



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 3 9 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 11 de noviembre de 2021.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Tuineje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio que tiene por objeto anular la Licencia Urbanística para proyecto básico otorgada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local n.º 8535, de fecha 21 de mayo de 2008; la Licencia Urbanística de Ejecución otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2240 de fecha 10 de octubre de 2008; y de la Licencia de 1.ª Ocupación otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1659 de fecha 29 de junio de 2010, de Velatorio en parcela P-16 del Plan Parcial El Cuchillete, a nombre de la empresa (...) y cuyo otorgamiento fue declarado constitutivo de un delito de prevaricación urbanística por el orden jurisdiccional penal (EXP. 507/2021 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante oficio de 23 de septiembre de 2021 -con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 8 de octubre de 2021-, se solicita dictamen con objeto de 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 de los siguientes actos:

- La licencia urbanística para proyecto básico otorgada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 21 de mayo de 2008.

- La Licencia Urbanística de Ejecución otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2240 de fecha 10 de octubre de 2008.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

- La Licencia de 1.^a Ocupación otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1659 de fecha 29 de junio de 2010, de Velatorio.

Todas ellas referidas a la parcela P-16 del Plan Parcial El Cuchillete, a favor de la empresa (...).

El otorgamiento de las citadas licencias fue declarado constitutivo de un delito de prevaricación urbanística por el orden jurisdiccional penal.

2. La legitimación de la Alcaldesa de Tuineje 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 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»*.

3. 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.

3.1. 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 incoa mediante Decreto de la Alcaldía 777/2021, de 12 de mayo; por lo que resulta de plena aplicación lo afirmado por este Consejo Consultivo en el Dictamen 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).

3.2. 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 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 fueron dictados los actos administrativos -2008 y 2010- cuya revisión de oficio ahora se pretende -2021-, 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 (LRJAP-PAC).

4. 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, como ya se ha indicado, mediante Decreto de Alcaldía n.º 777/2021, de 12 de mayo, por el que se acordaba incoar *« (...) expediente para la revocación y anulación de la Licencia Urbanística de Básico otorgada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 21 de mayo de 2008, de la Licencia Urbanística de Ejecución otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2210 de fecha 10 de octubre de 2008 y de la Licencia de 1ª Ocupación otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1659 de fecha 29 de junio de 2010, de Velatorio en parcela P-16.1 del Plan Parcial El Cuchillete, a nombre de la empresa (...)».*

Y todo ello como consecuencia del Oficio librado por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario con fecha 2 de diciembre de 2020 (Ejecutoria penal n.º

515/2020 derivada del procedimiento abreviado n.º 205/2019) y en virtud del cual se remite Sentencia al Ayuntamiento de Tuineje para que procediera a la « (...) *adopción de la resolución oportuna, tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo, pues conforme a la legislación administrativa son nulos de pleno Derecho los actos que sean consecuencia de un delito*».

Por otro lado, consta acreditada la firmeza en vía administrativa de las resoluciones 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. 62.1.d) LRJAP-PAC y 47.1. 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) LRJAP-PAC; cuyo tenor literal es coincidente con el actual art. 47.1.d) LPACAP.

5. 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 los Municipios de Canarias y los arts. 4.1, letra g) y 21.1, letra s) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

II

En lo que se refiere a los antecedentes que han dado origen a este procedimiento de revisión de oficio, se deduce de la documentación obrante en el expediente lo siguiente:

- Consta en el expediente Acuerdo de la Junta de Gobierno Local n.º 8535, de fecha 21 de mayo de 2008, por el que se concedió a la Funeraria (...), licencia urbanística para proyecto básico de edificio para velatorio situado en la parcela P-16.1 de la Urbanización Plan Parcial El Cuchillete.

- También consta que mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2240, de fecha 10 de octubre de 2008, se concedió licencia para el inicio de las obras del Proyecto de ejecución antes señalado.

- Asimismo, mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1659/2010, de 29 de junio se concedió licencia de primera ocupación para un edificio para velatorio en la parcela P-16.1 del Plan Parcial El Cuchillete.

- La Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario, de 16 de diciembre de 2019, dictada en el procedimiento abreviado 205/2019, condenó por un delito de prevaricación urbanística a los miembros de la Corporación Municipal que intervinieron a favor de la concesión de las referidas licencias, declarándose la firmeza de la misma por Sentencia de 21 de septiembre de 2020 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, dictada en el Rollo de Apelación 598/2020.

- Mediante Oficio del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario, de 2 de diciembre de 2020 (Ejecutoria penal n.º 515/2020 derivada del procedimiento abreviado n.º 205/2019), se pone en conocimiento del Ayuntamiento de Tuineje el contenido de ambas sentencias para que, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, se adopte la resolución oportuna, pues conforme a la legislación administrativa son nulos de pleno Derecho los actos que sean consecuencia de un delito.

