

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía(*)

XVIII. PERSONAL

Pruebas selectivas. Especialidad de Veterinaria, en Centros Asistenciales del SAS. Diferente consideración respecto de los veterinarios que han prestado servicios en Centros Asistenciales respecto de aquellos que no lo han hecho. Diferencia de trato justificada. Violación del principio de igualdad inexistente.

El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto Resolución de 23 de enero de 2013 de la Dirección General de Profesionales del SAS, por la que se da nueva redacción a los subapartados II.1 y II. 2 del apartado II “valoración del trabajo desarrollado” del baremo de méritos contenido en el Anexo II de la Resolución de 26 de Octubre de 2001, del Servicio Andaluz de Salud, mediante la cual se convocaban pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, de la Especialidad de Veterinaria, en Centros Asistenciales del Organismo.

Los demandantes exponen, en apoyo de su pretensión de anulación del acto administrativo, tras analizar las distintos recursos contencioso administrativos interpuestos contra la Resolución de la convocatoria de 26 de octubre en 2001, que fueron estimados anulando los apartados II.1 y II. 2 “valoración del trabajo desarrollado” ante la diferente valoración de los servicios prestados como Veterinario en Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de Salud, y los servicios prestados como Veterinario de Cuerpos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, o como Veterinario de Atención Primaria en otros Servicios de Salud o Insalud, por no estar justificada esta diferencia, siendo dictada la Resolución ahora impugnada en ejecución de aquellas sentencias, argumenta que la actual vulnera igualmente los derechos de los ciudadanos a acceder a las funciones y cargos públicos, y el derecho de la tutela judicial efectiva, ya que la nueva redacción del baremo once años después, y al conocerse los resultados del baremo primitivo supone infracción de los citados derechos fun-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

damentales, ya que en la actual redacción se asigna distinta puntuación según que los servicios se hubiesen prestado en centros asistenciales o no asistenciales, no cumpliendo esta redacción tampoco la sentencia, ya que se establece una notable diferenciación entre los veterinarios, suponiendo ello también un trato diferenciado entre Administraciones, ya que centros asistenciales son los que el profesional atiende directamente al paciente, y ello solo ocurre en los servicios de salud, y los centros no asistenciales solo pertenecen a la Administración del Estado y Administraciones locales, estableciéndose en definitiva la misma desigualdad de trato, sin que tampoco esté justificada esta diferencia de funciones de acuerdo con el Decreto 395/00. Además también vulnera el derecho de tutela judicial efectiva al ser la resolución contraria a la parte dispositiva de la sentencia y se ha dictado para eludir su cumplimiento, y en cuanto el SAS no ha planteado en el debate la redacción de un nuevo baremo.

Por su parte, la representación del Servicio Andaluz de Salud se opuso a las pretensiones deducidas de contrario, oponiendo, en primer lugar, la inadecuación del procedimiento especial de derechos fundamentales, ya que en realidad se incluye en el ámbito estricto de la legalidad ordinaria, así como la causa de inadmisibilidad de extemporaneidad al haberse interpuesto el recurso fuera de plazo, y en cuanto al fondo del asunto, argumenta esta parte que lo que pretenden los demandantes es que se deje sin valorar la experiencia profesional, lo cual es contrario a la sentencia, alegando que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que en el nuevo baremo se ha eliminado la desigualdad señalada en la sentencia y en este nuevo baremo se pretende una convalidación de lo anulado, ya que los méritos relativos a la experiencia profesional están previstos en el artículo 11, 2 del RD 118/1991, y en el Anexo III del Decreto 70/2008, de 26 de febrero, teniendo en cuenta que la anulación producida por la sentencia implica dejar sin efecto aquella redacción, y dado que la misma no puede redactar este baremo de acuerdo con el artículo 71 de la LJCA, tras la anulación la Administración debe determinar como queda la convocatoria, y en cuanto a la infracción del artículo 23, la nueva redacción supone la valoración de los principios de mérito y capacidad, ya que nos encontramos en unas pruebas selectivas para el ingreso en centros asistenciales, sin que se hubiese acreditado que dicho baremo predetermina el resultado del proceso, ni en que consiste esta predeterminación.

Por su parte, el Ministerio Fiscal reproduce los argumentos de la Administración, solicitando la desestimación del recurso.

En primer lugar procede el examen de la oposición formulada por la Administración en relación a la inadecuación del procedimiento al entender que no se encuentra comprometido derecho fundamental alguno. Dicha

causa de oposición no puede ser acogida en tanto que de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se infiere la posibilidad de que los hechos enjuiciados afecten al derecho fundamental consagrado en el art 23.2 de la Constitución.

Así pues conviene recordar la interpretación jurisprudencial sobre el alcance y contenido del artículo 23.2 de la CE, en Sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del TS (SSTC 10/1989 de 24 de enero, 115/1996 de 25 de junio, 48/1998, de 2 de marzo, 10/1998 de 13 de enero, 73/1998 de 31 de marzo, 138/2000 de 29 de mayo y SSTS de 17 de julio, 2 de octubre y 20 de noviembre de 2000 así como la STS de 8-4-2011, entre otras):

a) En primer lugar, el artículo 23.2 de la CE consagra un derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas. En este sentido, con carácter general la Constitución reserva a la Ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa.

Las reglas relativas a los concursos y oposiciones han de establecerse en términos generales y abstractos, y no mediante referencias individualizadas y concretas, pues se vulneraría el principio de igualdad cuando, junto a los criterios estrictamente técnicos, se tomaran en consideración otras condiciones personales o sociales de los candidatos o aspirantes (SSTS de 17 de julio, 2 de octubre y 20 de noviembre de 2000, entre otras)

b) La preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso, forma parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser invocada cuando vaya imprescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad de mérito y capacidad (como subrayan, entre otras, las SSTC 48/1998, de 2 de marzo (RTC 1998, 48), F. 7 a) y 73/1998, de 31 de marzo (RTC1998, 73), F. 3 a).

c) El derecho proclamado en el art. 23.2 CE incorpora el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, de tal modo que durante el desarrollo del procedimiento selectivo ha de quedar excluida en la aplicación de

las normas reguladoras del mismo toda diferencia de trato entre los aspirantes, habiendo de dispensárseles a todos un trato igual en las distintas fases del procedimiento selectivo, pues las condiciones de igualdad a las que se refiere el art. 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias «deyes», sino también a su aplicación e interpretación. (SSTC de 10/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 10) y 73/2998 de 31 de marzo SIC y SSTS de 17 de julio, 2 de octubre y 20 de noviembre de 2000, entre otras).

Ahora bien, el art. 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, por lo que sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 CE, lo que de suyo exige la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad (SSTC 115/1996, de 25 de junio (RTC 1996, 115), F. 4; 73/1998, de 31 de marzo, F. 3.c ; y 138/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 138), F. 6.c).

d) Por último, una reiterada doctrina jurisprudencial ha destacado el protagonismo que a los Jueces y Tribunales corresponde en el control de la regularidad del proceso selectivo, toda vez que al ser el derecho proclamado en el art. 23.2 CE un derecho de configuración legal, «corresponde a los órganos jurisdiccionales concretar en cada caso cuál es la normativa aplicable, pues es a ellos a quienes corresponde en exclusiva, de conformidad con el art. 117.3 CE, el enjuiciamiento de los hechos y la selección e interpretación de las normas» (SSTC 10/1989, de 24 de enero (RTC 1989, 10), F. 3 y 73/1998, de 31 de marzo, F. 3 c.).

Así el contenido nuclear del derecho consagrado en dicho precepto, al menos en cuanto referido a la función pública, viene definido por la expresión “en condiciones de igualdad”; y esto hasta el punto de que en ausencia de discriminación no podrá afirmarse vulnerado ese derecho.

Y como decía ya la STS de 27-11-1992 esta conclusión, que se deriva ya de la dicción misma de la norma, no es dudosa a la vista del contenido de aquellos preceptos inspiradores del que nos ocupa, en conformidad a los cuales, por su inclusión en los textos a que se refiere el art. 10.2 de la Constitución, han de ser interpretadas las normas relativas a los derechos fundamentales; y a la vista de la doctrina sentada en las Resoluciones del Tribunal Constitucional, para cuya exacta definición es preciso no olvidar el supuesto concreto en que cada pronunciamiento recayó, ni olvidar tampoco el distinto fundamento, alcance y modo de operar existente en los derechos a que respectivamente se refieren los aps. 1 y 2 del art. 23 de la Constitución.

Así, es expresivo del acierto en la conclusión que nos ocupa el tenor lite-

ral del art. 22.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país) y del art. 25.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (todos los ciudadanos gozarán... de los siguientes derechos y oportunidades:... tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país). Igualmente, son expresivas de ese acierto las afirmaciones del Tribunal Constitucional según las cuales: “ el art. 23.2 de la norma constitucional concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el art. 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles...” [SS. 50/1986, de 23 abril, 84/1987, de 29 mayo, 47/1989, de 21 febrero, 67/1989, de 18 abril) “ lo que, con concreción del principio general de igualdad, otorga el art. 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal toda norma o toda aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad. La remisión que el propio precepto hace a las leyes obliga a entender, en consonancia con los datos que ofrece la experiencia, que la igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos, y que, por lo tanto, pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones, sin que tales diferencias (posesión de determinadas titulaciones, edades mínimas o máximas, antigüedad mínima en otro empleo o función, etc.) puedan ser consideradas lesivas de la igualdad. La exigencia que así considerada en sus propios términos deriva del art. 23.2 de la Constitución Española es la de que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas y, entre tales reglas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas...; pues tales referencias son incompatibles con la igualdad” y “no se lesiona el art. 23.2 si la exigencia de los requisitos establecidos con carácter general por las leyes se aplica motivadamente con criterios razonables y en términos de generalidad que excluyan toda idea de discriminación personal...”

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta debe afirmarse que la garantía contencioso administrativa se desenvuelve en un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto, y esto es lo que ahora se recuerda, es limitado, pues no debe extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si una actuación sujeta al derecho administrativo del poder público -disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho- afecta o no al ejercicio de los derechos fundamentales o libertades públicas de los arts. 14 a 29 de la Constitución ; quedando reservadas para el

enjuiciamiento en el proceso ordinario todas aquellas cuestiones que siéndolo de legalidad ordinaria, e incluso de legalidad constitucional ajena a ese ámbito de derechos fundamentales o libertades públicas, no interfieran ni sean de examen preciso para la decisión sobre aquel objeto. Por ello atendida la posibilidad de afectación del derecho fundamental por las razones expuestas no cabe acoger la inadecuación del procedimiento sostenida por la Administración demandada.

Respecto de los argumentos de la demanda relativos a la ejecución de la sentencia de la que dimana esta nueva resolución, ya resolvió esta Sala y Sección en el ejecutoria 18.3/2011, que “la ejecutante discrepa de esta ejecución porque estima que la anulación de estos apartados, impide que se les de una nueva redacción no prevista en el fallo de la sentencia, por lo que ello supone que no se ejecuta en sus propios términos al igual que esta nueva redacción provocaría nuevos recursos o alargaría la ejecución. No podemos aceptar los razonamientos de la parte ejecutante, ya que se trata de dos cuestiones distintas que se contradicen entre sí, como ya puso de manifiesto esta Sala y Sección en asuntos parecidos al actual aunque con distinto sentido, como el recogido en la sentencia dictada en el recurso 2034/00, en el que tras anular la Sala dos apartados del baremo sobre experiencia profesional, la Administración se limitó a suprimir estos apartados, convocando nuevamente el concurso sin incluir en el baremo ningún tipo de experiencia profesional, lo cual era contrario con la legislación aplicable. Ello es lo que pretende ahora la parte ejecutante, y como ya dijimos, una cuestión es que la Sala anule el contenido de los apartados de las bases referentes a la valoración del trabajo, por no ser este contenido conforme a derecho, y en este caso concreto por una diferencia de valoración que no está justificada, y otra que dicho mérito no deba ser incluido en la determinación de los méritos a valorar, ya que ello supone una exigencia legal. En consecuencia, creemos, que con independencia de que la nueva redacción sobre la valoración de este mérito no cumpla los requisitos ya marcados en la sentencia que se trata de ejecutar, y deban ser de nuevo impugnados, la Administración no se aparta de la ejecución de la sentencia en sus propios términos en la forma en que lo ha efectuado”.

