

Expediente: 11/2009

Objeto: Declaración de nulidad de acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar.

Dictamen: 19/2009, de 27 de abril

DICTAMEN

En Pamplona, a 27 de abril de 2009,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente, don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario, y los Consejeros don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio, mediante Orden Foral 0038, de 2 de marzo de 2009, acordó solicitar al Consejo de Navarra informe sobre declaración de nulidad del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar, en la parcela ... del polígono ... de Narbarte.

En la misma Orden Foral se suspendió el plazo para resolver el procedimiento de revisión, a tenor de lo establecido en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

El escrito de solicitud, presentado al amparo del artículo 19.2 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre (en adelante, LFCN), tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 9 de marzo de 2009.

En el expediente administrativo recibido en este Consejo se encuentran, entre otros, los siguientes documentos:

1. Expediente de solicitud de autorización para la construcción de una vivienda en suelo no urbanizable, remitido al Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio por el Ayuntamiento de Bertizarana, con fecha 11 de marzo de 2008, que consta de los siguientes documentos:
 - a) Resolución de la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento de Bertizarana, de 6 de marzo de 2008, por la que se acuerda solicitar informe al Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo (*sic*), ordenar a la promotora que solicite autorización a la Confederación Hidrográfica del Norte y requerirla para que aporte la documentación que acredite que la nueva edificación será vivienda permanente y habitual.
 - b) Informe de fecha 3 de marzo de 2008, suscrito por don
 - c) Solicitud de autorización para la construcción de una vivienda en suelo no urbanizable, presentada por doña ... con fecha 15 de enero de 2008.
 - d) Declaración de doña ..., de fecha 10 de marzo de 2008, de que la vivienda unifamiliar que pretende edificar será su vivienda habitual y permanente.
 - e) Acuse de recibo, de 20 de febrero de 2008, de solicitud presentada por doña ... en la Confederación Hidrográfica del Norte.
 - f) Requerimiento de documentación formulado a doña ..., el 21 de febrero de 2008, por la Confederación Hidrográfica del Norte.
 - g) Proyecto básico del arquitecto don ..., para la vivienda unifamiliar aislada ... número ..., polígono ..., parcela ..., Nartarte-Bertizarana, promovido por doña ... y don

2. Informe de la Sección de Planeamiento Urbanístico Municipal, del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo, fechado el 29 de abril de 2008.
3. Requerimiento de documentación del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo a la alcaldía del Ayuntamiento de Bertizarana, de 7 de mayo de 2008, y notificación de dicho requerimiento a la promotora en la misma fecha.
4. Solicitud de informe, de 7 de mayo de 2008, remitida por el Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo a la Sección de Recursos Hídricos de la Dirección General de Medio Ambiente y Agua.
5. Informe de la Sección de Recursos Hídricos de la Dirección General de Medio Ambiente y Agua, de 23 de mayo de 2008.
6. Contestación, de 18 de septiembre de 2008, del Ayuntamiento de Bertizarana al requerimiento del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo, remitiendo la documentación solicitada.
7. Informe del equipo redactor del Plan Municipal de Bertizarana, remitido por el Ayuntamiento de Bertizarana al Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo con fecha 18 de septiembre de 2008.
8. Informe desfavorable, de 6 de noviembre de 2008, de la Sección de Planeamiento Urbanístico Municipal del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo.
9. Instancia de doña ..., de fecha 18 de diciembre de 2008, en la que solicita se tenga por otorgada la autorización solicitada, por silencio administrativo, al no haber recibido notificación alguna desde el 19 de septiembre de 2008.

10. Certificado de silencio positivo, expedido por la Secretaria General Técnica del Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio el 14 de enero de 2009.
11. Informe de la Jefa de la Sección de Régimen Jurídico de Urbanismo, proponiendo que se inicie expediente de revisión de oficio para la declaración de nulidad del acto presunto de concesión de autorización.
12. Resolución 102, de 23 de enero de 2009, del Director General de Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se inicia el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar.
13. Escrito de alegaciones, presentado el día 6 de febrero de 2009 por doña ... , oponiéndose a la declaración de nulidad de la autorización.
14. Propuesta de Orden Foral del Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio por la que se resuelve el procedimiento de revisión de oficio y se declara la nulidad del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar en la parcela ... del polígono ... de Narbarte.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Primero.- Con fecha de 15 de enero de 2008, doña ... (otras veces llamada ... a lo largo del expediente), presentó, ante el Ayuntamiento de Bertizarana, solicitud de autorización dirigida al Gobierno de Navarra para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en ... número ..., en la parcela ... del polígono ... de Narbarte-Bertizarana (Navarra). A la instancia se adjuntó el proyecto básico firmado por arquitecto y visado por su colegio profesional.

