



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 25 de junio de 2009, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 7 de mayo de 2009 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio de la Resolución de 30 de julio de 2008, del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx, por la que se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, modalidad concertadas, a determinadas viviendas promovidas y adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A., en la ciudad de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 12 de mayo de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 460/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- Mediante la Orden FOM/1.540/2003, de 26 de noviembre, se aprueban las bases de la convocatoria pública para conceder ayudas a los promotores de viviendas concertadas. La base 4ª, apartado d) de la citada Orden recoge, como una de las obligaciones que debe cumplir el promotor de las



viviendas que sea seleccionado, que el precio máximo de venta en primera transmisión de cada vivienda y sus anejos será el establecido en el Anexo 6, que dispone que en el caso de la promoción de 20 viviendas concertadas a llevar a cabo en xxxxx, el precio máximo de venta -según estudio básico- ha de ser de 1.044.263, 89 euros.

Por Orden FOM/980/2005, de 20 de julio, se resuelve la convocatoria pública de ayudas a promotores de viviendas concertadas, según la cual para la promoción de viviendas concertadas en xxxxx resulta adjudicataria la empresa constructora qqqqq, S.A., por lo que está obligada a cumplir con la oferta recogida en la Orden que establece las bases de la convocatoria.

Segundo.- Por Resolución de 30 de julio de 2008, del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx, se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, en la modalidad de viviendas concertadas de gestión pública CTD de precio general, al amparo del Plan 2005/2008 para 20 viviendas, 20 trasteros y 20 garajes vinculados, emplazados en la calle xxxx1 c/v xxxx2, en el municipio de xxxxx, promovidas por la entidad Construcciones qqqqq, S.A., para las que se había solicitado el 30 de noviembre de 2006 la calificación provisional, otorgada mediante Resolución del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx de 27 de diciembre de 2006.

Tercero.- Mediante escrito del Servicio Territorial de Fomento de 24 de octubre de 2008 se hace constar que, examinado el expediente correspondiente a la calificación provisional, se comprueba la existencia de un error consistente en que los precios señalados no fueron correctos, ya que el precio de venta por m² útil para la vivienda debió ser de 764,71 euros y para los garajes y trasteros de 458,83 euros.

Sin embargo el precio máximo de venta por m² que figuró en la calificación provisional fue de 1.112,30 euros para la vivienda y 667,38 euros para los garajes y trasteros, por lo que la entidad mercantil qqqqq S.A. recibió una ayuda superior a la que le hubiera correspondido de haberse señalado correctamente los precios.

En la calificación definitiva, si bien se contempla que el precio básico aplicable asciende a 695,10 euros y que el coeficiente a aplicar es de 1,10, no se recoge correctamente el precio máximo de venta por metro cuadrado útil,



que no es de 1.112,30 euros sino de 764,71 euros; y ello a causa de que el coeficiente multiplicador no es el que figura en la calificación definitiva (1,10), sino 1,60. La calificación definitiva aplica un precio máximo/m² superior al legalmente establecido, lo que provoca que el precio máximo de las viviendas que constituyen la promoción sea de 1.341.175,73 y no de 1.044.263,89 euros, como contempla la Orden de convocatoria para la adjudicación de viviendas concertadas y a la que ha de someterse la empresa adjudicataria.

Como consecuencia de lo anterior, no se procede a visar el contrato de compraventa solicitado por la entidad mercantil qqqqq S.A., la cual presenta escrito de alegaciones oponiéndose, con base en lo expresado en el preámbulo de la Orden FOM/980/2005, de 20 de julio, por la que se resuelve la convocatoria pública de ayudas a promotores de viviendas concertadas. Indica en su escrito: "Se pone de manifiesto el carácter transitorio de la cuantía que aparece en la Orden de la convocatoria, pues tal ayuda será siempre el 20% de precio de venta que figure en al calificación de las viviendas como consecuencia de aplicar unos parámetros de naturaleza variable (superficie en metros cuadrados, precio básico a nivel nacional y factor aplicable) y que conforme a la legislación vigente solo son determinables en el momento de la Calificación de las viviendas".

Cuarto.- Por parte de los adquirentes de las viviendas se solicita al Servicio Territorial de Fomento de xxxxx que se subsane el error y les sea devuelta la diferencia entre el dinero desembolsado y el que efectivamente debieron haber pagado.

