

DICTAMEN: 158/08, de 19 de juny

MATÈRIA: Revisió d'ofici

DEPARTAMENT: Governació i Administracions Públiques

PONENT: Enric Argullol i Murgadas

Revisió d'ofici d'un Decret de l'Alcaldia de l'Ajuntament de Ginestar pel qual es concedí una llicència per a la construcció d'un magatzem agrícola als Srs. C. E. S. i G. R. S.

ANTECEDENTS

Es dedueixen del Dictamen.

FONAMENTS JURÍDICS

I. La intervenció de la Comissió Jurídica Assessora en aquest expedient es fa a l'empara d'allò que disposa l'article 102 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), i de l'article 8.3.c) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora de la Comissió Jurídica Assessora. L'article 102 esmentat subjecta a dictamen previ favorable de l'òrgan consultiu corresponent la revisió d'ofici dels actes nuls de ple dret.

En aquest cas, la sol·licitud de revisió de l'Ajuntament de Ginestar, tramesa pel conseller de Governació i Administracions Públiques, és sobre la declaració de nul·litat d'una resolució autoritzatòria d'obres i usos dictada per l'entitat local en exercici de la potestat de revisar els actes i les disposicions propis, en els termes que estableix la legislació reguladora del procediment administratiu, que reconeix a les entitats locals l'article 53 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, i l'article 173 de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (Text refós aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 29 d'abril).

Cal fer constar que la intervenció de la Comissió no només és preceptiva sinó que, a més, és vinculant; però se situa sempre en el marc dels procediments relatius a la nul·litat radical o de ple dret dels actes administratius, que no és l'única manera d'afectar-ne la integritat, ja que, si la regla general és que la il·legalitat comporta anul·labilitat, aleshores la revisió es fa segons el règim previst per l'article 103 de la LRJPAC.

II. L'article 102.1 de la LRJPAC determina que les administracions públiques, en qualsevol moment, per iniciativa pròpia o a sol·licitud d'un interessat, i amb el dictamen previ favorable de l'òrgan consultiu, poden declarar, d'ofici, la nul·litat dels actes administratius que hagin posat fi a la via administrativa o contra els quals no s'hagi interposat cap recurs en els supòsits en què incorrin

en algun dels vicis de nul·litat radical previstos en l'article 62.1 de la mateixa norma. En aquest expedient s'al·lega la concurrència de la causa de nul·litat de la lletra e).

En el procediment de revisió s'han de respectar les determinacions específiques de l'article 102 de la LRJPAC, així com les disposicions generals sobre el procediment administratiu contingudes en el títol VI d'aquesta Llei. En aquest sentit es constata que, efectivament, l'acord d'inici de l'expedient fou adoptat per l'Alcaldia; que la titular de la Secretaria Municipal emeté un informe específic, i que la proposta fou aprovada pel Ple municipal. En el decurs de la tramitació es donà vista de l'expedient als destinataris de l'autorització que es proposa revisar.

Cal fer constar, a més, que per Decret de l'Alcaldia s'acordà suspendre el termini per resoldre. La suspensió és de 4 de febrer de 2008, de manera que, en haver-se iniciat l'expedient el 3 de desembre de 2007, no incorre en caducitat pel transcurs del termini previst en l'article 102.5 de la LRJPAC.

III. L'objecte de l'expedient de revisió és el Decret de l'Alcaldia 6/2006, de 5 de gener, de concessió d'una llicència municipal per a la construcció d'un magatzem agrícola; resolució administrativa ferma respecte de la qual, directament, no està pendent cap recurs judicial, cosa que exigeix l'article 102 esmentat.

S'ha d'aclarir que la Generalitat de Catalunya va recórrer davant l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu la denegació presumpta per part de l'Ajuntament de la sol·licitud del director general d'Urbanisme de revisió d'ofici de la llicència –Recurs ordinari XXX, del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1, de Tarragona–, però es tracta d'una acció contra una resolució municipal diferent, encara que íntimament connectada a la llicència objecte de revisió. En conseqüència, no afecta la condició d'absència de procés judicial en l'acte objecte de revisió exigida per l'article 102.1 de la LRJPAC.