Segundo.- Consta en el expediente un informe fechado el 3 de marzo de 2008, que hemos de suponer que se ha realizado por los servicios

técnicos municipales por la referencia que a él se contiene en la resolución de la Alcaldía de 7 de marzo de 2008. El informe es favorable a la concesión de la autorización y concluye del siguiente modo:

“En todo caso el Ayuntamiento podrá exigir la declaración expresa de vivienda habitual y permanente como titular de la parcela.

Previamente a la tramitación de la autorización al Departamento de Ordenación del Territorio y Vivienda, se podrá solicitar un informe al equipo redactor del actual Plan municipal sobre la afectación del uso residencial en la zona y la posible generación de un nuevo barrio no regulado.

Se deberá respetar 3 m de servidumbre de los caminos.

El 66% de la parcela se destinará a usos agrícolas o forestales.

El propietario deberá adquirir el 10% de aprovechamiento de cesión al Ayuntamiento.

El promotor deberá obtener la autorización necesaria de la Confederación Hidrográfica del Norte tanto para su afectación sobre la regata como por los vertidos previstos.”

En el cuerpo del informe se dice, entre otras cosas, lo siguiente:

“La autorización que se solicita va a suponer una vivienda más en un espacio que está generando un núcleo urbano disperso, con malos accesos y secciones de camino insuficientes. Estas construcciones junto a las existentes y solicitadas están creando un barrio que se ordena alrededor del camino de Arribillaga. El Ayuntamiento podrá valorar con el equipo redactor de la revisión del Plan la necesidad de controlar las autorizaciones en determinados espacios del fondo del valle que puedan dar lugar a núcleos no previstos como puede ser el caso. Por todo ello y antes de la concesión de la autorización, se podrá solicitar informe previo del equipo redactor del nuevo Plan Municipal sobre si el desarrollo previsto afecta a la parcela objeto de la solicitud”.

A la vista de dicho informe, el Alcalde de Bertizarana, oída la Comisión de Urbanismo del Ayuntamiento, resolvió solicitar informe al “Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo” (*sic*), ordenar a la promotora que solicite autorización a la Confederación Hidrográfica del Norte por tratarse de una construcción que se encuentra en la zona de afección de la regata y por los vertidos a la misma, y requerirla para que

aporte la documentación que acredite que la nueva edificación será vivienda permanente y habitual.

Tercero.- A la vista de la documentación presentada ante el Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio, el Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo ordenó completar el expediente mediante la aportación de una serie de documentos de entre los que en este momento interesa destacar solamente que se requirió al Ayuntamiento de Bertizarana que aportase un informe del equipo redactor de la revisión del Plan Municipal, en los siguientes términos:

“- La Edificación solicitada supone la cuarta vivienda en el entorno próximo y del estudio del visor SITNA podemos observar cómo han ido surgiendo pequeños núcleos de población vinculados al Camino Real, entendidos éstos como “...la agrupación de edificaciones residenciales, susceptibles de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes” definido en el art. 146 de la L.F.O.T.U. 35/2002; pudiendo llegar a originar un continuo edificado, en paralelo a la calle ... (calle principal) de Narbarte, pero dentro del suelo no urbanizable.

- El Ayuntamiento, en cumplimiento del mencionado artículo 146 de la L.F.O.T.U. 35/2002, que define los núcleos de población como “...la agrupación de edificaciones residenciales; susceptibles de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes” no debería permitir que se formase este tipo de agrupaciones en el entorno del Camino Real, salvo que su intención sea el desarrollo urbanístico de la zona, para lo cual la autorización una a una de viviendas en suelo no urbanizable no resulta el mejor modo.

A la vista del informe técnico municipal, se solicita al Ayuntamiento de Bertizarana aporte informe del equipo redactor de la revisión del Plan “en el que se valore la necesidad de controlar las autorizaciones en determinados espacios del fondo del valle que puedan dar lugar a núcleos no previstos, como puede ser el caso. Por todo ello y antes de la concesión de la autorización, se podrá solicitar informe previo del equipo redactor del nuevo Plan Municipal sobre si el desarrollo previsto afecta a la parcela objeto de la solicitud” y realice una reflexión/valoración de si es necesario establecer un nuevo estatuto para los suelos ubicados en el fondo del valle según sus previsiones de crecimiento y ordenación territorial prevista”.

Cuarto.- El equipo redactor del Plan Municipal de Bertizarana elaboró un informe sobre la compatibilidad de la autorización solicitada con el

planeamiento que se encontraba en fase de elaboración. El informe fue remitido, el día 18 de septiembre de 2008, al Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo por el Ayuntamiento de Bertizarana. En él se dice expresamente que no se valora la adecuación de la autorización al planeamiento vigente, sino a las previsiones de la ordenación futura que en ese momento se estaba elaborando, habiéndose aprobado solamente la Estrategia y Modelo de Ocupación del Territorio, previo a la redacción y aprobación del Plan Urbanístico Municipal.

