

**Expediente:** 23/2008

**Objeto:** Revisión de oficio de acto presunto de concesión de autorización para la construcción de vivienda unifamiliar en Andosilla.

**Dictamen:** 28/2008, de 1 de julio

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 1 de julio de 2008,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; don Alfredo Irujo Andueza y don Alfonso Zuazu Moneo, Consejeros,

siendo ponente don Alfredo Irujo Andueza,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1ª. Formulación de la consulta**

El Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 2 de mayo de 2008, traslada, al amparo del artículo 19.2 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (en adelante LFCN) y de conformidad con el artículo 16.1.i) de la misma, la solicitud de informe preceptivo de este Consejo, contenida en la Orden Foral 93, de 23 de abril de 2008, del referido Consejero, formulada en relación con el expediente de revisión de oficio para proceder a la declaración de nulidad del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar, en las parcelas ... y ... del polígono 3, en el paraje ..., de Andosilla, promovida por don ... y doña ....

A la petición de dictamen, se acompaña el expediente correspondiente a la citada autorización.

Una vez revisada la documentación remitida a este Consejo, se advierte la insuficiencia de la misma y, en consecuencia, con amparo en el

artículo 23 LFCN se requiere mediante escrito del Presidente del Consejo de Navarra de 6 de mayo de 2008, que se complete el expediente, incorporando la documentación adicional necesaria, otorgándose para ello el plazo de quince días y advirtiéndole de la interrupción del plazo para la emisión de nuestro dictamen.

El 20 de junio de 2008 tiene entrada en este Consejo de Navarra escrito del Presidente del Gobierno de Navarra, de 17 de junio del mismo año, al que se acompaña la documentación complementaria recibida del Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio en respuesta al requerimiento formulado por este Consejo.

### **I.2ª. Antecedentes de hecho**

De la documentación finalmente remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes.

**Primero.-** Con fecha de 7 de marzo de 2006, don ... y doña ..., presentaron ante el Ayuntamiento de Andosilla un escrito en el que solicitaban, al amparo de lo dispuesto en el artículo 117.1.a) de la Ley Foral 35/2002, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (LFOTU), autorización para la construcción de vivienda unifamiliar en las parcelas ... y ... del polígono 3, en el término ... de Andosilla, clasificadas como “suelo no urbanizable de mediana productividad agrícola o ganadera”.

Consideraban que la vivienda unifamiliar era autorizable, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 111.2 de la LFOTU, entendiéndose que la construcción era complementaria a la actividad de mediana productividad agrícola o ganadera. A mayor abundamiento señalaban que ya en su momento se había aprobado inicialmente una modificación al Plan Municipal para clasificar las parcelas como suelo urbanizable, y que la actividad y solicitud formulada se ajustaba plenamente a los criterios de los artículos 9 y siguientes del Decreto Foral 85/1995.

**Segundo.-** La solicitud fue informada, con fecha de 29 de mayo de 2006, por la arquitecta del Servicio Urbanístico O.R.V.E. de Tierra Estella, en el sentido de que el Plan Municipal calificaba a las parcelas como suelo no

urbanizable de mediana productividad agrícola, no siendo autorizable en el mismo el uso de vivienda. No obstante lo anterior –entendía la arquitecta- la solicitud debía remitirse al Departamento competente del Gobierno de Navarra, lo que efectivamente se hizo mediante escrito de la Alcaldía de 2 de junio de 2006.

**Tercero.-** Mediante nuevo escrito, presentado ante el entonces Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda con fecha de 11 de julio de 2006, los solicitantes de la autorización volvieron a reiterarla.

**Cuarto.-** Con fecha de 19 de octubre de 2006, se emitió por el Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo informe desfavorable a la solicitud, al tratarse de una actividad prohibida en suelo no urbanizable de mediana productividad, tal y como se determina en el Plan Municipal de Andosilla, en el artículo 80 de su normativa urbanística, así como en la Ley Foral 35/02 de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

**Quinto.-** Por Resolución 1722, de 8 de noviembre de 2006, del Director General de Ordenación del Territorio y Vivienda, se denegó la autorización solicitada.

**Sexto.-** Con fecha de 11 de diciembre de 2006, don ... y doña ... interpusieron recurso de alzada contra la Resolución anterior.

Este recurso resultó desestimado por Orden Foral 215, de 25 de abril de 2007, del Consejero de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda.

Sin embargo, por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 de marzo de 2008, se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los señores ... y ..., declarándose que la parte actora había obtenido, por silencio positivo, la autorización solicitada. Según el último párrafo del fundamento de derecho segundo de esta sentencia, si la autorización obtenida fuese contraria al planeamiento urbanístico y así se acreditase, “a lo que más puede aspirar dicha administración es a incoar el procedimiento de revisión de actos nulos,

pero no a ignorar un acto que existe, que ha nacido a la luz jurídicamente aunque, insistimos, sea por la vía del silencio”.