En escrito de 18 de enero de 2009, la Dirección General de Vivienda y Arquitectura indica que, tras el error observado, la empresa qqqqq S.A. no cumple uno de los requisitos esenciales para obtener el préstamo y la promoción de las viviendas de protección pública, modalidad concertadas.

Quinto.- El 16 de enero de 2009 los adquirentes de las viviendas interponen recurso extraordinario de revisión por el error de hecho advertido en la calificación definitiva.

Sexto.- Mediante Resolución de 6 de febrero de 2009, de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en xxxxx, se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de 30 de julio de 2008, del



Servicio Territorial de Fomento de xxxxx, por la que se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, modalidad concertadas, adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A.

Séptimo.- Instruido el procedimiento se concede trámite de audiencia y pone de manifiesto el expediente a los interesados para que presenten los documentos y alegaciones que estimen pertinentes.

La empresa qqqqq S.A. presenta el 19 de febrero de 2009 un escrito de alegaciones, reiterándose en lo ya expuesto en el escrito emitido contra el visado del contrato.

El resto de interesados (los adquirientes de las viviendas) manifiestan estar de acuerdo con el inicio del expediente de revisión de oficio.

Octavo.- El 27 de febrero de 2009 se formula propuesta de resolución en el sentido de que procede declarar, de conformidad con el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 30 de julio de 2008, del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx, por la que se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, modalidad concertadas, adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A., al concurrir el supuesto contemplado en la letra f) del artículo 62.1 de la citada Ley.

Noveno.- El de abril de 2009 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Fomento emite informe en el que manifiesta que, de acuerdo con la doctrina a la que hace referencia, se desprende que el otorgamiento de la calificación definitiva de viviendas de protección oficial y la subvención concedida, más que encuadrarse en el supuesto de invalidez radical del artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, constituye un supuesto de anulabilidad contemplado en el artículo 63.1 de la citada norma.

Décimo.- Mediante escritos de fecha 6 de abril de 2009, notificados a los interesados debidamente, se suspende el plazo para resolver y notificar el procedimiento, hasta se emita el correspondiente informe preceptivo del Consejo Consultivo de Castilla y León.



Decimoprimer.- El 7 de abril de 2009 el Servicio de Estudios, Planificación y Recursos emite informe sobre la procedencia de la revisión de oficio.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto 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. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde al Director General de Vivienda y Arquitectura de la Consejería de Fomento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 63.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

3ª.- El artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que "Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia



o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán 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 artículo 62.1".

Por lo tanto, para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho es necesario que concurren los siguientes presupuestos:

- Que dicho acto haya puesto fin a la vía administrativa y haya causado estado en dicha vía.
- La existencia de un acto administrativo finalizador de un procedimiento o que haya ganado firmeza por no haber sido impugnado en tiempo y forma.
- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por la persona interesada.

4ª.- A la vista de lo expuesto debe analizarse si en el procedimiento por el que se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, modalidad concertadas, adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A., concurren los requisitos necesarios para proceder a su revisión de oficio.

Al respecto, este Consejo Consultivo no puede mostrarse de acuerdo con la propuesta de resolución remitida, ya que aunque la Resolución de 30 de julio de 2008, del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx, por la que se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, modalidad concertadas, adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A., al poner fin a la vía administrativa puede ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio, no concurre, sin embargo, la causa invocada por la Consejería de Fomento, esto es, la de que dicha resolución constituya un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren derechos o facultades, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición, en este caso, por qqqqq S.A., al resultar beneficiaria de la ayuda a promotores de viviendas concertadas convocada por la Orden FOM/1.540/2003, de 26 de noviembre.



Así, en el Dictamen 384/2004, de 30 de agosto, de este Consejo Consultivo, ya fue recogida la doctrina según la cual “La revisión de oficio de los actos administrativos constituye un cauce de utilización excepcional y de carácter limitado, ya que comporta que, sin mediar una decisión jurisdiccional, la Administración pueda volver sobre sus propios actos dejándolos sin efecto. De ahí que no cualquier vicio de nulidad de pleno derecho permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ésta es sólo posible cuando concurra de modo acreditado un vicio de nulidad de pleno derecho (o de anulabilidad cualificada) de los legalmente previstos.

»Debe recordarse que el vicio de nulidad previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 (“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”), e invocado en este caso, viene siendo interpretado muy estrictamente por el Consejo de Estado. Una aplicación en puridad de dicha categoría, de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (artículo 63 de la misma Ley 30/1992), postula evitar un entendimiento amplio de los “requisitos esenciales” para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez.