En relación con el problema que aquí nos ocupa, el informe del equipo redactor del Plan General Municipal dice lo siguiente:

“... en el Modelo Municipal de Ocupación del Territorio del texto de la EyMOT se dice lo siguiente, en el apartado correspondiente al suelo no urbanizable:

«Se posibilitará, dentro de este objetivo general, la instalación de las actividades tradicionales agrícolas y ganaderas, determinando las zonas apropiadas o desaconsejadas, los usos adecuados para su localización y regulando los usos y las actividades constructivas. En especial se restringirá la implantación de actividades ganaderas en el perímetro del suelo urbano o urbanizable delimitado, a distancia mayor de la regulada por la normativa foral vigente. También se regulará de manera más selectiva la implantación de viviendas en suelo no urbanizable, para evitar que conformen núcleos de población, facilitando a los residentes pero evitando la especulación con sucesivas segregaciones.»

Existe, por tanto, una voluntad *de regular* las condiciones de implantación de viviendas en suelo no urbanizable de manera más restrictiva que en la actualidad (parcela mínima y sucesivas segregaciones, distancias entre edificaciones, distancias al suelo urbano, condiciones constructivas de las viviendas, cierres, muros de contención, movimientos de tierras, etc.) pero que se concretarían en la fase de elaboración del Plan Urbanístico Municipal, con una propuesta consensuada con el Ayuntamiento de Bertizarana.”

Quinto.- El día 6 de noviembre de 2008 se emitió informe por la Sección de Planeamiento Urbanístico Municipal del Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio, en sentido desfavorable a la concesión de la autorización solicitada.

La Sección de Planeamiento Urbanístico Municipal alude al informe del equipo redactor del Plan General Municipal de Bertizarana, deduciendo de él que la voluntad de regulación expuesta como objetivo en la Estrategia y Modelo de Ocupación del Territorio no se traduce en una categorización del suelo que resuelva el conflicto creado con los nuevos núcleos de población. A continuación se contienen los dos siguientes párrafos, que parecen imputar al equipo redactor la propuesta de informe desfavorable aunque en realidad nada de ello se suscribe por los redactores del plan, por lo que deben ser consideradas como opiniones de la Sección de Planeamiento Urbanístico Municipal a la vista del informe del equipo redactor que, como hemos visto más atrás, no se pronuncia sobre la autorización solicitada por doña ...:

“Se informa, por tanto, desfavorablemente la autorización solicitada para construir una vivienda en la parcela ... del polígono ... de Narbarte-Bertizarana, por formar parte de un núcleo de población de carácter urbano, alejado por tanto del carácter aislado-disperso que sería justificable según las determinaciones de la L.F. 35/2002.

Se informa igualmente que el núcleo de población ya ha sido constituido anteriormente, tras diversas autorizaciones por parte del departamento de Ordenación del Territorio. Se produce, por tanto, una aplicación más estricta del espíritu de la ley que la que ha venido dándose hasta fecha reciente.”

Estas opiniones de la Sección de Planeamiento Urbanístico Municipal se completan con el texto de su propuesta de denegación de la autorización, de la que extractamos los párrafos que aquí pueden interesar:

“De acuerdo con los datos existentes en el departamento de ordenación del Territorio, la vivienda propuesta constituye o forma parte de un núcleo de población a ambos lados del Camino Real (...).

La construcción de viviendas, como se ha indicado en el requerimiento de fecha 7 de mayo de 2008, deberá ser regulada por el Ayuntamiento de Bertizarana, de acuerdo con un modelo de desarrollo ordenado. En este sentido, deberá establecerse la conveniencia de potenciar o limitar el desarrollo de los núcleos de población, de carácter urbano, contrario al carácter previsto en la Ley Foral 35/2002 para el suelo no urbanizable.

De acuerdo con el reciente informe aportado por parte del equipo redactor del nuevo Plan Municipal de Bertizarana, tanto la parcela ... como las parcelas próximas ya edificadas estarán clasificadas en el nuevo Plan Municipal como Suelo No Urbanizable de Preservación (Suelo de Valor para su Explotación Natural). Dicha clasificación dificulta una correcta regulación del núcleo de población e imposibilita cualquier futura autorización, de acuerdo con los citados artículos 116 y 146 de la L.F. 35/2002. Deberá reconsiderarse, por tanto, esta clasificación.

Se informa, por tanto, desfavorablemente la autorización solicitada para construir una vivienda en la parcela ... del polígono ... de Narbarte-Bertizarana, por formar parte de un núcleo de población de carácter urbano, alejado por tanto del carácter aislado-disperso que sería justificable según las determinaciones de la L.F. 35/2002.”