- Mediante Providencia de la Alcaldía, de 4 de febrero de 2021, se ordena se proceda al inicio del expediente de revocación y anulación de las referidas licencias, emitiéndose el oportuno informe jurídico.

III

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

- Por Decreto 777/2021, de 12 de mayo se incoa expediente de revisión de oficio para la revocación y anulación de la Licencia Urbanística de Básico otorgada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local n.º 8535, de fecha 21 de mayo de 2008, de la Licencia Urbanística de Ejecución otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2240 de fecha 10 de octubre de 2008 y de la Licencia de 1.ª Ocupación otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1659 de fecha 29 de junio de 2010, de Velatorio en parcela P-16.1 del Plan Parcial El Cuchillete, a nombre de la empresa (...).

- El citado Decreto es debidamente notificado a la empresa interesada, al efecto de que presente las alegaciones, documentos y justificaciones que estime pertinentes en su defensa en el plazo de 15 días, solicitándose por dicha interesada

copia de la documentación obrante en el expediente, sin que conste que se hayan presentado alegaciones.

- En fecha 16 de septiembre de 2021, por la Secretaria General interina de la Corporación, se emite el informe-propuesta de resolución, que declara la nulidad de las distintas licencias otorgadas al entenderse incluidas en el supuesto recogido en los arts. 62.1 d) LRJAP-PAC y 47.1.d) LPACAP. Todo ello porque de acuerdo con los informes técnicos emitidos desfavorables al otorgamiento de las licencias, como por la ausencia de los informes jurídicos que debieron haberse emitido para la concesión de las mismas, declarados como hechos probados por la Sentencia firme del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario, confirmada por la Audiencia Provincial en la Sentencia de 21 de septiembre de 2020, el otorgamiento de las citadas licencias resulta constitutivo de delito.

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida a dictamen de este Consejo Consultivo acuerda declarar la nulidad de pleno derecho de la Licencia Urbanística para proyecto básico otorgada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local n.º 8535, de fecha 21 de mayo de 2008; de la Licencia Urbanística de Ejecución otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2240 de fecha 10 de octubre de 2008; y de la Licencia de 1.ª Ocupación otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1659 de fecha 29 de junio de 2010, de Velatorio en parcela P-16 del Plan Parcial El Cuchillete, a nombre de la empresa (...) y que fueron declaradas constitutivas de un delito de prevaricación urbanística.

La citada Propuesta de Resolución se emite en el seno del procedimiento de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de Tuineje a raíz del oficio remitido por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario (Ejecutoria penal n.º 515/2020) requiriendo para que previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, se adopte la resolución oportuna, pues conforme a la legislación administrativa son nulos de pleno Derecho los actos que sean consecuencia de un delito.

Tal requerimiento judicial, a su vez, trae causa de la Sentencia de 16 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario en el Procedimiento Abreviado 205/2019, confirmada por Sentencia de 21 de septiembre de 2020 emitida por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas (recurso de apelación con n.º de rollo 598/2020), en cuya virtud se condenó a los

miembros de la Junta de Gobierno Local y al Alcalde por un delito de prevaricación urbanística, al otorgar las referidas licencias urbanísticas.

2. Pues bien, dicha Sentencia penal condena a los miembros de la Junta de Gobierno Local y al Alcalde por un delito contra la ordenación del territorio, en su modalidad de prevaricación urbanística, contemplado en el art. 320.2 del Código Penal.

El fallo de la sentencia es del siguiente tenor literal:

«Que, debo CONDENAR Y CONDENO A los acusados (...), (...), (...) Y (...) como coautores responsables de un delito contra la ordenación del territorio en la modalidad de prevaricación urbanística, concurriendo en todos ellos la circunstancia atenuante analógica de confesión, salvo en (...), en quien concurre la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a las penas para cada uno de ellos multa de 12 meses con una cuota diaria de 9 euros con aplicación de lo dispuesto en el art. 53 en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público en la Administración local por tiempo de 7 años y a la parte proporcional de las costas.

Y DEBO CONDENAR Y CONDENO A (...), como autor responsable de un delito continuado contra la ordenación del territorio en su modalidad de prevaricación urbanística, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de multa de 18 meses con una cuota diaria de 9 euros con aplicación de lo dispuesto en el art. 53 en caso de impago, inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público en la Administración local por tiempo de 9 años y a la parte proporcional de las costas (...).»

