nulidad, el Consejero que

suscribe este Voto particular quiere dejar claro que las anteriores consideraciones acerca de los límites a la revisión de oficio no pueden generalizarse, y las debe aplicar este Consejo Consultivo sólo en atención a las particulares circunstancias que concurren en el caso que ahora se somete a nuestro dictamen. De todo lo cual deriva la procedencia en este caso de aplicar los límites a la revisión del artículo 110 LPACAP.

**VOTO PARTICULAR QUE EMITE LA EXCMA. SRA. CONSEJERA DOÑA ESTELLA MARRERO SÁNCHEZ SOBRE EL DICTAMEN 181/2020 DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE REVISIÓN DE OFICIO DEL DECRETO N.º 1727/2011 DEL AYUNTAMIENTO DE TUINEJE (EXP. 8/2020 RO).**

Al amparo de lo previsto en el art. 17.2 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, y tal y como anuncié en la deliberación de este Dictamen, con el máximo respeto y dentro del plazo legal, emito este Voto particular a fin de motivar las razones que han dado lugar a mi discrepancia del parecer mayoritario.

1. El objeto de la consulta, se centra en analizar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución de un procedimiento administrativo de revisión de oficio cuya finalidad es la declaración de nulidad del Decreto n.º 1727/2011, de 4 de octubre, por el que se estima parcialmente el recurso de reposición formulado por la entidad mercantil (...) -actualmente, (...)- contra la denegación de la licencia de primera ocupación contenida en el Decreto 1295/2011, de 12 de julio de 2011 y, mediante el cual, se concede *«la licencia de primera ocupación solicitada por (...) para naves industriales situadas en la Urbanización (...)»*.

Para una mejor comprensión de la cuestión que se suscita en el presente voto particular, se ha de poner de relieve la existencia en este expediente, de una serie de particularidades, que se configuran como antecedentes determinantes de la incoación del procedimiento de revisión de oficio y cuyos hitos principales son los siguientes:

- Mediante Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario (Procedimiento Abreviado n.º 303/2016), se condenó a (...) por un delito de prevaricación urbanística del art. 320.2 del Código Penal, al haber dictado, en su calidad de Alcalde, la licencia de primera ocupación, otorgada mediante Decreto de Alcaldía n.º 1727/2011, por el que se estimó el recurso de reposición planteado por la empresa (...) contra la denegación de la licencia de primera ocupación -a través de Decreto de la Concejala delegada n.º 1295/2011, de 12 de julio- para naves industriales situadas en la urbanización (...), (...), (...). La Sentencia, tras imponer la correspondiente pena al

autor del delito, ordena su notificación al Ayuntamiento de Tuineje *«a fin de proceder a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante decreto 1.727/2011, de 4 de octubre de 2011; junto con la anulación o revocación de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada licencia urbanística»*.

- Mediante Sentencia de fecha 25 de marzo de 2019 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Rollo de Apelación 358/2018) se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de (...) y en su consecuencia se confirma la Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario.

- Mediante exhorto del Juzgado de lo Penal nº 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario de fecha 24 de mayo de 2019 dictado en la Ejecutoria Penal 261/2019, se requiere al Ayuntamiento de Tuineje a fin de que proceda a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante Decreto 1727/2011, de 4 de octubre, junto con la anulación o revocación de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada licencia urbanística.

- Mediante Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Tuineje de fecha 10 de enero de 2020 se resuelve incoar expediente de revisión de oficio para la revocación y anulación de la licencia 2010-000855, otorgada mediante Decreto 1727/2011 de 4 de octubre, de primera ocupación de naves en (...) del Plan Parcial (...), a nombre de la empresa (...).

Este decreto reproduce el informe jurídico emitido por el Secretario General del Ayuntamiento de Tuineje de fecha 16 de julio de 2019, en cuyo punto Cuarto se informa lo siguiente:

*“El deber del Ayuntamiento de proceder a la revisión de oficio es imperioso, tanto por el propio requerimiento de la propia Administración de Justicia, como, de manera general, establece el artículo 106 en su primer apartado, con una formulación de carácter imperativo (declararán de oficio).*

*Dado que en el presente caso se ha apreciado por parte de un órgano jurisdiccional penal la existencia de un delito de prevaricación urbanística prevista en el artículo 320 del Código Penal en la resolución de referencia, dictada el 4 de octubre de 2011, Decreto 1727/2011.*