Sexto.- Desde que el Ayuntamiento cumplimentó el requerimiento de información del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo transcurrieron más de dos meses sin que se notificara resolución alguna del Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio, tal como consta en el certificado expedido el día 15 de enero de 2009 por la Secretaria General Técnica del Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por el Consejero de Vivienda y Ordenación del Territorio, somete a dictamen de este Consejo la revisión de oficio del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar, en la parcela ... del polígono ... de Narrarte.

El artículo 16.1.i) de la LFCN, en su actual redacción, establece que el Consejo de Navarra deberá 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, a las siguientes materias: (...) -revisión de oficio de los actos administrativos (...)”.

También el artículo 53.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN), impone la necesidad de dictamen previo del Consejo de Navarra para declarar la nulidad de actos administrativos en procedimiento de revisión de oficio. Según este precepto la declaración de nulidad requiere, además, que el dictamen sea favorable.

II.2ª. Marco jurídico

La presente consulta versa sobre la revisión de oficio, promovida por el Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio, de un acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable.

El urbanismo es materia que está sujeta a la legislación foral, habida cuenta que Navarra, conforme al artículo 44.1 de la Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (desde ahora, LORAFNA), tiene competencia exclusiva sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

La regulación sustantiva aplicable al asunto analizado es, por tanto, la Ley Foral 35/2002, de 20 diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra (en adelante, LFOTU). En concreto, el régimen del suelo no urbanizable se regula en el capítulo IV del título III de la LFOTU, cuyo artículo 116 establece las condiciones en las que puede otorgarse autorización para la edificación:

“Artículo 116. Vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable de preservación.

1. Se podrán autorizar viviendas nuevas en suelo no urbanizable de preservación cuando se trate 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 deberá además estar expresamente previsto en el planeamiento municipal, que podrá desarrollar y concretar en su ámbito territorial las condiciones y áreas a las que se refiere el párrafo anterior.

2. La parcela mínima para construir viviendas aisladas en suelo no urbanizable no será inferior a 1.500 metros cuadrados y deberá utilizarse en el porcentaje que se fije reglamentariamente o por el planeamiento municipal, que no será inferior al 50 por 100, a actividades o usos agrarios, pecuarios o forestales no constructivos.

Esta superficie mínima, que podrá ser incrementada por los planes y normas municipales, quedará vinculada a la edificación desde el otorgamiento de la autorización, sin que pueda ser objeto de ningún acto de segregación o división del que resulten parcelas con superficies inferiores a la señalada en el párrafo anterior.

A tal efecto, la finca deberá quedar afectada con inscripción registral de la vinculación de la total superficie real a la construcción, que exprese las concretas limitaciones a su divisibilidad y edificabilidad impuestas por la autorización de la vivienda.

3. Reglamentariamente se determinará la forma de cuantificar, en base al incremento de valor de los terrenos, el aprovechamiento derivado de la autorización de la vivienda aislada.

El aprovechamiento correspondiente al propietario de la parcela es el 90 por 100, debiendo adquirir el 10 por 100 restante de la Administración titular, una vez concedida la autorización y previo al inicio de cualquier actuación.

4. Las dotaciones de servicios y el acceso a las viviendas deberán ser resueltas por los propietarios de forma autónoma e individualizada a partir de la acometida de las infraestructuras existentes, sin alterar los valores que han motivado la protección o preservación del suelo no urbanizable y respetando las normas de protección de dicho suelo.

Las obras correspondientes a las dotaciones de servicios y a la construcción del acceso podrán autorizarse junto a la autorización de la vivienda.”

Por su parte, el artículo 9 del 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, que ha de considerarse vigente en lo que no se oponga a lo establecido por la LFOTU, según se desprende de la disposición derogatoria de esta ley foral, establece lo siguiente:

“1. El Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente podrá autorizar la construcción de nuevas viviendas en suelo no urbanizable cuando se trate de vivienda unifamiliar aislada destinada a residencia habitual y permanente de su titular en las condiciones y zonas geográficas que se establecen en este artículo.

2. Las peticiones de autorización deberán acompañarse de la documentación necesaria que justifique el cumplimiento de las siguientes determinaciones:

a) La vivienda se sitúe en suelo genérico o de mediana productividad agrícola o ganadera de alguno de los siguientes municipios de la vertiente cantábrica: Bera/Vera de Bidasoa, Lesaka, Igantzi, Etxalar, Arantza, Baztán, Zugarramurdi, Urdazubi-Urdax, Arano, Goizueta, Areso, Leitza, Ezkurra, Beintza-Labaien, Saldías, Ituren, Elgorriaga Sunbilla, Doneztebe/Santesteban, Bertizarana, Urrotz, Zubieta, Eratsun, Donamaría y Oiz.