**Séptimo.-** Por Resolución 633, de 16 de abril de 2008, del Director General de Vivienda y Ordenación del Territorio, y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 62.1.f) y 102.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se inició el procedimiento de revisión de oficio para proceder a la declaración de nulidad del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar en las parcelas ... y ... del polígono 3 de Andosilla.

También, y en la misma resolución, se suspendió el plazo para resolver el procedimiento, en virtud de lo señalado en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Octavo.-** En el trámite de audiencia concedido a los titulares de la autorización por medio de escrito de 6 de mayo de 2008, se presentaron por los mismos las alegaciones de 27 de mayo siguiente que obran en el expediente, en las que se considera que el acto presunto no es contrario al ordenamiento jurídico, al entenderse que el régimen regulado por la LFOTU para la autorización de actividades en suelo no urbanizable, prima sobre el regulado en el Decreto Foral 85/1995 de 3 de abril, que debe entenderse tácitamente derogado, que la vinculación de la vivienda a usos agropecuarios ya estaba acreditada desde el momento inicial, que no se carecía de los requisitos esenciales para la adquisición de los derechos o facultades reconocidos por el acto presunto y que en el supuesto de declaración de nulidad debían indemnizarse los daños y perjuicios causados, “aunque no es momento oportuno para cuantificar el presumible daño”.

**Noveno.-** Con fecha de 6 de junio de 2008, tales alegaciones fueron informadas por la Jefa de la Sección de Régimen Jurídico de Urbanismo, considerándose que el acto presunto sí que era contrario al ordenamiento jurídico, que no había quedado acreditada la vinculación de la vivienda a actividades o usos agropecuarios y que concurría el supuesto de nulidad de

pleno derecho contemplado por el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

**Décimo.-** Obra, finalmente, en el expediente la propuesta de Orden Foral de resolución del procedimiento de revisión de oficio declarando la nulidad del acto revisado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 62.1.f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Sobre el carácter preceptivo del dictamen y la competencia del Consejo de Navarra**

La presente consulta formulada por el Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio somete a dictamen del Consejo de Navarra la revisión de oficio del acto administrativo presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar en las parcelas ... y ... del polígono 3 de Andosilla. Se justifica la procedencia de la revisión en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LRJ-PAC).

En efecto, la LFCN establece que el Consejo de Navarra debe ser consultado preceptivamente en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo, que se refieran, entre otras materias, a la “revisión de oficio de los actos administrativos” [artículo 16.1.i)].

Para la revisión de oficio de los actos administrativos, tal remisión nos lleva al apartado 1 del artículo 102 de la LRJ-PAC –en la redacción dada por la Ley 4/1999-, a cuyo tenor las Administraciones públicas, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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 artículo 62.1.

En consecuencia, es preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra en el presente asunto sometido a consulta, que, además, el precepto legal exige que sea favorable.

## **II.2ª. Sobre la instrucción del procedimiento de revisión de oficio**

La revisión de oficio regulada en el artículo 102 de la LRJ-PAC, no prevé expresamente la instrucción y resolución del procedimiento de acuerdo con las disposiciones del Título VI de dicha Ley.

No obstante, es preciso aludir aquí a la circunstancia de que el procedimiento se ha iniciado de oficio, lo que resulta conforme con las previsiones contenidas en el apartado 1 del precepto. También, a que se ha otorgado audiencia a los titulares de la autorización revisada, tal y como exige el artículo 84 de la misma Ley, si bien con posterioridad a la presentación de la solicitud de dictamen ante este Consejo.

Como quiera que a la hora de emitir este dictamen ya se cuenta con las alegaciones formuladas, así como con el informe emitido respecto de las mismas, no se considera que se haya producido un defecto formal que exija la nueva tramitación del procedimiento.

El artículo 102. 5 de la LRJ-PAC, por su parte, fija un plazo de tres meses para resolver el procedimiento de revisión de oficio; transcurrido el cual, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá la caducidad del mismo. Dicho plazo, que aún no ha transcurrido, ha sido formalmente suspendido, conforme al artículo 42.5.c) de la misma Ley, al adoptarse la propia resolución de iniciación del procedimiento, pero no consta la notificación de la suspensión a los interesados, pese a la obligatoriedad de tal comunicación, expresamente exigida por dicho precepto. De hecho, y si al trámite de audiencia nos remitimos, lo cierto es que el mismo se ha producido vigente esa pretendida suspensión que ha de entenderse, por todo ello, ineficaz.

El artículo 28.1 del Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, dispone que a la petición de consulta se acompañará el acto o acuerdo de efectuarla, así como la propuesta de resolución que constituya el objeto de la consulta. En este punto debe recordarse asimismo que, conforme señala con carácter general el artículo 89 de la LRJ-PAC, la resolución de un procedimiento “decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”.

Por otra parte, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 19.2 de la LFCN, los Consejeros del Gobierno de Navarra podrán recabar directamente informe preceptivo del Consejo de Navarra en los asuntos de su respectiva competencia.