Respecto de la vulneración en el nuevo baremo del trabajo desarrollado del derecho de la actora de acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos, debe ser objeto de análisis por esta Sala la conformidad o no a Derecho de esta nueva redacción dada por la Administración al apartado II del Anexo II de la Resolución de 26 de octubre de 2001, mediante la cual se convocaban pruebas selectivas para ingreso en el Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, de la Especialidad de Veterinaria, en Centros Asistenciales del Or-

ganismo, al haber sido anulada por esta Sala y Sección la redacción originaria, en la cual incluido dentro del baremo de méritos del concurso-oposición por el que se había de regirse la fase de concurso, y que tenía como objeto la valoración del trabajo desarrollado, tenía el contenido siguiente:

“La puntuación máxima posible para cada aspirante por el conjunto de los méritos previstos en este apartado II del baremo será de 40 puntos.

1. Por cada mes de servicios prestados como Veterinario en Centros Asistenciales del Servicio Andaluz de Salud: 0,3 puntos.

Por cada mes de servicios prestados como Veterinario de Cuerpos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, o como Veterinario de Atención Primaria en otros Servicios de Salud o Insalud: 0,1 puntos. “

Dicha redacción, que fue anulada ha sido ahora redactada de la siguiente forma:

II. 1 Por cada mes completo de servicios prestados como Veterinario en Centros Asistenciales Públicos: 0,3 puntos.

ii.2 Por cada mes completo de servicios prestados como Veterinarios de Cuerpos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales, o Centros Públicos no asistenciales: 0,1 puntos. “

Con anterioridad a resolver el fondo del asunto se hace preciso recoger la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia. Así, el Tribunal Constitucional, en diversas resoluciones, al interpretar los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, ha perfilado una doctrina aplicable a las pruebas selectivas para acceso a la función pública. En su sentencia de 18 de Abril de 1999 ha declarado que el derecho de igualdad de quienes concurren en turno libre, ha de ponerse en conexión con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del artículo 23.2 de la Constitución, puesto que este derecho es una especificación del principio de igualdad ante la ley, formulado por el artículo 14 de la Constitución, por lo que en caso del acceso a las funciones públicas, y cuando no esté en juego ninguna de las circunstancias específicas cuya discriminación veda el artículo 14, es dicho artículo 23.2 el que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto impugnado ha desconocido el principio de igualdad.

El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios

y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien que esta libertad aparece limitada por la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados. No corresponde a los Tribunales interferirse en ese margen de discrecionalidad que la ley concede a la Administración, ni examinar la oportunidad de la medida legal o administrativa para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, pero sí procede, en aras de propiciar una tutela efectiva, comprobar si no se ha sobrepasado ese límite de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes.

La consideración de los servicios prestados, objeto de análisis en el presente asunto, como también ha declarado el Tribunal Constitucional, no es ajena a los conceptos de “mérito y capacidad” del artículo 103.3 de la Constitución, ya que el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad del aspirante para desarrollar una función o empleo público y suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados por la Administración convocante (SSTC 67/1989 ; 60/1994 ; 185/1994 ; 83/2000).

El problema de igualdad no se suscita por la consideración como mérito de los servicios prestados sino por el hecho de constituir un requisito necesario para poder participar en el concurso, por la relevancia cuantitativa que pueda atribuir la convocatoria a dichos servicios o por operar doblemente, en distintas fases del proceso de selección (SSTC 67/1989 ; 27/1991 ; 60/1994 ; 83/2000).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la diferente consideración se otorga respecto de los veterinarios que han prestado servicios en Centros Asistenciales respecto de aquellos que no lo han hecho en este tipo de Centros. En este caso, no resulta arbitrario ni injustificado este trato desigual, pues se trata de favorecer genéricamente a quienes hubieran desempeñado puestos idénticos o similares a los ofertados, lo que no es contrario a la igualdad aun cuando a los restantes méritos alegables les fuera concedida una valoración menor, y ello porque precisamente el puesto de trabajo ofertado se refiere a los servicios prestados en Centros asistenciales, que como indica los propios demandante suponen una atención directa al paciente, lo cual no ocurre en los demás casos, siendo ello un elemento diferenciador y justificado para otorgar mayor puntuación frente a otros servicios, pues en este caso no se trata de privilegiar a aquellos profesionales por el mero hecho de haber prestado servicio en el ámbito de la Administración de una determinada Comunidad Autónoma u otra cualquiera.

Tampoco podemos deducir que esta valoración suponga un predetermi-

nación por la Administración de los resultados del proceso selectivo, ante las vicisitudes a la que se ha visto sometido. En definitiva, el recurso debe ser desestimado.

(No tiene fecha la Sentencia. Sala de Granada. Ponente: María Rogelia Torres Donaire)

XIX PROCEDIMIENTO

Revisión de oficio. Alcance. Principio de firmeza de los actos, recurso extraordinario de revisión y solicitud de revisión de oficio. Medio ambiente. Hotel Algarrobico: precisiones respecto al alcance del citado recurso. Ningún particular ni Administración impugnaron en su día el otorgamiento de la licencia. Esta Sentencia complementa la transcrita en el número anterior de esta Revista sobre el tema del Hotel “El Algarrobico”.

Rompemos con este proceder el formato de esta Sección de Jurisprudencia de nuestro TSJA para dar debida cuenta de uno de los casos más llamativos del urbanismo de nuestra Comunidad Autónoma y de mayor repercusión mediática. Por otra parte, tanto la Sentencia transcrita en el número anterior de nuestra Revista como la presente, ponen en sus justos términos el tema a la vez que aborda importantes cuestiones de la parte general de nuestra disciplina (Revisión de Oficio) y Ordenación Territorial.

Sobre el objeto de la apelación y del litigio.

El Ayuntamiento de Carboneras y la entidad mercantil Azata del Sol S.L. recurren en apelación la sentencia número 266/2008 de fecha 5 de septiembre de 2008, procedimiento ordinario número 475/2005 y acumulados, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número dos de Almería, cuya parte dispositiva, rectificada por el auto de 15 de septiembre de 2008, es del tenor siguiente:

“ Con rechazo de la causa de inadmisibilidad opuesta por la Corporación Local demandada y la mercantil codemandada, estimo los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la “ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” y la “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN ALMERÍA”, en el recurso principal, y por la “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN ALMERÍA”, en el recurso acumulado número 73/06 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de los de Almería, y por la CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, en

el recurso acumulado número 228/06 del Juzgado de igual clase número 1 de esta ciudad, frente a las desestimaciones expresa y presuntas de las respectivas solicitudes de revisión de oficio, de que más arriba se ha hecho expresión, del acuerdo de la COMISIÓN DE GOBIERNO DEL ILTMO. AYUNTAMIENTO DE CARBONERAS, adoptado en la sesión de 13 de enero de 2.003, mediante el que se otorgó licencia de obras para la construcción “Hotel Azota del Sol”, en la playa denominada de “El Algarrobico”, y, en consecuencia, anulo dichos actos expreso y presuntos por no ser conformes a derecho, ordenando al Ayuntamiento de Carboneras que inicie el procedimiento de revisión de oficio de ese acto nulo de pleno derecho con observancia de lo declarado en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución, y sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas.

En consecuencia, el objeto del procedimiento judicial seguido es la pretensión de las partes actoras de que se proceda a la revisión de oficio de la licencia de obras que en su día fue concedida, pretensión que fue estimada en la sentencia apelada.

La licencia de obras concedida para la construcción del hotel por el Ayuntamiento de Carboneras no fue recurrida por ningún interesado o asociación, como tampoco se ejerció contra la misma ninguna reclamación dentro del plazo legalmente otorgado - con carácter general dos meses desde la concesión - para impugnar ante los Tribunales, con plenitud de efectos, su validez jurídica. Por otra parte, no se ha cuestionado por la Junta de Andalucía -que ha actuado como actora - el hecho cierto e indiscutido de que recibió la notificación del acuerdo de otorgamiento de la licencia de obras, sin que ejerciera ninguna de las facultades que tanto para requerir información adicional al Ayuntamiento de Carboneras, como en su caso proceder a la impugnación ante los Tribunales de dicha licencia de obra, le otorga la Ley de Bases de Régimen Local, consintiendo con pleno conocimiento la firmeza de la licencia de obras para la construcción del hotel en “ El Algarrobico “. Finalmente, la Administración del Estado, especialmente concernida por las actuaciones urbanísticas que se desarrollan en el ámbito de terrenos próximos a la costa, en tanto que titular del dominio público marítimo terrestre, tampoco ejerció ni ha ejercido ninguna acción judicial para la impugnación de la licencia, que alcanzó firmeza en vía administrativa al transcurrir el plazo concedido legalmente para interponer recurso, que como ya hemos señalado es de dos meses desde la notificación efectiva de la licencia.

Importa hacer estas precisiones, porque si algo ha caracterizado el devenir de este proceso judicial es la distorsión del auténtico objeto del enjuiciamiento, que, atendidos los actos recurridos, no es ni puede ser, sin quebrantar la Ley y el conjunto del ordenamiento jurídico, un juicio a la le-

gualidad de la licencia en su conjunto, y por cualquier posible contravención del ordenamiento jurídico. Este juicio versa exclusivamente sobre la posibilidad de revisar de oficio una licencia que había alcanzado años antes la situación de acto firme y que tenía plenitud de efectos jurídicos, y ello, la revisión de oficio de una licencia y en general de cualquier decisión de una Administración, solo puede declararse por los Jueces y Tribunales si concurren en la propia licencia administrativa o en el procedimiento seguido para la concesión de la licencia unos vicios de ilegalidad que están tasados y muy precisamente delimitados por la Ley, los denominados vicios de nulidad de pleno derecho. Sin embargo, la sentencia apelada ha desbordado en no pocos aspectos estos límites, como hemos de ver a continuación, y con ello ha desnaturalizado el proceso judicial. Sobre la naturaleza jurídica del procedimiento de revisión de oficio y delimitación de la cuestión jurídica debatida.-

Es necesario que hagamos una introducción general sobre los procedimientos de revisión de oficio y su alcance, así los restantes medios para depurar actos firmes que se reputen contrarios al ordenamiento jurídico. Una vez que los actos administrativos alcanzan firmeza en vía administrativa por no haber sido recurridos, la Constitución y las leyes, en suma el ordenamiento jurídico, restringen de forma absolutamente tasada los motivos por los que cabe dejar sin efectos jurídicos aquellos actos firmes. Para ello arbitra varios tipos de procedimientos que tienen en común la exigencia de unos requisitos muy estrictos para su iniciación, y que limitan taxativamente los motivos que pueden justificar la declaración de nulidad de la licencia o acto recurrido. Uno de estos procedimientos, aunque no el único, ha sido el utilizado las partes demandantes. Se denomina legalmente revisión de oficio, y está regulado en el Art. 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común. Otros procedimientos pueden alcanzar efectos semejantes, aunque tienen otros condicionantes. Así por ejemplo, la solicitud de declaración de lesividad de actos administrativos (Art. 103 de la Ley 30/1992) que si bien tiene un plazo también limitado tiene un ámbito más amplio, si bien exige previa declaración de perjuicio económico o de otro tipo para el interés público como requisito para su iniciación, y su declaración exige acudir necesariamente a un juicio y obtener una decisión judicial de anulación del acto. También el recurso extraordinario de revisión, especialmente indicado para aquellos casos en los que se ha basado el acto administrativo o licencia sobre la base de documentos falsos o mediante conductas de prevaricación, cohecho u otros delitos siempre que hayan sido declaradas en sentencia judicial firme (Art. 118 de la LPAC).