b) Lo prevea el planeamiento municipal en condiciones no contrarias a la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y a este Reglamento.

c) Las viviendas se destinen a residencia habitual y permanente de su titular, para lo cual éste deberá acreditar, junto con la solicitud de autorización, y mediante certificado municipal expedido al efecto, que ha residido en el municipio o en uno colindante durante los cinco últimos años, y acompañará declaración de que la vivienda se destinará a residencia habitual y permanente, presentando, junto con la demás documentación, aval bancario por importe de un millón de pesetas que garantice del cumplimiento de este deber legal durante los próximos cinco años.

d) Se trate de vivienda aislada de otras viviendas próximas, al menos, 200 metros, medidos desde la línea de fachada.

e) La superficie de la parcela vinculada a la edificación no sea inferior a 2.000 metros cuadrados y se utilice, al menos, el 70 por 100 de ella a actividades o usos agropecuarios o forestales no constructivos.

f) Se destine un 10 por 100 de la parcela a la plantación de arbolado, con plantaciones autóctonas o frutales.

g) La edificación se adapte, en lo básico, a la tipología edificatoria de la zona, sin que la altura pueda ser superior a tres plantas medidas en cada punto del terreno.

h) En ningún caso la edificación podrá situarse en crestas, cimas, miradores naturales, bordes de terrazas u otros lugares prominentes o singulares, ni en barrancos, lechos secos de ríos ni en los terrenos susceptibles de ser inundados o que puedan resultar insalubres o peligrosos.

i) No podrá edificarse en terrenos con pendientes naturales superiores al 10 por 100, salvo que en el expediente se justifique la incorporación de las medidas correctoras oportunas para impedir el deterioro o la erosión del terreno y el impacto paisajístico negativo.

j) No podrán autorizarse emplazamientos a menos de 50 metros de bienes inmuebles de interés cultural o de edificios o elementos de interés que participen de valores históricos, culturales o ambientales, o a distancia inferior a 30 metros del Camino de Santiago u otros itinerarios de interés. El planeamiento podrá establecer justificadamente otras distancias menores, siempre que continúe garantizándose la preservación del entorno inmediato de esta clase de bienes de interés cultural.

k) No podrán alterarse las condiciones actuales de las cañadas ni cerrar parcelas con materiales de obra, quedando prohibido el uso de las cañadas como acceso rodado.

l) No se autorizarán las obras, instalaciones, movimientos de tierra o modificaciones de la parcelación que impliquen talas de arbolado con impacto paisajístico o ecológico. La construcción procurará respetar al máximo el arbolado preexistente, debiendo incorporar en el Proyecto correspondiente las medidas de preservación adecuada a tal fin, y quedando prohibida la corta a hecho.

m) La edificación se situará a más de 200 metros de los lugares de captación de aguas potables para el abastecimiento de poblaciones.

3. A los efectos de este artículo, podrán considerarse viviendas unifamiliares aquellas edificaciones que engloben dos viviendas cuando entre sus titulares exista una relación de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad.”

II.3ª. Sobre la instrucción del procedimiento de revisión de oficio

En cuanto a la legislación aplicable al procedimiento de revisión de oficio, el artículo 52 de la LFACFN establece que la anulación, revisión y revocación de los actos y disposiciones en vía administrativa se regirá por lo establecido en la normativa básica del régimen jurídico de las

Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, con las especialidades propias derivadas de la organización de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra que se regulan en la presente Ley Foral.

El artículo 102 de la LRJ-PAC no formaliza el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos. Sin embargo, teniendo en cuenta la dicción literal de dicho precepto, cabe afirmar: 1º) La posibilidad de que el procedimiento se inicie por iniciativa propia o a solicitud del interesado (apartado 1). 2º) En un momento anterior a la propuesta de resolución ha de otorgarse audiencia a los interesados (artículo 84 de la LRJ-PAC), que además, debe preceder a la solicitud de dictamen de este Consejo. 3º) El artículo 102. 5 –en la redacción dada por la Ley 4/1999– fija un plazo de tres meses para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos, transcurrido el cual, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá la caducidad del mismo. Dicho plazo, conforme al artículo 42.5.c) del mismo texto legal, podrá ser suspendido por el tiempo que medie entre la petición de dictamen y su recepción, sin que en ningún caso exceda de tres meses, si así se acuerda por la Administración que tramita el procedimiento, debiendo comunicarse tanto la petición como la recepción del informe a los interesados.

En el presente caso, ha de entenderse adecuadamente tramitado el procedimiento ya que, instada la revisión de oficio para la declaración de nulidad del acto presunto de concesión de autorización para la rehabilitación de una vivienda unifamiliar por el órgano autor de la actuación (artículo 53 LFACFN), se dio audiencia al interesado, se suspendió el plazo legal previsto para la resolución del procedimiento y, a continuación, se ha elevado a este Consejo el proyecto de Orden Foral por la que se acuerda la nulidad del acto presunto por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho de la letra f) del artículo 62.1 de la LRJ-PAC.