*Por tanto, no caben mayores dudas sobre la procedencia para la revisión de oficio de la presente licencia, debiendo acordarse lo antes posible por el Ayuntamiento”.*

2. De lo hasta ahora expuesto, se pone de manifiesto que la incoación del presente procedimiento de revisión de oficio, se ha llevado a efecto como consecuencia de la intimación judicial, es decir, una vez firme la sentencia de condena, el Juzgado de lo Penal nº 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario procede a su ejecución, a cuyo fin, en el ámbito de la ejecutoria penal, requiere al Ayuntamiento de Tuineje con la finalidad de cumplir el fallo de la precitada sentencia, en la parte que a dicha Corporación Municipal le incumbía, esto es, a fin de que procediera a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante Decreto 1727/2011, de 4 de octubre, junto con la anulación o revocación de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada licencia urbanística, mandato claro e inequívoco que debe ser cumplido en sus estrictos términos, como se tendrá ocasión de analizar.

Para dar cumplimiento al mandato judicial, la Administración local requerida, procedió a llevarlo a efecto articulándolo a través del mecanismo del procedimiento de revisión de oficio, opción perfectamente encajable legalmente, por mor del artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), pero sin que pueda obviarse que tal revisión se configura como un acto de ejecución de sentencia, con las especiales consecuencias que ello puede conllevar, toda vez que el resultado de este procedimiento revisor no puede ser distinto del ordenado por la resolución judicial, so pena de incurrir en un incumplimiento de la sentencia que impida la efectividad de la misma.

3. Es, precisamente, esta última consideración la que ha motivado el presente voto particular, y ello al disentir de los razonamientos que se efectúan en el Fundamento IV.3 del Dictamen 181/2020, de 3 de junio, que expone lo siguiente:

*“En buena lógica, el pronunciamiento judicial expuesto permite dos interpretaciones con carácter general: el Ayuntamiento ha de tramitar el procedimiento de revisión de oficio y resolverlo declarando la nulidad, o bien el ente local cumple el mandato judicial limitándose a tramitar la revisión, pues no puede ser obligado a resolver sólo en sentido anulatorio, indeclinablemente, siempre y en todo caso. Este Consejo estima que la última es la interpretación correcta.*



*Efectivamente, si el Juez penal no retuvo para sí resolver sobre la nulidad de la licencia, sino que encomendó a la autoridad administrativa que se pronunciase al respecto, tal remisión no puede entenderse limitada sólo a que declare la nulidad, pues si la decisión ya estuviera predeterminada por el Juez él mismo hubiera resuelto en tal sentido en la Sentencia. Si la resolución judicial encomendó al Ayuntamiento que se pronunciara al respecto era para que previa la instrucción del procedimiento revisor acordara lo resultante de tal procedimiento. Además, la Ley (art. 106.1 LPACAP) no faculta a la Administración a declarar sin más la nulidad, sino que sólo puede hacerlo previo dictamen favorable del Consejo de Estado o Consejo Consultivo correspondiente. La resolución judicial, que debe adecuarse a Derecho, no puede obviar este requisito legal, por lo que sólo puede obligar al Ayuntamiento a aquello que según la Ley puede hacer, iniciar la tramitación de la revisión de oficio. Pero no puede ir más allá, no puede declarar la nulidad sin el dictamen favorable del Consejo Consultivo (a quien le incumbe emitir el juicio correspondiente, y sin que su intervención pueda convertirse en un mero formalismo desprovisto de todo contenido), ni tampoco por ello puede ser judicialmente obligado a acordar indefectiblemente dicha nulidad, de modo acrítico y prácticamente mecánico (sin apreciar, por ejemplo, si pudieran concurrir los límites legalmente previstos también para el ejercicio de la potestad de revisión de oficio)”.*

En contra de lo afirmado en el Dictamen, y con todos los respetos, teniendo en cuenta que el fallo de la sentencia determina *«Una vez sea firme la presente Resolución, notifíquese al Ayuntamiento de Tuineje a fin de proceder a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante decreto 1.727/2011, de 4 de octubre de 2011; junto con la anulación o revocación de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada licencia urbanística»*, debe entenderse que la resolución judicial no encomienda a la autoridad administrativa que, con libertad de criterio, se pronuncie respecto de la nulidad de la licencia objeto del delito; sino que, por el contrario, establece un mandato claro y terminante, imponiéndole la obligación de revocarla y anularla, por lo que considero que su contravención podría suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