En el presente caso, las partes demandantes, como hemos dicho se acogieron a la vía del procedimiento de revisión de oficio, regulada en el Art.

102 de la LPAC, que remite al Art. 62 de la LPAC para fijar los únicos motivos por los que cabe declarar la revisión de oficio de un acto firme, a saber, los denominados vicios de nulidad de pleno derecho. Dice así el Art. 102, 1º de la LPAC : 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. 1º. Se trata por tanto de un procedimiento especial que solo admite como causas de revisión, no cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sino única y exclusivamente los motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que enumera el Art. 62, 1º de misma LPAC, al que se remite el Art. 102, 1º la LPAC, y que son los siguientes:

Art. 62.1: Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, c) Los que tengan un contenido imposible, d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta el Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, f) 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, g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

El carácter tasado y limitado de los motivos de revisión de oficio no deja lugar a dudas y así lo ha declarado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que es meridianamente clara al interpretar el carácter restrictivo del procedimiento de revisión de oficio. Por todas citemos la Sentencia de 17 noviembre 2006, Sección 2ª, recurso de casación número. 6535/2001 que en su FJ 8º, con cita de la Jurisprudencia consolidada en la materia (STS de 1 de abril de 2002), declara:

“... la acción de nulidad se concede para impugnar actos administrativos “que no hayan sido recurridos en plazo)), - artículo 102.1 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) -, pero no para los impugnados cuando se produce firmeza administrativa, por no interposición del recurso administrativo precedente, pues como ha dicho la Sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2002 (RJ 2002, 3388), la revisión de oficio es “un medio extraordinario de supervisión del actuar administra-

tivo y, como tal, subsidiario de los otros instrumentos ordinarios, de tal forma que si éstos ya se han utilizado sin éxito, bien porque se han rechazado en la forma, como en el fondo, lo que no puede es reabrirse la cuestión tantas veces como quieran los interesados.”

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2008, Sección Cuarta de la Sala Tercera, recurso de Casación núm. 2597/2005 sintetiza la naturaleza y alcance la revisión de oficio, en el conjunto de los medios de impugnación y dice así:

“Es incontestable que el procedimiento especial para la revisión de oficio de actos administrativos radicalmente nulos y los recursos administrativos constituyen ambos procedimientos para la revisión de los actos en vía administrativo. No obstante la propia naturaleza de ambos determina una distinta regulación procedimental en la que los plazos y la titularidad del ejercicio de la acción ocupan una posición relevante.

El concreto término preclusivo establecido para la interposición, en su caso, del recurso de alzada o el potestativo de reposición en pretensión de una declaración de nulidad o anulabilidad no puede ser reabierto una vez se dejó transcurrir el plazo previsto en la norma para su impugnación al socaire de una petición para la revisión de oficio de un acto nulo que no se encuentra sometida a plazo preclusivo.

Tampoco la interposición de un recurso Contencioso-Administrativo frente a una inadmisión, expresa o presunta, de apertura de revisión de oficio confiere nuevo plazo para la interposición de un recurso en pretensión de anulación de un acto al que se atribuyen causas de nulidad o de anulación cuando se dejó transcurrir el término establecido en el Art. 46 LJCA (RCL 1998, 1741).

No estamos ante recursos alternativos sino ante opciones absolutamente independientes sin que la pretendida utilización de la vía indirecta que constituye el procedimiento de revisión incida o modifique los plazos para impugnar directamente en vía jurisdiccional un acto notificado en forma con indicación expresa de los recursos pertinentes.

Nuestro ordenamiento jurídico no tolera que al amparo de una petición dirigida a lo Administración para que inicie un procedimiento de revisión de oficio, es decir, mediante la que se insta una acción de nulidad con cauce y reglas propias, en paralelo o subsidiariamente ejercite, atribuyendo causas de nulidad o de anulabilidad, la impugnación ordinaria de un acto administrativo respecto del cual consta claramente la preclusión de los plazos para recurrir por la vía del recurso ordinario.

El carácter excepcional del procedimiento de oficio conlleva necesariamente no soto una interpretación restrictiva en su uso sino también la absoluta necesidad de especificar claramente los motivos en que se sustenta la pretensión revisoria. Es decir que solo puede discutirse la proceden-

cia o la argumentación debe ser rechazada. Así la configuración como un verdadero procedimiento de nulidad queda retejada en la Exposición de Motivos de la Ley 30/92, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512 y 2775 y RCL 1993, 246), LRJAPAC.

Por todo ello de forma reiterada (STS 31 de octubre de 2006, recurso de casación 3287/2003 [RJ 2006, 7712), con ata de otras anteriores), esta Tercera ha declarado que: “el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados - sólo los enumerados en dicho precepto-, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso sine die la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios, por lo que no cabe la admisión de argumento alguno de los contenidos en la demanda que suponga el examen, más allá de los motivos específicos invocados en el recurso extraordinario, de la concurrencia de otras posibles circunstancias que pudieran afectar a la situación de los recurrentes en este tipo de recursos.”

Pues bien, en la sentencia apelada el Juez a quo ha rebasado los límites de enjuiciamiento propios de la revisión basada en motivos de nulidad de pleno derecho, y ha entrado en el análisis del cuestiones que lejos de constituir motivos de nulidad de pleno derecho hacen referencia, no ya a la pretendida ilegalidad de otros actos administrativos que ni siquiera eran el objeto del recurso, sino incluso a la legalidad y ajuste a principio de jerarquía normativa de los planes urbanísticos en cuya aplicación se otorgó la licencia de obras firme y consentida.

Contra esta sentencia se han alzado en apelación tanto el Ayuntamiento de Carboneras como la entidad mercantil Azata del Sol S.L., titular de la licencia de obras y de la construcción en curso realizada conforme a la misma. Pasamos a continuación al análisis de los distintos motivos de impugnación de los recursos de apelación.

Sobre el motivo de apelación basado en la respuesta incongruente e inmotivada a la alegación de inadmisibilidad de los recursos contencioso-administrativos de la Asociación Salvemos Mojácar y la Federación Provincial de Ecologistas en Acción - Almería.

En primer lugar procede analizar la alegación sobre la incongruencia en los argumentos con que el Juez a quo ha resuelto la causa de inadmisibilidad por incumplimiento de los requisitos del Art. 45.2º d) de la LJCA en los recursos contencioso administrativos interpuestos por la Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Alménense y por la Federación Provincial de Ecologistas en Acción -Almería, causa de inadmisibilidad que

ha sido desestimada por la sentencia apelada, y en la que insiste el Ayuntamiento de Carboneras, no así la representación de Azata del Sol S.L., que aunque reitera en apelación los argumentos en apoyo de la inadmisibilidad, termina por solicitar el dictado de una sentencia de estimación de su apelación por motivos de fondo, al entender que ante la existencia de un recurso contencioso administrativo que no adolecería de los mismos defectos - el interpuesto por la Junta de Andalucía -permitiría resolver en todo caso el fondo del recurso de la Junta de Andalucía y, entiendo, no se produciría la extinción del proceso de acogerse aquella causa de inadmisibilidad.

El Art. 45,2º d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa exige al actor aportar: d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.

Lo primero que conviene reseñar, porque condiciona la solución jurídica, son las alegaciones de la parte demandada. Ayuntamiento de Carboneras, donde expone la pretensión de inadmisibilidad y los hechos en que la funda. Dice así la contestación a la demanda del Ayuntamiento de Carboneras, folios 978 y 979 de autos (fundamento de derecho material XI):

“Las recurrentes, en nombre y representación de la “Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Alménense” y de la “Federación Provincial de Ecologistas en Acción-Almería”, aportaron punto a sus escritos de interposición solamente un poder para pleitos en el que constaban que el otorgante de dicho poder “actúa como Presidente de dicha Asociación nombrado para su cargo en el Acta Fundacional y hace uso para éste otorgamiento de las facultades que los Estatutos Sociales de dicha asociación que tengo a la vista confiere a dicho cargo que tendrá una duración de cuatro años y entre las que se encuentran las de poder otorgar poderes ante Notario a favor de Procuradores y Abogados”.

Es decir, ninguna de las asociaciones recurrentes ha acreditado que exista un acuerdo por parte de los órganos competentes según los estatutos de cada asociación, para ejercitar las acciones impugnatorias utilizadas y autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación de la asociación.

Tampoco se ha aportado por los recurrentes, para acreditar su personalidad jurídica, una copia del acta fundacional y de los estatutos.

Por ello entendemos que procede inadmitir el recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en la letra b) del Art. 69 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa -administrativa.

Y en su escrito de conclusiones, folios 1403 a 1408, insiste el Ayuntamiento de Carboneras en que las partes demandantes, la representación procesal de la “Asociación Salvemos Mojácar Y El Levante Alménense” y la “Federación Provincial De Ecologistas En Acción - Almería” no hicieron ninguna alegación a estas pretensiones, ni presentaron ningún documento, ni después de la contestación a la demanda en que se puso de manifiesto, ni en el periodo de prueba ni en ningún momento previo. Por su parte, ni la “Asociación Salvemos Mojácar Y El Levante Alménense” ni tampoco la “Federación Provincial De Ecologistas En Acción - Almería” hicieron, en toda la tramitación de la primera instancia que precedió a la sentencia apelada ni una sola alegación, ni contestaron al defecto procesal y pretensión de inadmisibilidad aducida por el Ayuntamiento de Carboneras, como tampoco aportaron en la primera instancia ningún documento o certificación acreditando lo cuestionado. Es decir, mantuvieron estas dos demandantes una actitud totalmente pasiva y silente durante la primera instancia acerca del vicio procesal que les fue opuesto en tiempo y forma, y ha sido sólo en el escrito de oposición a la apelación donde manifestaron, en síntesis, que, si se les requería lo aportarían, y que el Tribunal bien podría traer una certificación de otros autos, que no identificaba, donde constaba su representación legal, afirmando que ya se había aceptado su legitimación procesal en la pieza separada de medidas cautelares de las obras tramitada ante la Sala, en referencia al recurso de apelación seguido contra el auto de medidas cautelares.

Con estos antecedentes podemos analizar ahora la forma en que se pronuncia la sentencia de instancia para rechazar la causa de inadmisibilidad alegada. Ante todo hay que señalar que es cierto, como ponen de manifiesto los apelantes, que la sentencia hace un razonamiento confuso para rechazar la causa de inadmisibilidad alegada por la defensa del Ayuntamiento de Carboneras. La sentencia apelada, insistimos, razona de forma desacertada e imprecisa además de incongruente, al mezclar en el análisis requisitos de legitimación con los de representación, y ambas con la posibilidad de ejercicio de acciones de naturaleza pública en determinados casos (FJ 2º último párrafo), siendo así que estas cuestiones no habían sido negadas por las demandadas, para con base en todo ello, y la invocación general del derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24 de la Constitución desestimar un motivo de inadmisión que, finalmente, no aborda de manera precisa y concreta con la feble excusa de que esos “... óbices procesales que pudieran oponerse subordinarían ese interés general a un formalismo tributario de épocas pretéritas...”. Ante ello la Sala debe recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24 de la Constitución es una garantía de todas las partes, no un privilegio de las

demandantes cualquiera que sea su fin social o asociativo, y el Juez a quo estaba obligado a dar respuesta fundada en Derecho a la pretensión de inadmisibilidad de la demandada. No cabe despachar esta cuestión sin analizarla en rigor, so pretexto de que se considera por el Juez a quo “un formalismo tributario de épocas pretéritas”. Primero porque la Justicia se imparte en un procedimiento y no de cualquier modo, y la observancia de las reglas y requisitos del procedimiento no son tributarios del pasado, sino del respeto a la Ley y al conjunto del ordenamiento jurídico que está en la base de un Estado de Derecho como el que instaura la Constitución española de 1978, y este mandato de la Ley vincula al Juez, que si consideraba el óbice de inadmisibilidad alegado por las demandadas como contrario a la tutela judicial efectiva, podría haber planteado cuestión de inconstitucionalidad, lo que evidentemente carece del menor fundamento, y lo relevante es que no lo hizo. Y es que basta un repaso a la Jurisprudencia reciente y pasada (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo, 22 de abril y 22 mayo, todas de 2014) para comprobar como estos requisitos son de plena vigencia, exigencia y aplicación, sin distinción de sociedades mercantiles, asociaciones y organismos públicos o privados, y con plena aceptación en la doctrina del Tribunal Constitucional que citan. De manera que nadie, tampoco las organizaciones ecologistas, por muy loables que se consideren sus fines, queda al margen ni por encima de la ley. La Ley procesal, como es natural, exige esta garantía como medio para determinar la plena asunción de responsabilidades de aquella persona jurídica en cuyo nombre y por cuya voluntad se dice actuar en el proceso por aquel que, en su representación, comparece en el proceso y dice manifestar la voluntad asociativa.