3. Procede ahora analizar la concurrencia de la causa de nulidad esgrimida por el Ayuntamiento:

En este caso, se alega la causa contenida en el art. 62.1, letra d) LRJAP-PAC: *«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 penal haya declarado ilícito penal el mismo acto administrativo, o el elemento 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) LRJAP-PAC. En este sentido, existe un previo pronunciamiento judicial mediante sentencia condenatoria y firme (sentencia de 16 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario) en la que se declara la naturaleza delictiva -prevaricación urbanística ex art. 320.2 del Código Penal- de los actos administrativos -licencias urbanísticas para proyecto básico otorgada mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local n.º 8535, de fecha 21 de mayo de 2008; la Licencia Urbanística de Ejecución otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 2240 de fecha 10 de octubre de 2008; y de la Licencia de 1.ª Ocupación otorgada mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1659 de fecha 29 de junio de 2010, de Velatorio en parcela P-16 del Plan Parcial El Cuchillete, a nombre de la empresa (...)-.

En consecuencia, concurre causa legal habilitante -debidamente justificada en el expediente- para la revisión de oficio de los actos administrativos en cuestión.

4. El Consejo Consultivo ha tenido ocasión de pronunciarse en un caso muy similar en el Dictamen del Consejo Consultivo 181/2020, de 2 de junio, del que extraemos lo siguiente:

«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 El Cuchillete 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”.

(...)

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).

(...)

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]».

Igualmente, sobre esta causa de nulidad se ha pronunciado este Consejo en el Dictamen 275/2017, de 26 de julio, con cita de otros anteriores, en los siguientes términos:

«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 incursas 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.

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 incursas 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».

5. Por tanto, no podemos ignorar que, en el presente caso, la concesión de las referidas licencias es constitutiva de una infracción penal.

En consecuencia, existiendo previa sentencia penal condenatoria por los citados hechos declarados probados, sin duda alguna es cierta la nulidad que se pretende.

En primer lugar, la Junta de Gobierno Local concedió la licencia de proyecto básico de obras bajo un vicio de nulidad, acto que va a determinar la nulidad tanto de esta como de las demás licencias que ya se otorgarían posteriormente y como consecuencia de la primera.

Concretamente, el delito que se condena consistió en haber otorgado licencias urbanísticas de proyecto de obras, de ejecución y finalmente de primera ocupación, infringiendo la normativa urbanística aplicable desde un inicio. La Junta de Gobierno Local que otorgó la licencia de proyecto básico de obras ignoró por completo el informe desfavorable del arquitecto municipal emitido en varias ocasiones, y, además, consta que no se solicitara el informe jurídico preceptivo para la concesión de las licencias, sin que se cumpliera, por tanto, con el procedimiento administrativo establecido para la correcta concesión y adquisición de las licencias determinadas, estando, en consecuencia, viciado el derecho a construir o edificar y a ocupar, tal y como consta en el expediente.

No cabe duda que, al respecto, el informe técnico municipal indicaba, en resumen, que la parcela no estaba asignada para uso sanitario, que el velatorio es un equipamiento sanitario según el reglamento; que la parcela solo podía destinarse a almacén u oficinas; además el proyecto tanto del tanatorio, como posteriormente del velatorio, no cumplía con el retranqueo de 10 metros de la fachada [las condiciones

de los tanatorios y los velatorios son una cuestión sanitaria, por cuanto forman parte de las funciones de salud pública en materia de policía mortuoria atribuidas a la estructura pública sanitaria de Canarias por el art. 23.1.p) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias y desarrolladas por el Decreto 132/2014, de 29 de diciembre, de Sanidad Mortuoria].

El propio Juzgado de lo Penal fue contundente al señalar como hechos probados, en los Fundamentos de Derecho Primero y Segundo de la Sentencia lo siguiente:

«PRIMERO.- (...) existió un informe desfavorable del arquitecto municipal que en dos ocasiones manifestó que el proyecto del tanatorio-velatorio no se adaptaba ni cumplía la normativa del el Plan parcial El Cuchillete. Que se aprobó la licencia de construcción por la Junta de Gobierno a pesar de no haber informe jurídico que exige para tal fin el decreto legislativo 1/2000 de 8 de mayo, además de los informes desfavorables del arquitecto en cuanto a que no se cumplía con el uso autorizado en la parcela que estaba destinada a almacén y oficina y porque además no se cumplía con el retranqueo de 10 metros legalmente establecido.

Todos y cada uno de los miembros de la Junta de gobierno municipal firmaron la concesión de la licencia con conocimiento de su ilegalidad.

SEGUNDO.- Los hechos son constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio en su modalidad de prevaricación urbanística previsto y penado en el arte. 320.2 del cdg. Penal (...) ».