IV. Segons es desprèn de l'expedient, l'alcalde de Ginestar va concedir, el 5 de gener de 2006, la llicència d'obres sol·licitada el 30 de desembre de 2005 per a la construcció d'un magatzem agrícola en una finca rústica situada entre els punts quilomètrics 54 i 55 de la carretera C-12. El terreny està classificat, segons la delimitació de sòl aprovada el 20 de desembre de 1982, com a sòl no urbanitzable, i, segons el Pla territorial de les Terres de l'Ebre, de 15 de maig de 2001, com a sòl lliure de protecció funcional, zona de boscos i matolls. Cal recordar dos aspectes de l'article 78 de les Normes d'aquest Pla territorial, que disposa que, en aquest sòl "1. Només s'admeten els usos de naturalesa rural compatibles amb el manteniment de les condicions naturals i els valors que són objecte de protecció. 2. Els aprofitaments forestals han de respondre a un pla tècnic de gestió i millora forestal, autoritzat pel Departament de Medi Ambient [...]". I l'article 79

determina, com a condicions d'edificació, el següent: "Sobre els terrenys qualificats de bosc i matoll es podran realitzar, amb llicència municipal prèvia, construccions destinades a explotacions agrícoles, forestals o ramaderes que tinguin relació amb la naturalesa i destinació de la finca i s'ajustin, si escau, als plans o normes del Departament de Medi Ambient [...]."

La finca per a la qual s'autoritza la construcció té 1.325 m² d'extensió.

També s'ha de tenir en compte que en la finca, a 25 metres de les obres de construcció, es troba el jaciment arqueològic de Sant Antoni. Així mateix, consta que en aquest indret, l'any 2003, s'efectuà una rompuda de terreny forestal sense permís del Departament de Medi Ambient, que va provocar danys i la pràctica destrucció d'un fons de cabana, de les habitacions 1 i 2. Iniciades les obres del magatzem agrícola, la Direcció General del Patrimoni Cultural va advertir l'Ajuntament de l'afectació del jaciment i en va sol·licitar la suspensió, d'acord amb els articles 52, 77.1 i 77.2 de la Llei 9/1993, del patrimoni cultural català, i de l'article 21.2 del Decret 78/2002, de 5 de març, del Reglament de protecció del patrimoni arqueològic i paleontològic en obres o actuacions subjectes a llicència municipal.

D'altra banda, en el decurs de la realització de les obres del magatzem, ara concluses, els serveis de la Direcció General d'Urbanisme i, també, els serveis municipals van constatar que s'introduïen canvis respecte del Projecte autoritzat (escala exterior, terrassa, forma i mida de les portes i de les finestres) i s'incorporava una distribució interior que possiblement s'adiu a l'ús d'habitatge. La Direcció General va concloure que, en realitat, s'estava realitzant un habitatge familiar.

Certament, les desviacions que s'hagin produït en el decurs de la realització de les obres en relació amb el Projecte que acompanyava la sol·licitud de llicència no són l'objecte propi d'aquest expedient, ni s'hi ha de manifestar aquest òrgan consultiu, sinó que cal situar-les en el camp de la disciplina urbanística; ara bé, aquestes desviacions poden derivar de les qualitats del Projecte constructiu autoritzat, i només des d'aquesta perspectiva ara poden ser rellevants.

V. L'Ajuntament de Ginestar considera que la llicència atorgada és nul·la de ple dret en estar viciada per la causa de la lletra e) de l'article 62.1 de la LRJPAC, en haver-se prescindit totalment i absolutament del procediment establert. No ho diu d'una manera clara, però és l'única causa expressament esmentada en la proposta aprovada pel Ple municipal. Examinarem en aquest fonament si es donen aquestes circumstàncies, i, en el següent, prendrem en consideració si la resolució municipal pot estar afectada per altres causes de nul·litat absoluta.

Per dilucidar si en l'atorgament de la llicència es va incórrer en la causa de l'article 62.1.e), és necessari recordar alguns elements del règim jurídic del sòl no urbanitzable, regulat pels articles 47 i següents del Decret legislatiu 1/2005. Després d'afirmar que "[...] Els propietaris o propietàries

de sòl no urbanitzable tenen el dret d'ús, de gaudi i de disposició de llurs propietats, d'acord amb la naturalesa rústica dels terrenys, sempre sota els imperatius derivats del principi d'utilització racional dels recursos naturals i dins els límits establerts per aquesta Llei", la Llei admet la reconstrucció i rehabilitació de masies i cases rurals (article 47.3), actuacions específiques per a activitats o equipaments d'interès públic que s'hagin d'emplaçar en medi rural (article 47.4) i –a més del turisme rural, càmpings, benzineres i instal·lacions per a obres públiques– noves construccions, "respectant sempre les incompatibilitats i les determinacions de la normativa urbanística i sectorial aplicable" (article 47.6), relatives a l'activitat agrícola o d'explotació de recursos naturals i les destinades a habitatge familiar "que estiguin directament i justificadament associades a una de les activitats d'explotació" agrícola o similar (article 47.6.b)). Aquest apartat 6 és el supòsit que interessa en aquest cas.