Pues bien, como decimos, la sentencia apelada dedica a esta cuestión unos argumentos que eluden en realidad el análisis a fondo de la cuestión de inadmisibilidad, y con ello ha incurrido en falta de motivación causante de incongruencia. Veamos en detalle los argumentos del Juez a quo, que se encuentran todos en el fundamento de derecho segundo de la sentencia apelada.

En el primer párrafo la sentencia reseña incorrectamente el contenido de la causa de inadmisibilidad alegada, afirmando que se ha alegado como causa de inadmisibilidad “...la falta de legitimación activa de la asociación y federación ecologistas ex artículo 69 b) de la Ley Jurisdiccional...”, cuando del escrito de contestación a la demanda del Ayuntamiento de Carboneras resulta evidente que no se hace la menor mención a que careciesen de legitimación de las asociaciones ecologistas recurrentes, titulado expresamente su alegación (fundamento de derecho material IX) en los siguientes términos: “sobre la inadmisibilidad del recurso por falta de capacidad de las asociaciones recurrentes “. Tampoco lo que allí se

alegaba por la defensa del Ayuntamiento deja lugar a dudas sobre que no se cuestiona la legitimación, puesto que lo que se denuncia es que "...ninguna de las asociaciones recurrentes ha acreditado que exista un acuerdo por parte de los órganos competentes según los estatutos de cada asociación, para ejercitar las acciones impugnatorias utilizadas y autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación de la asociación "; terminando con la petición de que " procede inadmitir el recurso contencioso administrativo, conforme a lo dispuesto en la letra b) del Art. 69 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa ". Ante la claridad de estas alegaciones, ni hay margen para la defensa de las asociaciones recurrentes para desconocer los defectos procesales que se estaban invocando, ni hay necesidad alguna de que el Juez razonara sobre una legitimación que nadie cuestionaba, y no argumentase sin embargo sobre lo que realmente se aducía como motivo de inadmisibilidad, que aunque tenga acogida también en el art. 69, b) LJCA, era distinto.

Desde el punto de vista de la parte demandada y hoy apelante, Ayuntamiento de Carboneras, es evidente que el Juez estaba obligado a resolver sobre esta alegación de inadmisibilidad, y a resolver entrando realmente en el fondo de la cuestión del incumplimiento de los requisitos, y no con una respuesta que nada tiene que ver con aquello que se plantea, como son los razonamientos acerca de la suficiencia del poder o la supuesta admisión en vía administrativa de la facultad de actuar del representante de las entidades, cuando es evidente que al siendo lo impugnado sendos actos presuntos y desestimatorios precisamente por silencio administrativo, no hay más que una ficción legal de denegación de lo que pidieron las recurrentes, pero es claro que nada admitió en dicha vía el Ayuntamiento de Carboneras. Al actuar de esta forma, el Juez a quo causó indefensión por incongruencia omisiva a la parte demandada, Ayuntamiento de Carboneras, pues tanto se ocasiona indefensión por falta de motivación y resolución cuando la causa de inadmisión no es analizada en absoluto como cuando lo es formulariamente pero sin atención a las circunstancias reales del caso concreto. Y no cabe ninguna duda de que, en este caso, se ha producido en la sentencia apelada una actuación causante de indefensión, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24 de la Constitución, pues el derecho a un proceso con todas las garantías, que ampara también a la Administración demandada, exige una respuesta motivada en Derecho, también en cuanto al cumplimiento de los requisitos atinentes a la capacidad y ejercicio de las acciones por los demandantes. En este sentido, cabe citar lo razonado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Quinta, de 14 de marzo de 2014 y la doctrina constitucional sobre que sobre la vulneración del derecho fundamental a no sufrir indefensión - en su vertiente de incon-

gruencia omisiva o ex silentio - ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por todas sentencia del Tribunal Constitucional 144/2007, de 18 de junio, recurso de amparo 3877/2004.

Ahora bien, la apreciación de esta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no conlleva la retroacción de actuaciones sino que la Sala proceda a resolver en Derecho sobre la causa de inadmisibilidad alegada, como señala, por todas, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2014, Sección Sexta, recurso de casación 2337/2014, a lo que pasamos a continuación.

Sobre la inadmisibilidad de los recursos contencioso administrativos interpuestos por la Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Almerense y la Federación Provincial de Ecologistas en Acción Almería.

Para determinar si se ha producido por las demandantes “ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” y “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN - ALMERÍA” el cumplimiento de lo que exige el artículo 45.2º.d), y en el supuesto de incumplimiento apreciar la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por aplicación del 69.b) - ambos de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativo - es preciso distinguir adecuadamente, como precisa la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2011, la de 15 de julio de 2013 y la de 10 de marzo de 2014, Sección Sexta, recurso de casación 2997/2011) que una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Es obvia la trascendencia que tiene la acreditación de esto último para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo, lo primero que ha de comprobarse es que la persona jurídica que comparece como demandante ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, ni es indiferente el órgano de la misma que manifieste dicha voluntad, sino que habrá de ser precisamente aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo cierto, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente. Ello tiene trascendencia, sobre todo en el ámbito del ejercicio de acciones judiciales y que están sean acordes a las finalidades para las que se ha otorgado personalidad jurídica a la asociación, pues está

claro que si las personas físicas que la forman quisieran ejercer en nombre propio y por su cuenta las acciones, nada de esto sería exigible y por tanto, ningún obstáculo habría a que quien se presenta como presidente u otro titular de órgano que la integra, pueda bajo su responsabilidad ejercer libremente la acción de impugnación. Pero si quien ha comparecido como demandante elige arroparse con una forma jurídica de asociación, sea cual sea su objeto, deberán cumplirse los requisitos legales para atribuir a dicha asociación los efectos y responsabilidades que se derivan del ejercicio de tales acciones. De no garantizarse esta concordancia entre personalidad jurídica y voluntad de litigar en determinado proceso, podría ocurrir que determinadas consecuencias del litigio fueran jurídicamente imputables, en caso de ser procedente, a la entidad que ha sido presentada como demandante aun sin constar su voluntad de litigar. En definitiva, existiría el riesgo de hacer responsable a una persona jurídica de consecuencias como pueden ser la condena en costas o las responsabilidades contraídas por determinados actos procesales o medidas cautelares cuando no se ha acreditado que el órgano competente de dicha persona jurídica haya decidido la interposición del recurso contencioso administrativo, o haya decidido ratificar oportunamente la acción adoptada en su representación.

La doctrina jurisprudencial, después de ciertas vacilaciones es, desde hace ya muchos años clara e inequívoca. Ante todo, conviene señalar que la existencia de alguna vacilación en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no pueden suponer una ruptura temporal en los criterios de aplicación de los requisitos exigibles, porque estos son los que impone la Ley, limitándose la Jurisprudencia a interpretarlos. Por tanto no se pueden distinguir periodos en que no fuera exigible el cumplimiento de estos requisitos, como sugería la Abogacía del Estado en la vista de la apelación. Dicho esto, la Jurisprudencia es clara e inequívoca, y se puede sintetizar, en la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2013, recurso de casación 2337/2011, y la que allí se cita, de 24 de noviembre de 2011 (casación 2468/2009) cuando afirma categóricamente que, si bien es verdad que la Ley tiene por cumplida la exigencia procesal que nos ocupa cuando la decisión de litigar se ha insertado en el propio cuerpo del poder de representación, no ocurre así cuando el poder aportado por la parte actora no incorpora ningún dato del que quepa deducir que los órganos de la entidad actora competentes para ello hubieran decidido ejercitar la concreta acción promovida. Y en segundo lugar, que conforme al Art. 138,1º cuando el defecto que nos ocupa se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, como ha sido en este caso por el Ayuntamiento de Carboneras, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, en este litigio tanto la Asociación Salvemos

Mojácar y el Levante Almeriense al igual que la Federación Provincial de Ecologistas en Acción - Almería, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación, sin que el órgano judicial, en este supuesto de alegación de parte, deba requerir de subsanación, todo ello en recta aplicación de lo dispuesto en el Art. 138,1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Finalmente, que cuando no se subsane en dicho plazo, y más aún cuando no se hace ni la menor alegación a lo largo de todo el trámite de primera instancia, será improcedente que el Juez de instancia, y menos aún esta Sala en fase de recurso de apelación, deban hacer un requerimiento de subsanación previo a resolver sobre la causa de inadmisión alegada.

Más recientemente aun la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014, Sección Sexta, recurso de casación 3904/2011 declara al respecto lo que sigue:

“ En efecto, la cuestión sobre el alcance de lo exigencia que se impone en el mencionado artículo 45.2º.d) de la Ley Jurisdiccional, no ha dejado de ofrecer serios problemas de interpretación que ha propiciado una jurisprudencia que ha evolucionado pero que, en lo que se refiere a la cuestión de si es predicable de las personas jurídicas, es una cuestión que ya quedó despejada con la sentencia del Pleno de 2008 (5 de noviembre) a que antes se hizo referencia. En este sentido, en la sentencia de 17 de diciembre de 2013 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4587/2012), hemos reflejado la más reciente jurisprudencia de esta Sala al respecto, con cita de sentencias anteriores, en particular la de 12 de marzo de ese mismo año (recurso de casación 886/2012), en la que se concluye que, en primer lugar, “las sociedades mercantiles no escapan al régimen general de presentación de documentos que han de acompañar al escrito de interposición”, entre ellos el documento en que se autorice a quien le representa en el proceso contencioso de la autorización para ejercitar la pretensión y que a los efectos de esa exigencias “ha de tenerse en cuenta que una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad.”

En la línea señalada se viene a distinguir el distinto ámbito y régimen que comportan la representación y la administración de la persona jurídica, que se sitúan en un doble plano y que ha de ponerse en relación con los requisitos procesales que se imponen los párrafos a) y d) del artículo 45.2º de la Ley Jurisdiccional. Porque así como la representación ha de vincu-

larse al poder para interponer el recurso, la administración requiere la concreta autorización para el ejercicio de acciones en nombre de la persona jurídico-privada por quien se acciona. Baste señalar ahora que ese esquema no se ve alterado cuando de una sociedad mercantil se trata, en contra de lo razonado en la sentencia recurrida.”