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial confirmaba en su Fallo la Sentencia de 16 de diciembre de 2019 en todos sus extremos. Particularmente, en el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de 21 de septiembre de 2020, entre otros, en el mismo sentido que el Juzgado de lo Penal n.º 2, se pronunciaba así:

« (...) Pues bien, el caso sometido a nuestra consideración es casi idéntico habiendo sido advertidos los acusados en dos ocasiones por la Sra Secretaria del Ayuntamiento de la ausencia de los preceptivos informes jurídicos. Informes que exige el artículo 166.5 del TRLOENC (no el 189.1.b) que cita el Ministerio Fiscal que relaciona las personas responsables de la falta de informes), informes obligatorios no obstante la falta de desarrollo reglamentario (en este sentido el Decreto 183/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias, nada dice), pues el referido artículo del Texto Refundido exige la emisión de informes técnicos y jurídicos)

Y frente a este evidente defecto procedimental, advertido en dos ocasiones, no cabe argumentar que era la forma de proceder en el Ayuntamiento de Tuineje, el incumplimiento continuado de la norma en modo alguno valida los actos viciados, y desde luego no nos

encontramos ante un simple defecto procedimental, sino que estamos en presencia de una omisión de uno de los trámites de instrucción obligados (y por tanto necesarios), y conceder las licencias no obstante la existencia de tal omisión, que además ha sido repetidamente advertida, rebasa, como mucho, la mera ilegalidad administrativa.

Pero es que no es el único defecto, pues la licencia se concede en contra del informe técnico, que no considera compatible el uso pretendido (velatorio, si bien la solicitud inicial fue para tanatorio) con el permitido en el suelo en cuestión; entendiendo que igualmente se incumplen los retranqueos. Baste decir que para autorizar este uso era necesario una modificación puntual del Plan Parcial (que se inició, pero no se aprobó por la COTMAC), para advertir la ilegalidad de la licencia concedida (...)».

6. Por otra parte, en lo que respecta a la aplicación del art. 110 LPACAP, se entiende que no procede la aplicación de estos límites a la revisión de oficio, debiendo remitirnos a lo ya indicado al respecto en nuestro Dictamen 149/2021, de 31 de marzo de 2021, en el que señalábamos:

« (...) El presente procedimiento de revisión de oficio se incoa durante la fase de ejecución de sentencia seguida ante el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Puerto del Rosario y a requerimiento del propio Juzgado que acordó que «una vez sea firme la sentencia, notifíquese al Ayuntamiento de Tuineje a fin de proceder a la revocación y anulación de la licencia otorgada mediante decreto 2489/2006, de 19 de julio» (ejecutoria penal n.º 166/2020 derivada del procedimiento abreviado n.º 144/2017, sentencia de 4 de febrero de 2019 confirmada por la Audiencia Provincial de las Palmas el 20 de enero de 2020).

Es por ello que la aplicabilidad de los límites a la revisión de oficio (art. 110 LPACAP) ha de quedar desplazada frente a lo dispuesto en los arts. 24, 117.3 y 118 de la Constitución Española y los arts. 17 y 18 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Y es que una eventual apreciación de los límites a la revisión de oficio supondría, en la práctica, no sólo dejar vacía de contenido a la sentencia penal dictada, sino, además, incumplir el deber constitucional y legal de la Administración Pública de colaborar con la Administración de Justicia en la ejecución, en sus propios términos, de las resoluciones judiciales emitidas.

Y es que, como señala la sentencia n.º 277/2018, de 8 de junio, de la Sala segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo (con cita de la sentencia n.º 531/2018, de 5 junio y de 18 de enero de 1994 de esa misma Sala), “ (...) un acto administrativo nulo de pleno derecho, sometido a examen en la jurisdicción penal, si realmente lo es, tiene que ser así declarado, pues, en otro caso, se daría el absurdo de que, frente a una decisión judicial penal declarando un acto administrativo como constitutivo de prevaricación, es decir, de un delito, el acto seguiría produciendo, a pesar de ello, efectos frente a todos”. Así pues, “ (...) de no

declararse la nulidad, podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos (vid. art. 117.3º CE)».

Cabe advertir, a efectos de su debida corrección, que la Propuesta de Resolución que se analiza se refiere en el Fundamento de Derecho TERCERO al Dictamen 149/2021, de 31 de marzo, y no, como equivocadamente menciona, al número 142/2021, lo que deberá de corregirse en la Resolución definitiva del presente procedimiento de revisión de oficio.

En definitiva, a la vista de lo razonado anteriormente, se considera que no procede la aplicación de los límites a la revisión de oficio recogidos en el art. 110 LPACAP.

7. Todo ello, sin perjuicio de que, además, en el presente asunto pueda, en su caso, concurrir responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por los daños que con sus actos esta hubiera podido causar a terceros.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo Consultivo, resulta conforme a Derecho. Por tanto, se dictamina favorablemente la declaración de nulidad de las licencias urbanísticas indicadas en la propia Propuesta de Resolución y a las que nos hemos referido en este Dictamen.