El procediment per autoritzar aquestes construccions està regulat en l'article 49, en relació amb l'article 47.8. En essència, el procediment previst que, per remissió, es conté en l'article 48 implica la doble intervenció de l'Ajuntament i de l'Administració urbanística, essent aquesta tramitació prèvia a la llicència municipal, segons l'article 47.8.

Ara bé, s'ha de verificar si la construcció del magatzem agrícola –que després han transformat en habitatge familiar– s'inclou o no en els supòsits materials als quals fan referència les lletres a) i c) de l'article 49, que, com s'acaba de dir, prescriuen l'aplicació d'aquest procediment qualificat:

"a) Als projectes de construccions a què es refereix l'article 47.6.a, pròpies d'una activitat agrícola, ramadera o, en general, rústica, si se superen els llindars que estableixen el plantejament urbanístic general o els plans especials [...].

c) Als projectes de noves construccions a què es refereix l'article 47.6.b, destinades a habitatge familiar [...] i als projectes a què es refereix la lletra a en tots els casos en què incorporin aquests usos. En qualsevol cas, els esmentats usos han d'estar directament i justificadament associats a l'explotació rústica de què es tracti [...]."

De fet, en el present cas, interessa la regulació de la lletra a), ja que, si bé la presència de l'ús d'habitatge sempre implica la necessitat de seguir el procediment qualificat, en aquest supòsit la necessitat es pot considerar sobrevinguda per la via de la infracció, i difícilment podia conèixer-se en el moment de la tramitació. La lletra a) s'ha d'entendre de la manera següent: si no existeix el planejament esmentat, o aquest no ha fixat els llindars, és impossible aplicar la modulació prevista –que desenvolupa un paper d'excepció per a les iniciatives que se situen per sota del llindar– i en tots els casos és d'aplicació el procediment de l'article 48. Per tant, tenint en compte la lletra a) hauria d'haver-se seguit el procediment qualificat per autoritzar la construcció d'un magatzem agrícola, cosa que no es va fer.

La qüestió a plantejar-se ara és si la infracció procedimental pot subsumir-se en la causa de la lletra e) de l'article 62 de la LRJPAC. És clar que la infracció no pot considerar-se una incorrecció procedimental en el marc d'una tramitació regular, sinó que s'ha obviat una fase essencial del procediment; precisament els aspectes que converteixen un procediment simple –la llicència municipal– en un de complex o qualificat amb la intervenció d'una altra Administració i, per tant, s'ha prescindit de la consideració d'interessos públics de dimensió supramunicipal, a més dels de caràcter local. Es pot dir que manca un procediment –la fase autonòmica– que s'integra en el procediment complex que comprèn també el normal de la llicència d'obra. Es dona, doncs, una absència substancial de procediment que es correspon amb la causa de nul·litat al·ludida. En un sentit similar es manifestà el Dictamen 174/04 d'aquesta Comissió Jurídica Assessora. En definitiva, es pot afirmar que la infracció procedimental presenta les característiques exigides per l'article 62.1.e) de la LRJPAC.

VII. Examinarem a continuació si la llicència atorgada pot estar viciada per alguna altra causa. De les relacionades en l'article 62.1 interessa, en particular, la de la lletra f), que disposa la nul·litat dels actes contraris a l'ordenament en virtut del qual s'adquireixen facultats o drets quan no es reuneixen els requisits essencials per adquirir-los.

Aquesta Comissió ha cridat reiteradament l'atenció sobre les dificultats interpretatives que aquest precepte presenta, en especial en el camp urbanístic, i recorda el caràcter excepcional de la nul·litat radical en relació amb la regla general de l'anul·labilitat dels actes administratius il·legals. Així, qualsevol llicència que atorgui aprofitament amb característiques o intensitat superior a la prevista pel planejament, implica una infracció de l'ordenament, però no per aquest motiu hem d'entendre que és nul·la, sinó que sovint les infraccions de les condicions d'edificació o ús faran que la llicència sigui anul·lable (dictàmens 375/01, 330/02, 377/02, 162/05, 148/06 i 184/06, entre d'altres). Ara bé, s'han anat perfilant els criteris que permeten apreciar la concurrència de la causa de nul·litat de la lletra f). Així, en el Dictamen 375/01 –i, en la mateixa orientació, dictàmens 399/01, 129/02 i 99/07–, s'ha indicat que el concepte de requisits essencials per adquirir dret pot permetre apreciar l'existència de nul·litat radical en supòsits de col·lisió qualitativa respecte de l'ordenació, com succeiria, per exemple, en els supòsits de llicències que emparessin actuacions incompatibles amb el règim del sòl. I en el Dictamen 330/02 es va considerar que “per identificar un supòsit de nul·litat radical no n'hi ha prou amb una discrepància del contingut de la llicència amb l'ordenació urbanística, sinó que és necessari, a parer d'aquesta Comissió, que la discrepància sigui substancial. Dit amb altres paraules, que es produeixi un xoc qualificat, bé per la magnitud del contrast, bé per l'especial cura que el legislador i, a la seva empara, el planejament,