La aplicación al caso de autos de la anterior doctrina, que por supuesto es aplicable también a asociaciones como las que han comparecido aquí como demandantes, debería haber llevado al Juez a quo a la inadmisión de los recursos interpuestos por la Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Almeriense y por la Federación Provincial de Ecologistas en Acción - Almería, por no haber subsanado, más aún, por no haber hecho ni siquiera la menor alegación en justificación del eventual cumplimiento de los requisitos legales, pese a la oposición del defecto por la demandada, de manera que habiendo incumplido las demandantes tanto lo dispuesto en el Art. 45.2.d) de la LJCA como incluso eludido dar respuesta en los numerosos trámites de que dispusieron durante la primera instancia para subsanar el defecto, ninguna justificación merece tal conducta, y la apreciación del defecto y la consiguiente inadmisibilidad del recurso por aplicación del Art. 69.

b) es la respuesta fundada en derecho que corresponde a tal conducta, satisfaciendo con ello plenamente la tutela judicial efectiva, al tratarse de un defecto que no se ha subsanado por la parte afectada, teniendo sobradas oportunidades para ello. No está de más señalar que el pleno conocimiento de que tal defecto había sido invocado por las demandadas, fue reconocido explícitamente por el Letrado de las partes demandantes en el acto de la vista celebrado el día 14 de enero de 2014 (minutos 15 a 21 de la grabación en CD de la vista) afirmando que ya desde 2005 en que se le dio traslado de las contestaciones a la demanda tenía preparado el certificado de la “ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” sobre el ejercicio de acciones pero que no lo aportó esperando a que el Juzgado le requiriese, y que el otro certificado, correspondiente a la “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN - ALMERÍA” se preparó más recientemente en noviembre de 2013. Es decir, que las partes demandantes, concretamente su Letrado, supieron del defecto, de su oposición por el Ayuntamiento de Carboneras -, y pese a que pudo ser subsanado se prefirió no hacerlo, por causas que no incumben a este Tribunal; lo relevante del caso no es ya el intento, vano y extemporáneo, de subsanar aquello que no hizo cuando se debió, sino poner de manifiesto la evidencia de que las partes demandantes “ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” y “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN - ALMERÍA”, no sólo han incumplido la posibilidad

de subsanar que les ofrece el Art. 138,1º de la LJCA, que limita a diez días el plazo para subsanar el defecto, sino que además dejaron transcurrir toda la primera instancia sin hacerlo. Y es vano que se pretenda, como expresaba en escrito de oposición a la apelación la defensa de “ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” y “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN - ALMERÍA”, que sea el Tribunal quien asuma la carga de buscar en otros procedimientos el texto de los estatutos de las asociaciones demandantes (folio 1540), ni que se pueda dar por asumido o aceptado por el Tribunal el cumplimiento de este requisito por la tramitación de una apelación contra las medidas cautelares adoptadas en el proceso pues nada se planteó allí sobre esta cuestión ni en consecuencia fue resuelta en ningún sentido. La obligada a atender y cumplimentar la subsanación del defecto es la parte, y no el Tribunal, máxime cuando conoce en apelación o casación (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1998. Además de que no basta con los Estatutos, pues lo que hace falta acreditar de manera auténtica es el acuerdo del órgano competente, incluso cuando el único órgano de administración de la persona jurídica sea unipersonal (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014, Sección Sexta, recurso de casación 3904/2011). Los estatutos podrán determinar cual sea el órgano competente, pero su acuerdo tiene que ser aportado y debe constar de manera auténtica, lo que no se hizo en ningún momento de la primera instancia, ni puede pretenderse que se tenga por subsanado ahora, en la segunda instancia, de forma absolutamente extemporánea, como razona la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1998 (Sala III Sección Cuarta, recurso de apelación 772/1993) y menos aún con unas simples fotocopias que nada acreditan como puso de manifiesto la defensa del Ayuntamiento de Carboneras en la vista del 14 de enero de 2014, impugnándolas expresamente. La extemporaneidad de este intento de subsanación es nítida, habida cuenta de la rotunda posición de Jurisprudencia que es constante al afirmar que la subsanación del defecto del Art. 45.2.d) no puede hacerse en la fase de recurso, tal y como han declarado las sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2011 y 10 de marzo de 2014 (Sección Sexta, recurso de casación 2997/2011) además de la ya citada de 20 de octubre de 1998 (Sección Cuarta, recurso de apelación 772/1993) y, en todo caso, una vez dictada la sentencia que resuelve sobre la inadmisión del recurso contencioso- administrativo, de nada sirve - porqué no tiene cabida legal - que con posterioridad se pretenda aprovechar la tramitación del recurso de casación - y por supuesto del de apelación - para justificar el cumplimiento de ese requisito que no fue debidamente acreditado en la instancia pese a haber dispuesto la parte de sobradas ocasiones para ello.

Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación del Ayuntamiento de Carboneras, revocar la sentencia apelada en cuanto rechaza la causa de inadmisibilidad alegada por el mismo, y con estimación de la misma declarar la inadmisión de los recursos contencioso administrativo interpuestos por “ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” y “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN - ALMERÍA”, por haber incumplido lo exigido en el Art. 45,2º,d) y en aplicación del Art. 69, b) de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa. Ello supone la inadmisión de los recursos contencioso administrativos siguientes:

1. Recurso contencioso administrativo 475/2005 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número de Almería interpuesto por la representación procesal de la “ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” contra la desestimación presunta, por parte del Ayuntamiento de Carboneras, de la solicitud que le fue, presentada en fecha 9 de junio de 2.005, por la Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Alménense, para que acordase la revisión de oficio del acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicho ente local, adoptado en la sesión de 13 de enero de 2.003, mediante el que se otorgó licencia de obras para la construcción “Hotel Azata del Sol”, en el paraje denominado “El Algarrobico”.

2. El recurso contencioso administrativo acumulado número 73/06 procedente del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Almería interpuesto contra la desestimación presunta, por el Ayuntamiento de Carboneras, de la solicitud, presentada en fecha 13 de julio de 2.005 por la Federación Provincial de Ecologistas en Acción-Almería, de acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicho ente local, adoptado en la sesión de 13 de enero de 2003, mediante el que se otorgó licencia de obras para la construcción “Hotel Azata del Sol”, en el paraje denominado “El Algarrobico”.

Con ello el objeto del presente recurso apelación queda limitado a la parte de la sentencia que estima el recurso contencioso administrativo acumulado número 228/06 procedente del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Almería, interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía contra la resolución de Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Carboneras, de fecha 26 de octubre de 2006 por la que desestimó la solicitud presentada el 29 de julio de 2005 por la Delegación Provincial de Almería de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de revisión de oficio del mismo acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 13 de enero de 2003, de concesión de licencia.

No obstante, el análisis de las alegaciones relativas a la demanda de la Junta de Andalucía está íntimamente ligado a las de las asociaciones

“ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSE” y “FEDERACIÓN PROVINCIAL DE ECOLOGISTAS EN ACCIÓN - ALMERÍA”, de manera que ello permitirá examinar, en lo sustancial, todas las cuestiones que se han planteado en el litigio y el Tribunal no va a rehuir en absoluto el análisis del fondo del litigio, por más que deba hacer el pronunciamiento de inadmisibilidad ya anunciado para los otros dos recursos, porque ello contribuirá a hacer comprensible la solución jurídica que ha de pronunciar este Tribunal lo que es tanto más necesario cuando se trata de un litigio de la relevancia social del que nos ocupa, y siendo el control de los actos de la Administración pública mediante el ejercicio de acciones ante la Jurisdicción contencioso administrativa una forma de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y de control del ejercicio de los poderes de las Administraciones públicas que garantiza la Constitución (Art. 106 de la Constitución Española de 1978).

Sobre la incongruencia interna de la sentencia estimado el primer motivo de apelación del Ayuntamiento de Carboneras, y por tanto, declarada la inadmisión del recurso contencioso administrativo interpuesto por las entidades “ Salvemos Mojácar y el Levante Alménense “ y la “Federación Provincial de Ecologistas en Acción - Almería” hemos de limitar el objeto de conocimiento a la parte de la sentencia que estima el recurso contencioso administrativo presentado por la Junta de Andalucía, que se ha conformado con la sentencia apelada. Como acabamos de reseñar esto es extremadamente difícil pues, paradójicamente el Juez a quo, rechazando todos los argumentos de la demanda de la Junta de Andalucía, sin embargo estimo el recurso de la misma, si bien lo hizo en un auto de aclaración de la misma que no explica porque estimó la demanda de quien había visto rechazados todos sus argumentos. Más bien parece que lo que hace el Juez a quo es estimar la pretensión de la Junta de Andalucía, pero por los argumentos de las otras partes demandantes, argumentos que ya hemos dicho, decaen con la inadmisión del recurso contencioso administrativo de las mismas.

Las partes apelantes denuncian por ello la incongruencia interna en que incurre la sentencia. Concretamente, la apelación del Ayuntamiento de Carboneras atribuye a la sentencia apelada “flagrante Incongruencia contraria, entre otros, a los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa” relativa a la discordancia entre los fundamentos jurídicos de la sentencia sobre la demanda de la Junta de Andalucía y el fallo.

El fallo de la sentencia apelada, ya lo hemos señalado, olvidó resolver sobre el acto impugnado por la Junta de Andalucía, la cual solicitó aclaración y rectificación de las sentencia, que en su parte dispositiva ya recti-

ficada dispone la estimación del recurso, y anulación del acto expreso por el que el Ayuntamiento de Carboneras rechazó la petición de revisión de oficio de la licencia deducida por la Junta de Andalucía. Ahora bien, esta estimación era incongruente con la parte de fundamentos jurídicos de la sentencia dedicados a la demanda de la Junta de Andalucía, que rechaza en tan sólo un párrafo (el penúltimo del FJ3). Pese a ello la sentencia no ha sido objeto de recurso de apelación por la Junta de Andalucía, que tampoco se ha adherido a ninguno de los recursos de apelación de las demás partes apelantes.

No basta con que la sentencia apelada resolviera - aun por vía de rectificación - sobre la demanda de la Junta de Andalucía, pues los Jueces obviamente tienen el deber de resolver todas las cuestiones controvertidas en el proceso (Art. 67,1º de la LJCA) pero, obviamente tienen que hacerlo de forma razonada y congruente, pues como exige el Art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente a esta Jurisdicción (disposición final de la LJCA) las sentencias se motivaran “ expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la aplicación e interpretación del Derecho”. El vicio de incongruencia interna y su alcance invalidante ha sido analizado por el Tribunal Supremo en una extensa jurisprudencia, de la que citamos la Sentencia de 10 de febrero de 2010, Sección 5ª, recurso de casación 7437/2005, que declara:

“La coherencia o lógica interna de una sentencia debe entenderse incluida en la exigencia legal de precisión y claridad, recogida en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues esta última cualidad requiere que no haya en ella contradictio in terminis, al producirse, de lo contrario, confusión, mientras que la precisión impone un rigor discursivo que se ignora con la incoherencia interna (Sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de II de marzo de 1995, 6 y 27 de junio y 18 de julio de 1998)”.

La sentencia apelada incurre, como ya hemos expuesto, en flagrante incongruencia interna que ha sido motivo de la apelación del Ayuntamiento de Carboneras, por lo que procede anular este pronunciamiento, por cuanto una que una decisión judicial no puede basarse en una motivación que es absolutamente contradictoria, según resulta de los preceptos legales antes citados. Ahora bien, ello no conlleva tampoco la retroacción de actuaciones, pues incluso cuando la sentencia apelada no entra en el fondo de las cuestiones la Sala debe, en apelación, entrar a resolver sobre el fondo como exige el Art. 85,10º de la UCA, no sin antes resolver sobre las demás incongruencias que las partes apeladas imputan a la sentencia apelada.

Sobre la alegación de vicio de incongruencia por exceso (*ultra petitem partium*) en la sentencia apelada.

No es menos relevante la alegación de vicio de incongruencia por exceso en la sentencia de instancia (*ultra petitum partium*) que formula la apelante Azata del Sol SL. y que también está presente en el escrito de recurso de apelación del Ayuntamiento de Carboneras. En realidad la sentencia incurre en vicio de incongruencia interna, porque después de afirmar en el Fundamento de derecho Sexto que no cabe proceder a la declaración de nulidad de los actos impugnados, se contradice más adelante en el fallo al declarar que la licencia es nula de pleno derecho, lo que por otra parte, reitera una y otra vez en la argumentación jurídica de la sentencia. En efecto, el Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia dice “La falfa de impugnación dentro del plazo legalmente establecido en la Ley Jurisdiccional del acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Carboneras, adoptado en la sesión de 13 de enero de 2003, mediante el que se otorgó licencia de obras para la construcción “Hotel Azata del Sol”, en la playa denominada de “El Algarrobo, impide a este órgano jurisdiccional anular directamente dicho acto administrativo, aunque haya méritos para ello. Ello no obstante, y habida cuenta la vulneración de las normativas sectoriales en materia de costas y de medio ambiente, sí es procedente la anulación de los tres actos presuntos desestimatorios de las solicitudes de revisión de oficio del acuerdo impugnado, formuladas por las partes actoras en el presente recurso principal y los dos acumulados.” Por su parte el fallo ordena de forma tajante, con referencia a la licencia del hotel, “.....ordenando al Ayuntamiento de Carboneras que inicie el procedimiento de revisión de oficio de ese acto nulo de pleno derecho con observancia de lo declarado en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución”.