»Tal y como señalaba el Consejo de Estado en su Dictamen 1.393/1998, de 9 de septiembre, procede recordar el criterio riguroso que se viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendido por tal el legalmente exigido), arrasaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica al permitir cuestionar, en cualquier momento, no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario”.



Por otro lado, si bien resulta evidente que no cabe una determinación apriorística y de carácter general acerca de cuándo un requisito resulta "esencial" para la adquisición de un derecho o de una facultad, se puede extraer, tanto de la doctrina de este Consejo como de la del Consejo de Estado, una serie de supuestos ilustrativos que permiten analizar correctamente la propuesta de la Consejería de Fomento sobre la que corresponde emitir dictamen.

Así, ante un supuesto de un reconocimiento de compatibilidad a un funcionario de Administración Local que se vuelve improcedente por la asignación a su puesto de un complemento específico determinado (motivo por el que dicho reconocimiento de compatibilidad pretende revisarse), ya manifestó este Consejo Consultivo que "La premisa básica sobre la que se construye la posibilidad de reconocer la compatibilidad está constituida por la posesión de la condición de funcionario público y su situación en servicio activo. Por ello, al no carecer el interesado de los requisitos esenciales entendidos como presupuestos necesarios para que pueda considerarse la resolución administrativa de reconocimiento de compatibilidad como carente absolutamente de base, estaríamos ante un caso de infracción grave de una norma legal por un acto administrativo, supuesto que se encuadra con naturalidad en el del artículo 63 de la Ley 30/1992, a pesar de la aparente conexión que pudiera presentar la resolución viciada con el supuesto de actos nulos de pleno derecho" (Dictamen 546/2004).

Por su parte, el Consejo de Estado considera el hecho de haber obtenido el "título de médico" como un "requisito o presupuesto esencial" para ser nombrado médico forense (Dictamen 3.204/1.995), o contar con una licenciatura y haber realizado los cursos de doctorado para acceder al grado de Doctor (Dictamen 54.547, de 17 de julio de 1990). Ahora bien, no se conceptúa como requisito esencial el ser titular de una autorización de carácter nacional o comarcal para obtener una subvención (Dictamen 1.979/1994), el tener la condición de agricultor a título principal a los efectos de una ayuda (Dictamen 5.380/1997), o el no ser pesado sino ligero el vehículo de un beneficiario de una subvención (Dictamen 5.380/1997).

Trasladando toda la doctrina anterior al presente caso, puede concluirse que no cabe considerar que la Resolución de 30 de julio de 2008, del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx, por la que se otorga la calificación definitiva de



viviendas de protección pública, modalidad concertadas, adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A., sea nula de pleno derecho, por concurrir el requisito recogido en la letra f) del artículo 62.1 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no haberse cumplido por la entidad adjudicataria lo dispuesto en la base 4^a, apartado d) de la Orden FOM/1.540/2003, de 26 de noviembre en la que se establecen las bases de la convocatoria pública para conceder ayudas a los promotores de viviendas concertadas. Esta base señala (como una de las obligaciones que debe cumplir el promotor de las viviendas seleccionado) que el precio máximo de venta en primera transmisión de cada vivienda y sus anejos será el establecido en el Anexo 6, el cual dispone, a su vez, que en el caso de la promoción de 20 viviendas concertadas que se va a llevar a cabo en xxxxx, el precio máximo de venta -según estudio básico- ha de ser de 1.044.263, 89 euros.

El reconocimiento de la calificación definitiva de vivienda de protección oficial exige el cumplimiento de la normativa reguladora de este tipo de viviendas, recogida en el Real Decreto Ley 31/1978 de 31 de octubre, sobre política de vivienda de protección oficial, y el Real Decreto 3.148/1978 de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de viviendas de protección oficial. Al tratarse de una subvención, exige la concurrencia de los requisitos señalados en el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del plan 2002-2005 y en el Decreto 52/2002, de 27 de marzo, de Desarrollo y Aplicación del Plan Director de Vivienda y Suelo de Castilla y León 2002-2009.