posa respecte de determinats aspectes". En un sentit similar, s'argumenta en nombrosos dictàmens (66/04, 330/04, 147/05, 106/06, 369/06, 136/07 i 182/07).

Així, s'ha considerat que el vici comporta nul·litat en la concessió d'una cèdula d'habitabilitat o habitatge construït en una zona forestal (Dictamen 7/07) o en intervencions contràries a la normativa sobre la protecció del patrimoni arquitectònic (dictàmens 330/02 i 337/02), per fer referència explícita a supòsits relacionats amb aspectes del present cas.

Per verificar la possible existència de la causa de nul·litat de la lletra f), hem de recordar algunes de les característiques de la implantació, l'autorització de la qual es vol revisar.

La finca en què se situa –recordem-ho– està classificada com a sòl no urbanitzable i qualificada com a sòl lliure de protecció funcional, zona de boscos i matolls. La superfície és de 1.325 m², i la normativa sectorial que s'ha d'observar, segons disposa l'article 47.6 del Decret legislatiu 1/2005, prescriu que la unitat mínima forestal és de 250.000 m² (Decret 35/1990). Es projecta construir un magatzem agrícola sense activitat agrícola coneguda o acreditada o, en tot cas, del tot insuficient atesa la superfície de la finca, tot i que la lletra a) de l'article 47.6 del Decret legislatiu 1/2005 només estableix les construccions pròpies d'una activitat agrícola, i l'article 79 de les Normes del Pla territorial de les Terres de l'Ebre les que tinguin relació amb la naturalesa o destinació de la finca. L'article 47.6 exigeix també que les noves construccions respectin les incompatibilitats de la normativa urbanística. L'ús autoritzat és incompatible amb la regulació establerta pels articles 78 i 79 de les Normes del Pla territorial esmentat.

D'altra banda, s'ha infringit la legislació del patrimoni cultural en no sol·licitar l'autorització preceptiva de l'Administració autonòmica (Decret 78/2002, de 5 de març).

Tot aquest conjunt de circumstàncies porten a estimar que la infracció de l'ordenament urbanístic té l'impacte i la qualitat per a generar un vici de nul·litat absoluta, a l'empara de l'article 62.1.f) de la LRJPAC.

Es pot afegir encara una argumentació addicional. L'article 202 del Decret legislatiu 1/2005, en recollir la remissió de la lletra g) de l'article 62.1 de la LRJPAC, disposa que seran nul·les de ple dret les llicències amb infracció de les previsions urbanístiques en els terrenys classificats en virtut de l'article 32.a) de la mateixa Llei urbanística, que inclou com a preceptiu el criteri següent: "Constitueixen el sòl no urbanitzable: a) Els terrenys que el pla d'ordenació urbanística municipal ha de classificar com a no urbanitzables per raó dels factors següents, entre d'altres:

Primer. Un règim especial de protecció aplicat per la legislació sectorial i pel planejament territorial que exigeixi aquesta classificació com a conseqüència de la necessitat o la conveniència d'evitar la transformació dels terrenys per a protegir-ne l'interès connector, natural, agrari, paisatgístic, forestal o d'un altre tipus."

Certament, en aquest cas manca el Pla d'ordenació urbanística municipal, que és l'instrument a què remet l'article 32, però hi són presents tots els elements per incloure la finca per a la qual es va concedir la llicència que es revisa en el sòl no urbanitzable de la lletra a). Ara bé, aquestes dades confirmen la inclusió de la infracció present en la llicència en el vici de nul·litat radical de la lletra f) de l'article 62.1 de la LRJPAC.

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la revisió d'ofici per nul·litat de ple dret de la llicència municipal per a la construcció d'un magatzem agrícola, atorgada pel Decret 6/2006, de 5 de gener, de l'Alcaldia de Ginestar.