En efecto, el Juez de la primera instancia no debió rebasar los límites de la cuestión controvertida, es decir de la procedencia o no de iniciar el procedimiento de revisión de oficio, máxime cuando en la misma sentencia proclama que dada la naturaleza de la actuación impugnada, no puede adoptar el pronunciamiento de nulidad. Es obvio que la advertencia era puramente formularia, porque tanto en los fundamentos jurídicos como, sobre todo en el fallo, el Juez a quo no sólo se extiende y afirma categóricamente la nulidad de pleno derecho, sino que termina por declarar tal vicio en la parte dispositiva.

Con ello ha vulnerado una jurisprudencia sobre los límites de la impugnación de esta clase de actos, que es constante en señalar que salvo casos muy excepcionales y tasados no es posible resolver, en el recurso contra la inadmisión de una revisión de oficio, sobre la pretendida nulidad de pleno derecho de los actos. Así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2009, Sección tercera, recurso de casación 5283/2006 al señalar en su FJ 4º:

“también conviene precisar que si bien por regla general, la impugnación de una denegación presunta por silencio administrativo permite al órgano judicial revisor resolver el fondo de la cuestión debatida, no es ese el caso en un supuesto como el actual, en el que lo solicitado -y presuntamente denegado- es una petición de revisión de oficio por nulidad del acto cuya nulidad se pretende. En estos casos, tal como señala la Sala de instancia en el fundamento de derecho cuarto, la estimación del recurso normalmente sólo puede conducir a declarar la obligación de la Administración de tramitar el procedimiento de revisión, puesto que ese es el objeto de la litis deducida ante la jurisdicción. O, dicho de otro modo, la cuestión de fondo en este supuesto –la pretensión deducida por el recurrente ante la jurisdicción- es la pertinencia o no de la tramitación de la revisión de oficio, no la nulidad del acto cuya revisión se pretende, para cuya declaración por la propia Administración debe seguirse necesariamente el procedimiento establecido en el artículo 102 de la Ley 30/1992, con la preceptiva intervención del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano autonómico análogo.”

Esta doctrina, que ratifica las anteriores - por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3^o de 26 de junio de 2007, Sección 5^a recurso de casación 8205/2003 - solo admite excepciones en los casos en que ya existe una previa declaración de nulidad del mismo acto administrativo cuyo revisión se pretende. Pero incluso en casos de este tenor, como por ejemplo el analizado en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2007, Sección 5^a recurso de casación 8205/2003, el Tribunal Supremo, declara que pese a que la disposición general (PGOU) hubiera sido declarado nula anteriormente en sentencias firmes, ello no lleva sin más a la estimación de la revisión de oficio sin seguir los trámites de informe del Consejo Consultivo y resolución del Ayuntamiento pues “ni la nulidad de pleno derecho de una disposición de carácter general - ya sea el PGOU de 1982 o el PGOU de 1987-, determina, sin más, que los actos de aplicación incurran en un vicio de la misma naturaleza”.

Por todo ello, la sentencia debió respetar el ámbito de libertad y competencia que corresponde al Consejo Consultivo de Andalucía en la emisión del informe preceptivo que le compete, y al propio Ayuntamiento de Carboneras, que es el competente para resolver definitivamente sobre la revisión de oficio pretendida, siempre tras la tramitación legal de rigor. Una vez que se produjera esta decisión final, es cuando podría demandarse una posible revisión jurisdiccional, ésta sí sobre el fondo de la nulidad. Al no hacerlo así, el Juez a quo incurrió en incongruencia por exceso (*ultra petitem partium*).

También cabe calificar de improcedentes y extralimitadas las consideraciones que hace el Juez de la primera instancia cuando llega a afirmar

que la Administración queda compelida a “una expropiación y ulterior demolición de lo construido” FJ 4º, último párrafo. Con afirmaciones de esta clase, y con la calificación de nulidad de pleno derecho de la licencia que contiene en su parte dispositiva, la sentencia apelada está afectando de manera improcedente e infundada jurídicamente al ejercicio legítimo de las competencias que tiene la Administración para decidir sobre la revisión de oficio del acto de concesión de la licencia, y más aún, sobre una eventual demolición e incluso expropiación que de ninguna manera es el objeto del litigio. Con ello no solo se ha creado una situación confusa sobre el alcance jurídico de la sentencia, como es obvio, sino que también se está construyendo una apariencia de declaración prejudicial y cosa juzgada que distorsiona el normal ejercicio de sus competencias por la Administración, y por ende de los Jueces y Tribunales que hayan de revisarlas, en su caso. Las sentencias que dictan los Jueces y Tribunales no son dictámenes o estudios, son actos de poder, y como tales tienen que ceñirse estrictamente a lo que constituye el objeto del litigio que es donde se ejerce la potestad que constitucionalmente tienen atribuida con exclusividad (Art. 117, 3º de la Constitución). Solo por razones de estricta necesidad del razonamiento jurídico para alcanzar la decisión se pueden extender los Jueces sobre cuestiones ajenas al litigio, pero bajo la condición de que estén directamente relacionadas con el objeto del juicio (Art. 4, 1º de la LJCA) y sean necesarias para el pronunciamiento. Pero es obvio que no es éste el caso, y al resolver el Juez que la licencia es nula de pleno derecho - cuando sólo está resolviendo sobre la admisión a trámite de una petición -, y más aún que la Administración queda compelida a la “expropiación y ulterior demolición de lo construido”, no sólo crea confusión sobre el alcance de lo que se ha enjuiciado, que no es eso, sino que además sitúa a los órganos competentes de la Administración y de los correspondientes gobiernos locales, autonómico o local en una pretendida e inadmisibles restricción de su ámbito de competencia. Si procede o no una expropiación de terrenos o de lo construido no es objeto de este litigio, y ya se comprenderá que nada puede ni debe apuntar el Juez sobre ello. De lo contrario, ningún sentido tendría que la Ley prohíba a los Jueces que en sus sentencias determinen el contenido discrecional de las decisiones de la Administración cuando estas son anuladas, como ordena el Art. 71, 2º de la LJCA, lo cual no es ningún menoscabo para la Justicia ni para el control de los ciudadanos, sino el reconocimiento de que quien representa y administra los intereses públicos no son los Jueces - cuya función es enjuiciar la legalidad de las decisiones de la Administración y del Gobierno - sino los órganos dirigidos e integrados en la Administración (Art. 103 de la Constitución) bajo principios de representación demo-

crática especialmente en el ámbito de los Ayuntamientos (art. 140 de la Constitución).

Por consiguiente el motivo de apelación ha de ser estimado, revocando la sentencia apelada, al vulnerar en su parte dispositiva y en los fundamentos jurídicos los límites previstos en el Art. 67,1º, y artículo 71 de la UCA, y Jurisprudencia que interpreta el ámbito de conocimiento de los Tribunales en esta clase de impugnaciones, que se ha citado anteriormente. No cabe por otra parte una solución distinta, que permitiera conservar los fundamentos jurídicos de la sentencia, pues como veremos a continuación, los motivos y argumentos que llevan al Juez de instancia a estimar el recurso no son ajustados a Derecho y se han alcanzado vulnerando los deberes de motivación y tutela judicial efectiva que impone el Art. 24 de la Constitución española.

Sobre la vulneración del principio de interdicción de la indefensión por la sentencia apelada por infracción del deber de motivación y congruencia con las alegaciones de oposición de las partes demandadas.

El recurso de apelación de la mercantil Azata del Sol comienza su exposición con una queja general de la indefensión que le ha producido la actuación del Juez a quo, particularmente la falta de motivación de su sentencia respecto a los argumentos que las partes demandada y codemandada han expuesto en su defensa.

Esta alegación debe ser objeto de análisis en primer lugar. Dice así el escrito de apelación de Azata del Sol S.L. (folio 1474, el resaltado en negrilla no está en el original) “La Sentencia que es objeto del recurso de apelación que se interpone por esta parte, titular de la licencia de construcción a la que se ha hecho referencia, ha estimado los recursos acumulados también citados e interpuestos contra los acuerdos presuntos y expreso del Ayuntamiento de Carboneras desestimatorios de las tres peticiones formuladas de revisión de oficio de la licencia, anulando dichos actos y ordenando al Ayuntamiento “que inicie el procedimiento de revisión de oficio de este acto nulo de pleno derecho con observancia de lo declarado en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución”.

Esta resolución ha aceptado plenamente la argumentación de la Asociación y Federación recurrentes tornándola literalmente de sus escritos de conclusiones y ha soslayado totalmente los motivos en los que las partes demandada y codemandada se han basado para oponerse a las pretensiones de aquellos. Como se expondrá en las alegaciones correspondientes, ninguno de los argumentos Jurídicos de los recurridos, ni ninguna de las cuestiones trascendentales para el juicio que éstos han planteado ha merecido la menor atención de la sentencia dictada. Sencillamente, se han ignorado olímpicamente, sin hacer referencia alguna a ellas y dejando en indefensión a las partes demandadas a las que se ha privado del de-

recho a la tutela judicial que tan extensamente como injustificadamente se ha otorgado a la Asociación y a la Federación recurrentes, dicho sea en estrictos términos de defensa”.

Entre las alegaciones expuestas por las partes demandada y codemandada destaca la formulada recurrentemente en todos sus escritos procesales, singularmente en las contestaciones a la demanda y escritos de conclusiones, relativa a la limitación del ámbito del objeto del procedimiento a la revisión de oficio de actos.

Se trata de una alegación esencial puesto que tiene por objeto delimitar el ámbito del litigio, a tenor de la acción ejercitada, esto es, la revisión de oficio de un acto firme de concesión de licencia de obra por ser nula de pleno derecho.

En todos los escritos de procesales alegatorios (contestación y conclusiones) de las partes demandada y codemandada está presente esta alegación, y por tanto el Juez a quo debió abordar su análisis en la sentencia. En determinados escritos procesales se acompaña incluso con la cita literal de Jurisprudencia inequívocamente favorable a sus alegatos, lo que explícita de forma más evidente, si cabe, este motivo de oposición y su naturaleza nuclear en la propia estructura de las defensas expuestas. Todo ello hace incomprensible el absoluto silencio que el Juez a quo guarda sobre estas cuestiones. El recurso de apelación de la codemandada Azata del Sol, afirma, por ello, que se le ha producido indefensión y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 de la Constitución) pues el Juez a quo no pudo dejar de advertir esta cuestión y de resolverla, y pese a todo ha sido orillada por completo en los extensos fundamentos de la sentencia apelada.

Lo primero que hemos de determinar es la presencia e importancia de estas alegaciones o motivos que, se dice, no han sido resueltos por el Juez. Abundando en lo alegado en términos más generales en la contestación a la demanda, el escrito de conclusiones de la parte codemandada Azata del Sol recapitulaba sobre el ámbito y objeto del recurso, y así dice literalmente (folios 1371 y 1372, el resaltado en negrilla no está en el original)

“Peticiones de revisión de oficio formuladas por la ASOCIACIÓN SALVEMOS MOJÁCAR Y EL LEVANTE ALMERIENSELA y la FPEA. En primer lugar, es evidente que las peticiones de iniciación del procedimiento de revisión de oficio de la licencia otorgada a mi representada no reúnen los requisitos exigidos por el referido artículo 102.3 LRJPAC para poder admitir la iniciación del procedimiento. Y ello, porque: Como resulta del expediente administrativo, no se fundamentan en ninguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62.1 LRJPAC; y

Resultan manifiestamente carentes de fundamento, por cuanto que los argumentos esgrimidos en sus solicitudes no guardan relación alguna con la petición formulada o resultan de todo punto insostenibles.

Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que las alegaciones esgrimidas en su escrito de conclusiones no hacen sino referirse al Plan Parcial, con base en el cual, se otorgó la licencia cuya solicitud de revisión de oficio ha dado lugar al presente procedimiento. Es evidente que la discusión de la conformidad o no a Derecho del referido Plan Parcial excede del objeto del presente procedimiento que, como ya se ha señalado, queda reducido a determinar si resulta o no conforme a Derecho la desestimación (tácita y expresa) de las solicitudes planteadas por los recurrentes al Ayuntamiento de Carboneras para que proceda a la revisión de oficio de la licencia otorgada a AZATA.”

Igual de explícito es el escrito de conclusiones de la parte demandada, Ayuntamiento de Carboneras, que cita incluso jurisprudencia sobre el alcance de estos procesos de revisión de oficio de actos administrativos y la improcedencia de argumentar la posible nulidad sobre la base de la de las disposiciones generales que fueron aplicadas en aquellos actos. Así por ejemplo se cita literalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1999, recurso contencioso administrativo 432/1996, cuyo Fundamento Jurídico Quinto se transcribía allí parcialmente (el resaltado en negrilla no está en el original).

“La revisión de oficio regulada en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246), de Procedimiento Administrativo Común, que es la que se instó por la Asociación recurrente, se refiere sólo a los actos nulos de pleno derecho mencionados en el artículo 62.1. Quedan fuera de su ámbito, en primer término, aquellos supuestos de revisión fundados en vicios de mera anulabilidad sometidos a otros trámites y presupuestos temporales y materiales previstos en los artículos 103 a 105 y, en segundo lugar, los motivos atinentes a la nulidad de disposiciones generales contenidas en el apartado 2 del artículo 62”.

Pues bien, tienen razón las partes hoy apelantes, Ayuntamiento de Carboneras y la mercantil Azata del Sol S.L., al denunciar que estos argumentos, que como hemos de ver a continuación son parte del auténtico núcleo del debate y esenciales dentro de las alegaciones de defensa opuestas por las partes demandada y codemandada, estas alegaciones, decimos, no han sido examinados en absoluto por el Juez a quo en la sentencia apelada, incurriendo con ello en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva exigida por el Art. 24 de la Constitución, al denegarles una respuesta congruente y motivada en Derecho a sus alegaciones.

En efecto, el Juez no motiva ni razona el porqué de haber rebasado el ámbito de conocimiento propio de la revisión de oficio de actos administrativos firmes, entrando a analizar como motivos de revisión de lo que en realidad son supuestos vicios que afectarían, no a la licencia concedida, sino a los Planes urbanísticos a cuyo amparo se concedió. La sentencia apelada elude por completo analizar, ni tan siquiera en términos conceptuales los límites propios de la revisión de oficio de actos administrativos firmes regulada en el Art. 102 de la LPAC, que las partes demandadas habían expuesto oportunamente. Si tenemos en cuentas que el principio de seguridad jurídica es un principio básico del Estado de Derecho, proclamado y garantizado por el Art. 9 de la Constitución, que está en la esencia de los límites legales impuestos a los mecanismos de revisión de actos firmes, no cabe duda alguna de la importancia y relevancia del argumento, que constituye una auténtica causa de excepción ante las pretensiones de las partes demandantes Asociación Salvemos Mojácar y el Levante Almerense y Federación Provincial de Ecologistas en Acción - Almería, pretensiones que incurrirían, en la tesis de las demandadas, en una desviación procesal al convertir un proceso de revisión de oficio de actos firmes en un proceso de impugnación de disposiciones generales con la pretensión de que, so pretexto de alegaciones sobre la ilegalidad de las disposiciones generales (planes urbanísticos de Carboneras) se declarase la revisión de oficio de la licencia de obras concedida a su amparo.

El Tribunal Supremo ha declarado la especial importancia del deber de motivación y la improcedencia de sustituir la motivación atinente a los causas de revisión de oficio, con la de otros vicios de legalidad que están fuera del ámbito de los de nulidad que son los únicos que justifican la revisión de oficio. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009, Sección Quinta de la Sala Tercera, recurso de casación 9007/2004 “El deber de motivación de las sentencias -previsto en los artículos 248.3 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y 248 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) - constituye una exigencia constitucional expresamente recogida en el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978, 2836), sobre el que se proyecta la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la CE, del que es una exigencia implícita. Téngase en cuenta que la motivación de las sentencias cumple un doble propósito, de un lado, pone de manifiesto por qué se ha realizado una determinada interpretación y aplicación de la ley de suerte que se permite a los destinatarios conocer y comprender su contenido; y, de otro, hace posible comprobar que el razonamiento -o la decisión sin más- no es arbitraria, caprichosa o irrazonable, al tiempo que permite ser revisada en vía de recurso.

Pues bien, en el caso examinado, y aunque no sea exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado ni debemos limitar nuestro

enjuiciamiento a la motivación sobre la legitimación, el Tribunal “a quo” no expresa las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión partiendo del contenido del acto administrativo -denegatorio de una revisión de oficio, en el caso de la revisión de dos órdenes de 1995, y la no tramitación de la revisión de otros dos acuerdos de 2001 mediante su elevación al Consejo de Gobierno-, al prescindir de lo alegado en la contestación a la demanda que ponía de relieve la falta de los requisitos precisos para denegar la revisión de oficio que se instaba. De modo que debe considerarse insuficientemente motivada la sentencia en la medida en que evita el expresado pronunciamiento, que podría tener clara incidencia sobre la “ratio decidendi” de la sentencia, es decir, con la concurrencia de una causa de revisión de oficio. Sin que, por tanto, sea suficiente a estos efectos, el examen de las cuestiones analizadas como si de la impugnación por razón de su anulabilidad, se tratara.”

De todo lo razonado se concluye, sin duda alguna, que en la sentencia apelada el Juez a quo ha causado indefensión efectiva a las partes demandada y codemandada, ya que la cuestión cuyo análisis ha omitido es esencial y ha sido oportunamente alegada, y del contenido de la sentencia no existe ni tan siquiera una respuesta implícita o tácita a lo aducido como motivo de oposición. Finalmente, no es menos evidente que esta vulneración del principio de proscripción de la indefensión tiene relevancia constitucional, pues de haber sido examinada, y eventualmente atendida, el fallo habría sido distinto del alcanzado. Se cumplen por tanto los requisitos que para declarar la existencia de vulneración del derecho fundamental a no sufrir indefensión – en su vertiente de incongruencia omisiva o ex silentio - ha señalado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, jurisprudencia que, siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional 144/2007, de 18 de junio, recurso de amparo 3877/2004, que a continuación transcribimos (el resaltado en negrilla no está en el original).

A este respecto, interesa recordar, con la reciente STC 85/2006, de 27 de marzo (RTC 2006, 85), F. 5, que, conforme viene señalando reiteradamente este Tribunal “el vicio de Incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurría la controversia procesal..... Por lo que se refiere específicamente a la incongruencia omisiva o ex silentio, hemos venido señalando que ésta tiene lugar cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las cuestiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa inter-

pretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución.... En efecto, el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva “no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Hiro Balar c. España* (TEDH 1994, 5) y *Ruiz Tori c. España*, de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 4) y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 85); 1/2001 de 15 de enero (RTC 2001, i) 5/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 5); 148/2003, de 14 de julio (RTC 2003, 148), y 8/2004, de 9 de febrero (RTC 2004, 8), entre otras” (F. 3). En suma, “es igualmente obligado no omitir la consideración de las alegaciones concretas que resulten sustanciales para el caso y decisivas para el fallo. Esto es, cuando la cuestión puesta de manifiesto no es una simple alegación secundaria, instrumental en el razonamiento jurídico, sino un alegato sustancial que contiene hechos o argumentos jurídicos básicos y fundamentales que nutren la pretensión, dicha cuestión integra la razón por la que se pide, debiendo ser tratada en forma expresa o, en su caso, considerada en forma siquiera implícita por la Sentencia, pues de otro modo se desatiende la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia” (STC 4/2006, de 16 de enero, F. 3).

Finalmente, conviene recordar que para que la incongruencia omisiva adquiera relevancia constitucional deben cumplirse dos requisitos: en primer lugar, que la cuestión cuyo conocimiento y decisión se dice que quedó imprejuzgada haya sido efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno [SSTC 85/2000, de 27 de marzo, F. 3 ; 8/2004, de 9 de febrero, F. 4 ; 246/2004, de 20 de diciembre, F. 7 ; 52/2005, de 14 de marzo, F. 2 a); y 4/2006, de 16 de enero]; y, en segundo lugar, que la omisión se refiera a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado (por todas, SSTC 35/2002, de II de febrero [RTC 2002, 35], F. 2 ; y 4/2006, de 16 de enero, F. 3).

En consecuencia procede declarar la nulidad de la sentencia apelada, con su revocación íntegra, al haber incurrido en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el Art. 24,1º de la Constitución, que ha causado efectiva indefensión a las partes demandada, Ayuntamiento de Carboneras, y codemandada, mercantil Azata del Sol SA. Ello hace necesario que a continuación resolvamos sobre los motivos de revisión de oficio alegados por la Junta de Andalucía y que fueron des-

timados expresamente por el Ayuntamiento de Carboneras, pues ya hemos señalado anteriormente (anterior Fundamento Jurídico quinto), que la sentencia rechazó todos los motivos de apelación de la Junta de Andalucía pero, incongruente e incoherentemente, estimó el recurso contencioso administrativo de la Junta de Andalucía. Aunque en puridad de conceptos, y al no haber apelado la Junta de Andalucía, el análisis podría terminar aquí con la simple desestimación de la demanda de la Junta de Andalucía, ya que la misma se conformó con la decisión judicial que obtuvo pese a que no le dio la razón en nada de lo que argumentaba. Ahora bien, pese a este extraño y anómalo comportamiento procesal de la Junta de Andalucía - que no ha sido algo puntual en este proceso plagado de incidentes y pretensiones de las que luego la misma Junta de Andalucía ha ido desistiendo - pese a ello, decimos, el Tribunal considera imprescindible entrar en el fondo del litigio, y ello para satisfacer una demanda de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva - algo que resalta la codemandada en su escrito de apelación - no sólo para la partes, sino para el conjunto de los ciudadanos, habida cuenta de la trascendencia de los intereses públicos concernidos y en aras de proporcionar una decisión judicial que además de jurídicamente fundada sea socialmente comprensible. Por ello se impone que, reparando aquella incongruencia del Juez de instancia, entremos a resolver sobre el fondo de la demanda de la Junta de Andalucía, lo que por otra parte es lo más coherente con el principio de economía procesal que establece el Art. 85, 10º de la LJCA, que ya hemos citado antes. A ello dedicamos los siguientes fundamentos jurídicos

Sobre los motivos de revisión de oficio alegados por la Junta de Andalucía.-

Se basa la demanda de la Junta de Andalucía en que la licencia otorgada para la construcción del hotel es nula por “ ocupación ilegal de la franja de protección establecida en el Plan Parcial “ citando al efecto el Art. 62.1.f de la Ley 30/1992 como vicio de nulidad de pleno derecho en que habría incurrido el acto de concesión de la licencia. Así, se dice por la Junta de Andalucía que la licencia otorgada es nula de pleno derecho “ por cuanto ilegalmente la licencia concedida vulnera el planeamiento urbanístico y, por ende, la legalidad ya que invade la franja de protección establecida en el Plan Parcial del Sector R-5, actual sector ST-1) establecida entra la zona marítimo terrestre”.