4. En efecto, el Tribunal Constitucional viene entendiendo que dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra, como una manifestación necesaria, el derecho que los justiciables tienen a que las sentencias que los

tribunales ordinarios hayan dictado para la tutela de sus derechos e intereses legítimos se hagan cumplir forzosamente, cuando el destinatario de las mismas no lleve a cabo voluntariamente la prestación a la que se le condene, sea ésta de dar, hacer o no hacer. De otra forma no podría hablarse de una genuina tutela judicial efectiva. Una de las primeras sentencias en este sentido, citada por otras posteriores, fue la STC 32/1982, de 7 de junio (FJ 2):

*«Es preciso reconocer que esta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del art. 24.1 de la Constitución. El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones».*

Este derecho a la ejecución forzosa enlaza así con la potestad jurisdiccional que la Constitución reconoce a los tribunales en su artículo 117, para el ejercicio de la función también calificada de jurisdiccional, y que, como es bien sabido, tiene una vertiente declarativa, consistente en «juzgar» o declarar qué es lo jurídico en el caso concreto, y otra vertiente ejecutiva, encaminada a «hacer ejecutar lo juzgado» o transformar la realidad para que se adecue a lo declarado previamente como conforme a Derecho. Ahora bien, el derecho a la ejecución de sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución sino que es también, un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado de Derecho (dimensión objetiva del derecho fundamental) y del valor superior de justicia consagrado en el artículo 1 de la Constitución, que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales y que se cumplan en sus propios términos y no en los que decidan las partes según sus conveniencias o arbitrios.

Como consecuencia de ese interés público presente en la ejecución, todos los sujetos jurídicos, sean de carácter público o privado, tienen la obligación de cumplir

las resoluciones judiciales firmes y deben colaborar con los tribunales en la ejecución de lo resuelto, como dispone el artículo 118 de la Constitución, de ahí que los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), insistan en la obligación de todas las Administraciones Públicas, autoridades y funcionarios, Corporaciones, entidades públicas y privadas y particulares, de respetar y cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes. Deber que, evidentemente, alcanza no sólo a la Corporación Local requerida para el cumplimiento del fallo de la sentencia, sino también a este órgano consultivo, que deberá ajustarse en el ejercicio de su función consultiva a lo que resulte del contenido de la concreta resolución judicial.

Este mandato constitucional resulta de gran trascendencia para la vigencia efectiva del Estado de Derecho, tal y como ha manifestado el TC en diversas ocasiones; así en la temprana STC 67/1984, de 7 de junio (FJ 2), donde se incide en que este deber alcanza de forma especial a los poderes públicos:

*«La ejecución de las Sentencias -en sí misma considerada- es una cuestión de capital importancia para la efectividad del Estado social y democrático de Derecho que proclama la Constitución -art. 1-, que se refleja -dentro del propio Título Preliminar- en la sujeción de los ciudadanos y los Poderes Públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, cuya efectividad -en caso de conflicto- se produce normalmente por medio de la actuación del Poder Judicial -arts. 117 y siguientes de la Constitución- que finaliza con la ejecución de sus Sentencias y resoluciones firmes. Por ello, difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el art. 118 de la Constitución establezca que «es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo». Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se actualiza- se incumple por los Poderes Públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello, el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento -si se produjera- no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las Sentencias y resoluciones judiciales firmes».*

Ha de notarse también, en cuanto al contenido del derecho a la ejecución forzosa como derecho fundamental, que para el TC, el derecho a la ejecución se

encuentra ligado a otro derecho que también juzga incluido en el artículo 24.1 de la Constitución y que considera como su presupuesto lógico y constitucional, nos referimos al derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes. De hecho, el TC entiende que existe un derecho más amplio, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, que es *«el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento»*, y que tiene una doble manifestación: *«de un lado, el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos y, de otro, el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas (SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 3; 198/1994, de 4 de julio, FJ 3; 197/2000, de 24 de julio, FJ 2; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4, entre otras muchas)»*; así se expresa en la STC 312/2006, de 8 de noviembre (FJ 4), así como en otras, como las SSTC 5/2003, de 20 de enero (FJ 5) y 209/2005, de 18 de julio (FJ 2). En este sentido, es bien sabido que cuando una resolución judicial alcanza firmeza, como sucede en este supuesto, tiene como efecto que ya no puede ser modificada, de suerte que lo decidido en ella vincula tanto al propio órgano que la ha dictado y a las partes a quienes se dirige, como a otros potenciales tribunales y sujetos jurídicos. En consecuencia, cuando se procede a la ejecución de una sentencia firme y de contenido condenatorio, el proceso de ejecución debe proyectarse exclusivamente sobre lo dispuesto en el fallo, sin que pueda aprovecharse este proceso ni para modificar indebidamente lo resuelto en la sentencia, pretendiendo que la ejecución también alcance a aspectos que aquélla no recogía; ni para que la ejecución se proyecte sobre sujetos a los que tampoco se refería la sentencia ni la ley permita hacer extensivos sus efectos; y ni, en cualquier caso, para discutir cuestiones que ya quedaron zanjadas y resueltas con *«autoridad de cosa juzgada»* (ex art. 207.3 LEC).