El artículo 22 del citado Decreto dispone que "1.- Las viviendas concertadas son aquellas viviendas de protección pública cuya promoción para su venta haya sido impulsada por la Administración de la Comunidad de Castilla y León mediante la cesión de suelo propiedad de esta Administración a favor del promotor de viviendas, y/o la concesión a éste de los incentivos que se establezcan en la correspondiente convocatoria, y sean calificadas como tales por la Administración de la Comunidad de Castilla y León. El precio máximo de venta por metro cuadrado de superficie útil de las viviendas y anejos será el establecido en el artículo 7 para cada una de las modalidades previstas en el mismo, sin perjuicio de la posibilidad del establecimiento de un coeficiente reductor, conforme dispone dicho precepto en su apartado quinto.

(...)



»3.- La selección de los promotores de viviendas concertadas se llevará a cabo previa convocatoria pública cuyo régimen jurídico vendrá determinado por la aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y normativa autonómica en materia de subvenciones que resulte de aplicación. Asimismo, se aplicarán las prescripciones de la legislación vigente de contratación administrativa en los términos previstos en este Decreto y normativa de desarrollo sin perjuicio de lo que establezcan las bases y convocatorias respectivas.

»4.- La aprobación de las bases de la convocatoria pública y su resolución corresponderá al Consejero competente en materia de vivienda. Cada convocatoria de promoción concertada se realizara con la debida publicidad mediante su inserción en el «Boletín Oficial de Castilla y León» y en uno de los periódicos de mayor difusión de la provincia en la que se proyecte la promoción. (...).

A la convocatoria pública podrán presentarse las personas naturales y jurídicas, españolas o extranjeras que, teniendo plena capacidad de obrar y estando constituidas de acuerdo a las normas reguladoras de sus respectivos regímenes jurídicos cumplan los requisitos exigidos en los artículos 15 y siguientes de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.

En el presente caso, el otorgamiento de la calificación definitiva como viviendas de protección oficial y la subvención concedida no constituyen un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 f) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, al considerar que no se trata de “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Constituiría el incumplimiento de un requisito esencial el que el promotor de la vivienda no fuera una persona natural o jurídica, española o extranjera que, teniendo plena capacidad de obrar y estando constituida de acuerdo a las normas reguladoras de sus respectivos regímenes jurídicos, cumplan los requisitos exigidos en los artículos 15 y siguientes de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este caso, la empresa qqqqq S.A. cumple el requisito exigido para ser promotor de viviendas concertadas.



La subvención se ha concedido infringiendo lo establecido en la base 4ª, apartado d) de la Orden FOM/1.540/2003, de 26 de noviembre, pero tal infracción no se puede considerar un incumplimiento de un requisito esencial para su adquisición, sino un incumplimiento del ordenamiento jurídico, al no ajustarse la empresa adjudicataria al precio establecido en la citada base.

De conformidad con la doctrina anteriormente referida, no cabe apreciar la falta de los requisitos esenciales en el solicitante de la calificación definitiva y de la subvención, ni de los elementos definitorios de la estructura del acto administrativo. Ello no implica, sin embargo, que no se haya producido en la orden de concesión una infracción grave, tanto de la Orden FOM/980/2005, de 20 de julio, que resuelve la convocatoria pública de ayudas a promotores de viviendas concertadas (en cuyo apartado sexto se señala que "Cualquier incumplimiento de la oferta del adjudicatario podrá dar lugar a la devolución de los incentivos percibidos y, en su caso, a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, conforme a lo dispuesto en la Ley de Hacienda y la Ley de Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León"), como del ordenamiento jurídico (especialmente del artículo 122 de la Ley 7/1986, de 23 de diciembre, de la Hacienda de la Comunidad de Castilla y León, y de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones), al no haber respetado aquélla lo dispuesto en las bases y en la propia convocatoria correspondiente.

De este modo, si bien no cabe la pretendida revisión de oficio para declarar la nulidad de la Resolución de 30 de julio de 2008, del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx por la que se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, modalidad concertadas, adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A., al concurrir un vicio de anulabilidad podrá la Administración de la Comunidad de Castilla y León acudir a la vía regulada en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, , en tanto no hayan transcurrido cuatro años desde que se dictó el acto administrativo.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

No procede revisar de oficio la Resolución de 30 de julio de 2008, del Servicio Territorial de Fomento de xxxxx, por la que se otorga la calificación definitiva de viviendas de protección pública, modalidad concertadas, a determinadas viviendas promovidas y adjudicadas a la empresa Construcciones qqqqq S.A., en la ciudad de xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.