### **II.3ª. Procedencia de la declaración de nulidad**

La revisión del acto presunto de concesión de la autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar en el suelo no urbanizable de Andosilla, aparece fundada en lo dispuesto por el artículo 102.1 de la LRJ-PAC que, a su vez, remite a los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la misma Ley.

De conformidad con lo prevenido por el apartado f) de este último precepto, son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos de las Administraciones públicas “contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Procede, por tanto, examinar si la autorización para la edificación de la vivienda unifamiliar en las parcelas ... y ... del polígono 3 de Andosilla resulta contraria al ordenamiento jurídico y si se han adquirido con la misma facultades o derechos, careciéndose de los requisitos esenciales para ello.

Para resolver esta cuestión, partiremos del dato de que nos encontramos ante un uso que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 80 de la normativa urbanística del Plan Municipal de Andosilla, no se encuentra entre los usos autorizables, sino que al quedar incluido entre “el

resto de actividades constructivas” no consideradas como autorizables, debe entenderse “prohibido”.

A ello ha de añadirse, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 116.1 de la LFOTU, para que puedan autorizarse viviendas nuevas en el suelo no urbanizable de preservación, debe tratarse de viviendas unifamiliares aisladas, destinadas a residencia habitual y permanente de su titular, “en las condiciones y áreas geográficas que se determinen reglamentariamente o por los instrumentos de ordenación territorial”. Para poder autorizar este uso –sigue el mismo precepto- “deberá además estar expresamente previsto en el planeamiento municipal”.

Si acudimos al desarrollo reglamentario de la LFOTU, constituido por el Reglamento de desarrollo de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, aprobado por Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril y modificado por Decreto Foral 46/1996, de 22 de enero, podremos comprobar que, conforme a su artículo 9, entre los municipios en los que se puede autorizar la construcción de una vivienda unifamiliar aislada destinada a residencia habitual y permanente, no se encuentra Andosilla, toda vez que tal régimen residencial se considera tradicional, únicamente, en la vertiente cantábrica y en el término municipal de Basaburua.

Este artículo 9 del citado Reglamento, en modo alguno puede considerarse derogado por la vigente LFOTU, toda vez que no resulta contrario a sus disposiciones, sino plenamente conforme con lo dispuesto por su artículo 116 que, como hemos visto, expresamente se remite a las “áreas geográficas que se determinen reglamentariamente”. Es más, no deja de ser revelador el hecho de que los propios titulares de la autorización invoquen en su solicitud inicial la aplicación de ese Reglamento.

Establecida, consecuentemente, la disconformidad de la edificación autorizada, tanto con el planeamiento urbanístico de Andosilla, como con la LFOTU y su Reglamento, queda por determinar si esa infracción conlleva la adquisición de facultades sin los requisitos esenciales para ello, tal y como exige el artículo 62.1.f) para la consideración del acto administrativo como nulo de pleno derecho.



A juicio de este Consejo, nos encontramos ante un acto tácito nulo de pleno derecho, por cuanto que con el mismo se adquieren facultades o derechos, careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición.

¿Cuáles son los requisitos esenciales para la adquisición de la facultad o derecho a edificar en suelo no urbanizable?

Vienen establecidos en el propio artículo 116 de la LFOTU.

En primer lugar, ha de tratarse de una edificación en “las áreas geográficas que se determinen reglamentariamente”, que conforme a lo dispuesto por el artículo 9 del Reglamento de la LFOTU son los municipios de la vertiente cantábrica y Basaburua. Y, en segundo lugar, este uso “deberá además estar expresamente previsto en el planeamiento municipal”.

En el presente supuesto, nos encontramos ante un municipio que no pertenece a la vertiente cantábrica y ante un uso que está prohibido por el Plan Municipal vigente en Andosilla.

Esto significa que los solicitantes de la autorización no reúnen los requisitos esenciales para la adquisición de la facultad o derecho a edificar en un suelo no urbanizable, dado el carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad, reflejado en la legislación urbanística de Navarra en el artículo 86.1 de la LFOTU.

Tal y como dispone el artículo 109 de la LFOTU, el derecho que tienen los propietarios del suelo no urbanizable es el de “usar, disfrutar y disponer de los terrenos de su propiedad, de conformidad con la naturaleza y destino de los mismos”, debiendo destinarlos “a fines agrícolas, forestales, ganaderos, cinegéticos u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, y dentro de los límites que, en su caso, establezcan las leyes o el planeamiento”.

Concurre, por tanto, la causa de nulidad del artículo 62.1. f) de la LRJ-PAC y procede informar favorablemente la revisión de oficio instada, sin que proceda entrar en este momento en los posibles daños y perjuicios ocasionados a los titulares de la autorización pues, al respecto, no sólo nada

se refleja en el expediente o se indica en la propuesta de resolución, sino que los propios interesados han manifestado en sus alegaciones que “no es el momento oportuno para cuantificar el presumible daño”.

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra considera que procede la revisión de oficio, por causa de nulidad de pleno derecho, del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar en las parcelas ... y ... del polígono 3, en el paraje de ..., de Andosilla, promovida por don ... y doña ....

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.