Otro aspecto del derecho a la ejecución, como derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, se traduce principalmente, según la jurisprudencia constitucional, en el derecho a que la sentencia obtenida sobre el fondo del asunto, fundada y congruente, sea ejecutada *«en sus propios términos»*. Esto tiene apoyo en la concreción legal que se realiza en el artículo 18.2 de la LOPJ, cuyo tenor literal recordamos ahora: *«Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno (...)»*.

En consecuencia, la resolución judicial debe cumplirse en los términos mandatados que, en el supuesto planteado, se circunscriben a revocar y anular la licencia otorgada mediante Decreto 1727/2011, de 4 de octubre, así como de los actos administrativos dictados por el Ayuntamiento de Tuineje dimanados de la meritada licencia urbanística, debiendo acordarse las medidas que sean precisas para ese fin, en coherencia con el derecho fundamental de carácter prestacional del que estamos tratando.

5. En conclusión, el procedimiento de revisión de oficio sometido a la consideración de este órgano consultivo, se enmarca dentro de un procedimiento de ejecución de sentencia de condena, por un delito de prevaricación urbanística, consecuencia de haberse decretado por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Arrecife con sede en Puerto del Rosario -en el ejercicio de la función jurisdiccional atribuida en virtud del artículo 117.1 de la Constitución de *"hacer ejecutar lo juzgado"* y en relación con los artículos 985 y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)- la incoación de la correspondiente ejecutoria penal, con la finalidad de que por el Ayuntamiento de Tuineje se proceda a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante Decreto 1727/2011, de 4 de octubre, así como de los actos administrativos dictados por dicha Corporación Local dimanados de la meritada sentencia.

De esta manera, el procedimiento revisor regulado en el artículo 106 de la LPACAP, como mecanismo arbitrado para expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos administrativos que incurran en alguna de las causas de nulidad tasadas en el artículo 47.1 del mismo cuerpo legal; se articula y se configura, en el presente supuesto, como un acto de ejecución de sentencia, lo que le otorga un carácter meramente formal y de conocimiento limitado, que viene determinado por la previa existencia de una resolución judicial firme, que motiva su incoación, la cual ha de ser cumplida en sus estrictos términos, que se contraen a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante Decreto 1727/2011, de 4 de octubre, así como de los actos administrativos dictados por el Ayuntamiento de Tuineje dimanados de la meritada sentencia.

Como consecuencia de lo anterior, el resultado del procedimiento revisor no puede diferir del concreto mandato judicial, pues de lo contrario se privaría de efectividad a la resolución judicial, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la ejecución forzosa de las resoluciones

judiciales y, todo ello, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de orden penal en que se podría incurrir por la negativa a cumplir las resoluciones judiciales o por impedir ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente (arts. 410 y 508 del Código Penal).

Este deber de cumplir las sentencias firmes en sus estrictos términos para que alcancen la efectividad otorgada por el Ordenamiento, vincula no solamente a la Administración directamente requerida, sino también a este Consejo Consultivo, quien en virtud del artículo 118 de la Constitución y de los artículos 17 y 18 LOPJ, tiene el deber de colaborar, respetar y cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, como acontece en el presente supuesto, máxime cuando está fuera de toda duda la concurrencia de la causa legal de nulidad prevista en el artículo 47.1.d) LPACAP *“los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta”*.

Por todo lo cual, a mi juicio, el ente local no cumple el mandato judicial limitándose a tramitar el procedimiento de revisión para después resolverlo con libertad de criterio; antes al contrario, en los estrictos términos en que está redactado el fallo de la sentencia que se analiza, si la Corporación Local ha optado por dar cumplimiento al requerimiento judicial a través del procedimiento de revisión de oficio, debe concluirlo mediante la declaración de nulidad impuesta por la resolución judicial.