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.

Así pues, hemos de concluir que el expediente ha sido tramitado conforme a Derecho.

II.4ª. Examen de la causa de nulidad invocada por el Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio

Se pretende en este procedimiento declarar la nulidad del acto administrativo presunto de autorización de construcción de vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, según el cual serán nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

De acuerdo con la Resolución 102, de 23 de enero de 2009, del Director General de Vivienda y Ordenación del Territorio, por la que se ha iniciado el procedimiento de declaración de nulidad, la LFOTU restringe la facultad de autorizar la construcción de viviendas en suelo no urbanizable de preservación a aquéllas edificaciones que cumplan la condición de “aisladas” (artículo 116 de la LFOTU). En el fundamento segundo de la citada resolución se argumenta del siguiente modo:

“En primer lugar, la Ley Foral restringe la facultad de autorizar la construcción de estas viviendas a aquellas edificaciones que cumplan la condición de “aisladas”. Dada la finalidad de estas viviendas, así como la tipología de suelo en las que se asientan, tal y como ha sido recogido por la doctrina jurisprudencial, la construcción de las mismas únicamente es viable en aquellos lugares en los que no exista la posibilidad de formación de núcleos de población, en orden a evitar la desnaturalización del suelo no urbanizable y su práctica conversión en suelo urbano. Queda claro por tanto, que la primera de las condiciones que han de cumplir estas viviendas es su carácter aislado, incompatible por tanto con el concepto de núcleo de población. Así lo recoge también el Plan Municipal de Bertizarana. (Secciones 4ª y 5ª del Título IV, y Apartado 2º de la Sección 3ª del Título V de la Normativa Particular).

Del informe emitido por el Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo con fecha de 6 de noviembre de 2008, se desprende que *“la edificación supone la cuarta vivienda en el entorno próximo y del estudio del visor SITNA podemos observar como han ido surgiendo*

pequeños núcleos de población vinculados al Camino Real, entendidos éstos como “la agrupación de edificaciones residenciales, susceptibles de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes” definido en el artículo 146 de la LFOTU 35/2002, pudiendo llegar a originar un continuo edificado, en paralelo a la calle San Andrés (calle principal) de Narbarte, pero dentro del suelo no urbanizable”.

Asimismo, según informe técnico emitido por el propio Ayuntamiento de Bertizarana, fechado el 3 de marzo de 2008, se reconoce que *“la autorización que se solicita va a suponer una vivienda más en un espacio que está generando un núcleo urbano disperso, con malos accesos y secciones de caminos insuficientes. En concreto, esta es la cuarta edificación residencial que se solicita en un perímetro de 450 m² y en una superficie de 12.500 m². Estas construcciones junto a las existentes y solicitadas están creando un barrio que se ordena alrededor del camino de Arribillaga (Herriko Bidea)”.*

Consciente el Ayuntamiento de la creación de diversos núcleos de población en suelo no urbanizable, la EMOT del nuevo Plan Municipal de Bertizarana en tramitación, prevé que: *“se regularán de manera más selectiva la implantación de viviendas en suelo no urbanizable, para evitar que conformen núcleos de población, facilitando a los residentes pero evitando la especulación con sucesivas segregaciones”.*

En definitiva, la vivienda unifamiliar cuya autorización se ha solicitado no reúne la condición de aislada, constituyendo por otro lado, junto con las viviendas ya existentes, una agrupación de edificaciones residenciales, susceptibles de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes, tal como se definen los núcleos de población en el mencionado artículo 146 de la Ley Foral 35/2002.”

Es, por tanto, la supuesta falta de la condición de aislada de la vivienda la que se aduce como justificación de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo en virtud del cual ha sido otorgada la autorización al haber transcurrido el plazo legalmente previsto sin notificar resolución alguna a la interesada.

La interesada, doña ..., se opone a la declaración de nulidad en su escrito de alegaciones, presentado el día 6 de febrero de 2009, donde alega que se trata de una parcela que contiene en su extremo un antiguo caserío que revela la vocación que históricamente ha tenido la parcela y que la edificación residencial ya existía con anterioridad. Concurren, a su juicio, los

requisitos esenciales establecidos por el artículo 116 de la LFOTU para conceder este tipo de autorizaciones. Según su criterio, la vivienda que se pretende edificar es una vivienda aislada, por contraposición a vivienda adosada, pareada o en bloque. No se ha producido, en su opinión, infracción de requisito esencial alguno que permita afirmar que el acto ha incurrido en nulidad de pleno derecho susceptible de ser declarada por el procedimiento de revisión de oficio.

El borrador de Orden Foral por el que se declara la nulidad de la autorización trata de rebatir las alegaciones de la interesada poniendo de relieve la distinta finalidad que cumple la autorización dispensada por el Departamento de Vivienda y Ordenación del Territorio respecto de la licencia municipal de obras. Mediante cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 32 de noviembre de 1999, afirma que la autorización de la Comunidad Foral tiene por objeto la valoración y comprobación de si existe o no peligro o posibilidad de formación de un núcleo de población en suelo no urbanizable.

Expuestas ambas posiciones, son precisas dos consideraciones preliminares antes de entrar en el fondo del asunto. De un lado, nuestro análisis ha de ceñirse estrictamente al limitado marco de la revisión de oficio y de la nulidad de pleno derecho; y, de otro, el principio de congruencia y el carácter extraordinario de este procedimiento imponen que la ponderación de la procedencia de la revisión de oficio haya de ajustarse a los términos señalados en la propuesta de resolución.

Como ha dicho este Consejo en numerosas ocasiones (por ejemplo, dictámenes 23/2008, 6/2006, 41/2002 y 6/2001), la nulidad de pleno derecho se configura legalmente como el máximo grado de invalidez de los actos y se reserva a aquellos casos de vulneración grave del ordenamiento jurídico, debiendo, por tanto, ser ponderada con criterios estrictos y de prudencia, dado su carácter excepcional, caso por caso. Así pues, la potestad de revisión de oficio de los actos propios tiene carácter excepcional y requiere, por ello, una ponderación estricta del vicio considerado.

La LRJ-PAC sanciona con la nulidad “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o

derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición” [artículo 62.1.f)]. Para la concurrencia de esta concreta causa de nulidad, aducida en este caso, no basta la infracción del ordenamiento, sino que, además, es precisa la carencia de los requisitos esenciales para la adquisición de las facultades o derechos. Como ya declaramos en nuestro dictamen 57/2005, de 1 de diciembre, en cuanto a la consideración de qué elementos han de ser calificados de esenciales o no para la posible aplicabilidad del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, ha de partirse de la distinción entre requisitos necesarios y requisitos esenciales, ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de esenciales. El carácter esencial es un concepto jurídico indeterminado, pero determinable teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto, referido a las condiciones relevantes e inexcusables, cuya falta impide la generación de la facultad o derecho; se refiere a una infracción cualificada, cuando el acto se funda en hechos o requisitos inexistentes o inadecuados para la adquisición de las facultades o derechos, es decir, cuando faltan los requisitos determinantes o sustanciales para el nacimiento mismo de la situación o derecho. Así pues, la falta de los requisitos esenciales sólo puede apreciarse en los casos extremos de ausencia de un presupuesto inherente a la estructura misma del acto sin el cual éste carecería absolutamente de base.

En el presente caso, las dos cuestiones fundamentales son determinar si el hecho de que la vivienda proyectada sea una edificación aislada constituye o no un requisito esencial para la autorización administrativa y determinar si se puede predicar de dicha vivienda inequívocamente el carácter de aislada, de tal manera que la autorización otorgada por silencio administrativo haya de ser considerada nula de pleno derecho conforme al artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, por falta de los requisitos esenciales para la adquisición de la facultad edificatoria.

El objeto al que se contrae la revisión es la autorización para la actividad o uso de vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable de preservación (artículos 111, 116 y 117 de la LFOTU), que es competencia

de la Administración de la Comunidad Foral, sin perjuicio del pertinente control preventivo municipal.

Como ya dijimos en nuestro dictamen 33/2008, de 23 de julio, del tenor literal y finalidad del artículo 116 de la LFOTU (preservar los valores del suelo no urbanizable y evitar la creación de núcleos de población, pues se trata de viviendas aisladas) y su concurrencia con la licencia municipal, se deducen, por lo que ahora interesa, tres requisitos esenciales que caracterizan tal autorización: 1ª) La situación de la vivienda en unas determinadas zonas geográficas; 2ª) su previsión en el planeamiento municipal; y, 3ª) la existencia de una parcela mínima con el mantenimiento de unos usos en un porcentaje mínimo debiendo, además, quedar afectada la finca con inscripción registral de la vinculación de la total superficie real a la construcción y en la que se exprese las concretas limitaciones a su divisibilidad y edificabilidad impuestas por la autorización.

A juicio de este Consejo, y atendidas tanto la naturaleza de la autorización administrativa de uso o actividad de que se trata como las circunstancias concurrentes en el supuesto, no se deduce del expediente que no se observen las circunstancias o requisitos aludidos, por las razones siguientes:

1ª) La parcela donde se emplazan las edificaciones en cuestión, está clasificada, según el Plan Municipal del Bertizarana, como suelo no urbanizable de preservación, de mediana productividad agrícola o ganadera, según se desprende del informe de los servicios municipales del Ayuntamiento de Bertizarana de 3 de marzo de 2008. Esta clase de suelo, según establece el artículo 94 de la LFOTU, es aquél que resulta protegido o preservado, por los instrumentos de ordenación territorial, por el planeamiento municipal o por la legislación sectorial de toda actividad urbanística, por razón de sus valores naturales, agrícolas, arqueológicos, culturales, etc. Para garantizar el mantenimiento de tales valores la propia Ley fija un régimen de protección que se traduce en un sistema de actuaciones o usos permitidos, autorizables y prohibidos (art. 111 de la LFOTU).

2ª) Más en concreto, proyectando lo anteriormente expresado respecto del artículo 116 de la LFOTU sobre el presente caso, se advierte que: el municipio de Bertizarana es uno de los incluidos en artículo 9.2 a) del reglamento aprobado por Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril, que más atrás hemos reproducido.

3ª) En cuanto a los demás requisitos antes expresados, nada se alega acerca de su posible incumplimiento. En ningún momento se ha puesto en duda que la superficie de la parcela vinculada a la edificación sea inferior a los 1.500 metros cuadrados exigidos por el artículo 116 de la LFOTU; ni siquiera los 2.000 metros cuadrados que establece el reglamento. Tampoco se pone en tela de juicio que se utilice para actividades o usos agrarios, pecuarios o forestales no constructivos el porcentaje de suelo reglamentariamente establecido, que no puede ser inferior al 50 por 100.

La causa que, según la Administración, justifica la declaración de nulidad es el carácter no aislado de la edificación, dado que se trata de la cuarta vivienda en el entorno próximo y que han ido surgiendo pequeños núcleos de población vinculados al Camino Real. Se trata, como puede observarse, de una consideración subjetiva, de una sospecha o peligro de que la autorización de más edificaciones en el paraje pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población impropio de la naturaleza del suelo no urbanizable.

Nos encontramos ante una circunstancia sobre la que se extiende la competencia de policía urbanística de la Administración de la Comunidad Foral, que dispone de la facultad de valorar discrecionalmente la concurrencia de la amenaza de formación de un núcleo de población en suelo no urbanizable. Pero ello no significa que su apreciación discrecional de las circunstancias concurrentes pueda ejercitarse o hacerse efectiva a través de un medio de revisión extraordinario al que sólo se puede acudir para hacer valer una infracción del ordenamiento jurídico.

Se requiere, en casos como el presente, que exista contradicción con las determinaciones contenidas en el planeamiento y el ordenamiento jurídico. El concepto de vivienda aislada no está legalmente definido, pero

se encuentran en el reglamento algunos elementos objetivos, como el de la distancia mínima de 200 metros, medidos desde la línea de fachada, con otras viviendas próximas, que no está demostrado que se incumplan en el presente caso.

Por añadidura, se ha de hacer notar que el informe solicitado al equipo redactor del Plan General Municipal de Bertizarana sobre la adecuación de la autorización al planeamiento urbanístico, no dictamina la concurrencia de contradicción alguna con el planeamiento vigente. La opinión de los expertos que han redactado dicho informe se contrae a la compatibilidad de la actuación pretendida por doña ... con las determinaciones de un Plan Urbanístico Municipal futuro, que aún no ha sido aprobado. Y ni siquiera se concluye en una contradicción entre ambos, sino que se dice simplemente que “existe voluntad de regular las condiciones de implantación de viviendas en suelo no urbanizable de manera más restrictiva que en la actualidad (parcela mínima y sucesivas segregaciones, distancias entre edificaciones, distancias al suelo urbano, condiciones constructivas de las viviendas, cierres, muros de contención, movimientos de tierras, etc.) pero que se concretarían en la fase de elaboración del Plan Urbanístico Municipal”. En definitiva, no se acredita que la construcción para la que se ha solicitado autorización a la Comunidad Foral de Navarra vulnere normas vigentes sobre edificación en suelo no urbanizable.

En consecuencia, consideramos que no ha quedado demostrada en el presente caso la ausencia de requisitos esenciales para la obtención de la autorización administrativa para vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable de preservación, ya que la actividad desarrollada se ubica en un lugar geográfico y en una clase de suelo en el que dicho uso puede ser autorizado, estando además previsto por el ordenamiento jurídico-urbanístico municipal, sin que por otra parte se haya alegado nada en contra del cumplimiento del requisito esencial relativo a la superficie mínima y porcentaje de actividades agrarias.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que no procede la declaración de nulidad, en procedimiento de revisión de oficio, del acto presunto de concesión de autorización para la construcción de una vivienda unifamiliar, en la parcela ... del polígono ... de Narbarte.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.