La franja de protección a que alude el recurso de la Junta de Andalucía no es propiamente una franja de servidumbre de protección marítima basada en la Ley de Costas, y así lo afirma dicha parte, sino que se basa en las previsiones del Plan Parcial del Sector, como consecuencia a su vez del Art. 21 del Plan Especial de Protección del Medio Físico de Almería,

en adelante PEPMFA. Dice así el Art. 21 del Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Almena.

Art. 21- PROTECCIÓN DEL LITORAL

1. A fin de garantizar la existencia de espacios libres suficientes entre las zonas susceptibles de ser urbanizadas y el dominio público marítimo, el planeamiento urbanístico deberá delimitar una franja de protección de la anchura que en cada caso resulte necesario, y en ningún caso inferior a 50 metros. Hasta tanto no se haya realizado esta delimitación, se establece una franja de protección de 100 m, contados a partir de la línea exterior de la zona marítimo-terrestre.

2. En la franja de protección delimitada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior sólo serán admisibles las instalaciones cuya utilización esté directamente vinculada al mar, así como las infraestructuras marítimo-terrestres. En ningún caso se autorizarán dentro de las mismas construcciones residenciales, ni la apertura de vías generales de tráfico rodado.

Una vez delimitada la zona de protección se declaran fuera de ordenación las construcciones residenciales y demás obras e instalaciones localizadas en su interior que contravengan lo dispuesto en este Plan.

3. A efectos de proteger la naturalidad y el paisaje de las playas, la altura de la edificación deberá ser tal que se minimice su impacto paisajístico. En playas con acantilados la localización y altura de la edificación se establecerán en términos tales que impidan su visibilidad desde la playa. En playa sin acantilados la altura de edificación se graduará de forma tal que en ningún caso supere un ángulo teórico de 15.9 con respecto al terreno en el plano perpendicular a la costa, a partir del límite exterior de la franja de protección de la zona marítima terrestre.

4. No se concederán licencias para la realización de obras que supongan impedimento o dificultad para el acceso público a las playas.

5. Para la implantación de instalaciones en las playas, sea cual sea su naturaleza y finalidad deberá obtenerse, aún cuando el carácter temporal de las instalaciones no exija la formalización de concesión alguna, la correspondiente licencia urbanística, y, en su caso, de apertura. Para la concesión de dichas licencias los Ayuntamientos deberán exigir que se justifique la falta de impacto negativo sobre las playas y las aguas marítimas de las instalaciones que se pretenda implantar, quedando prohibido el levantamiento de cercados en las playas.

6. El planeamiento urbanístico recogerá la delimitación del dominio público marítimo hasta la línea de la bajamar vía equinoccial, señalara normas para su protección y establecerá las reservas y normas que resulten necesarias para hacer efectiva la servidumbre de paso establecida en el artículo 4.1. de la Ley de Costa y facilitar la libre circulación de público,

así como garantizar el acceso rodado público necesario. Las vías de circulación, incluidos los caminos, no permitirán a los vehículos acceder directamente a la orilla, con la excepción de los vehículos de socorro y explotación de actividades litorales. Las zonas de estacionamiento se localizarán en lugares que eviten la degradación del paisaje y la obstrucción de las panorámicas sobre y desde el mar.

7. La concesión de licencia urbanística para la implantación, modificación o ampliación de instalaciones, construcciones o usos que hayan de generar vertidos al mar quedará condicionada a la obtención de la autorización de vertido correspondiente.

La sentencia apelada, ya lo hemos adelantado, rechazó la estimación del recurso por este motivo, basándose sobre todo en la falta de publicación del PEPMFA. La Junta de Andalucía, tampoco ha rebatido la alegación de la falta de publicación en el diario oficial correspondiente, al tiempo de concederse la licencia de obras, del citado Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Almería, constando que no se publicó hasta el día 12 de marzo de 2007, mediante su inserción en el correspondiente Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de la fecha, por lo que resulta in cuestionable su carencia de vigencia normativa al tiempo de concederse la licencia, todo ello a tenor del Art. 2.1 del Código Civil, Art. 52 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común y Art. 70.2 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, que exigen la publicidad completa en el diario oficial correspondiente de todas las normas reglamentarias, como son los Planes Urbanísticos, para alcanzar vigencia general y por consiguiente efectividad. Esta razón, por sí sola, ya releva del examen de otras consideraciones, ya que, como hemos dicho, la Junta de Andalucía no ha recurrido la sentencia apelada, por lo que no cabe agravar la posición jurídica de los apelantes entrando en el examen de cuestiones que han sido rechazadas sin que la parte perjudicada se haya alzado en apelación.

A mayor abundamiento, es importante señalar que el argumento de la Junta de Andalucía no es la vulneración de los límites propios de la Servidumbre de Protección regulada en la ley de Costas. La demanda de la Junta de Andalucía parte de la base cierta de que la citada Servidumbre de Protección establecida por la Ley de Costas estaba delimitada por la franja de 20 metros desde la línea exterior de la zona marítimo terrestre, y las construcciones autorizadas que se sitúan en una franja de terreno situada entre 20 y 50 metros a contar desde la línea exterior de la Zona marítimo terrestre, afirmando la Junta de Andalucía que ésta es una franja de protección creada de forma específica por el citado PEPMFA al que a su vez se remite el Plan Parcial del Sector R-5. El argumento, por tanto, no es de vulneración de la Ley de Costas, sino de los límites impuestos por el Planeamiento urbanístico.

Es cierto que el planeamiento urbanístico de Carboneras delimita una franja de protección de 50 metros a contar desde la línea exterior de la zona marítimo terrestre, y así consta en el documento de aprobación definitiva del Plan Parcial del Sector R-5, adoptado por el Ayuntamiento de Carboneras el día 28 de mayo de 1987. En el citado acuerdo se dispuso, con la aprobación del Plano P-1 del Plan Parcial Sector R-5, que los usos” serán los permitidos por el Art. 15 del documento de síntesis del PEPFMA publicada en el BOJA de 18 de mayo de 1987”.

Ahora bien, no cabe olvidar que los “espacios libres” a los que se refiere el Plan Parcial citado no son espacios libres de titularidad pública, antes bien, son espacios libres privados, es decir de propiedad en este caso de la mercantil Azata del Sol, por lo que al autorizar la licencia determinadas construcciones (piscinas, pasarelas del hotel y al parecer restaurante), no puede afirmarse que se incurra en el vicio de nulidad de pleno derecho que define en el Art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, que califica como nullos de pleno derecho los “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”.

Y no concurre este motivo de nulidad porque, en primer lugar, los terrenos en que se sitúan las instalaciones autorizadas por la licencia son propiedad del titular de la licencia y contrariamente a lo que afirma la Junta no tienen la calificación de espacio libre público ni zona verde pública, antes bien son completamente de titularidad privada, como resulta del proyecto de compensación del Sector obrante en el expediente administrativo, y por tanto se cumple el primer requisito esencial para adquirir el derecho a lo construido, que es la titularidad del terreno en que se sitúa la construcción (Art. 13 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana 6/1998, de 13 de abril, en adelante LS y Art. 50,F de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley 7/2002 de 17 de diciembre, en adelante LOUA). Por consiguiente tampoco se puede entender vulnerado el Art. 225 del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo, que es la norma de referencia invocada por la Junta de Andalucía, que reputa nulas de pleno derecho las licencias que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de zonas verdes o espacios libres pues ya se ha dicho que estos terrenos son de titularidad privada y no tienen un uso residencial.

En segundo lugar al no tener la condición de construcciones residenciales - y sobre este extremo la demanda no ha practicado prueba de ninguna clase y de los planes obrantes en el expediente no se desprende existencia de construcciones de uso residencial en esta franja - no se incumple lo dispuesto en Art. 21 del PEPMFA que precisamente autoriza determinadas construcciones no residenciales.

En tercer lugar, si lo que se afirma es que las piscinas y pasarelas y, en su caso, restaurante contravienen esas construcciones autorizables por el PEPMFA es evidente que ello no afecta a un elemento esencial y no hay una contradicción frontal con el plan, pues es preciso acudir a una interpretación normativa que delimita, de forma negativa y excluyendo tan solo los residenciales, aquellos usos y construcciones autorizables, pero no impide todo uso y construcción. Luego no se trata de un vicio de nulidad de pleno derecho que justifique la revisión de oficio de un acto que fue firme y consentido por la propia Junta de Andalucía, que no lo recurrió en su momento habiendo tenido plena información del mismo, pues no se discute que se le notificó la licencia al tiempo de ser otorgada.

En cuarto lugar, tampoco se contraviene por la licencia de forma manifiesta, como exige el Art. 190,1º de la LOUA, ningún valor natural o paisajístico, que es lo que exige el Art. 225 de la LOUA, para que pueda integrarse la infracción urbanística que define, ya que ninguna prueba se ha practicado de que las piscinas, pasarelas, etc que se autorizan en la franja de 50 metros afecten de forma manifiesta a valores paisajísticos o naturales cuya protección establece el Art. 21 del PEPMFA, pues es llano que si el propio PEPMFA autoriza determinadas construcciones en esa franja, lo hace porque desde el punto de vista del propio Plan no toda construcción afectará a estos valores, y sin una prueba cumplida, que no se ha realizado, el Tribunal carece de todo elemento para alcanzar esta conclusión que se pretendía - y para la que no valen subjetivas apreciaciones estéticas máxime cuando se hacen sobre una construcción en curso-, y, además, en la que la Junta de Andalucía no insiste ya que no ha apelado la sentencia, habiendo mutado su posición en la de defender que la servidumbre de protección de la Ley de Costas de 1988 había sido invadida, cuando antes, en demanda, la misma Junta de Andalucía sostenía lo contrario.

En quinto lugar, en virtud de la licencia no se adquirió ningún derecho o facultad para la que se careciese de los requisitos esenciales, como se pretende argumentar por la Junta de Andalucía con invocación del Art.62.1.f de la Ley 30/1992, puesto que con la aprobación de los procedimientos de ejecución del planeamiento y los proyectos de equidistribución de beneficios y cargas se había adquirido por la propietaria, Azata del Sol S.L. el derecho a urbanizar y a ejecutar las instalaciones en virtud del proyecto de compensación, estudio de detalle previamente aprobados así como por el proyecto de obras autorizado por la licencia, y más allá de que pueda existir una actuación que eventualmente presentase algún desajuste con el planeamiento, cuestión que no es posible atacar por el procedimiento de revisión de oficio una vez firme la licencia otorgada, lo autorizado no puede integrarse en absoluto en la causa de nulidad de

pleno derecho sino a lo sumo en un vicio de mera anulabilidad, que no tiene cabida en la revisión de oficio solicitada. Es decir que no se carecen de los elementos esenciales para el ejercicio del derecho autorizado por la licencia respecto a unas instalaciones como piscinas, pasarelas y restaurante - pues ninguna prueba se ha practicado que acredite que se autoricen otros tipo de edificaciones o construcciones de tipo residencial y el Ayuntamiento y la propietaria lo niegan - todo ello en un espacio privado para cuya utilización con arreglo al planeamiento urbanístico se habían adquirido todas las facultades urbanísticas por su propietario, mediante la equidistribución de cargas y beneficios y la ejecución de la urbanización. En resumen, estas alegaciones de la Junta de Andalucía no pueden integrar el motivo de nulidad de pleno derecho del Art. 62.1º f), que requiere algo bien distinto y mucho más grave que la simple ilegalidad. Que estas instalaciones pudieran ser o no conformes con el Plan Parcial es una cuestión de estricta legalidad que debió de discutirse en su momento interponiendo el correspondiente recurso en plazo contra la concesión de la licencia, pero la licencia que las autoriza no incurre por ello en nulidad de pleno derecho y por tanto no cabe admitir la revisión de oficio por tal motivo.

Por último la pretensión de la demanda de que, en defecto de la nulidad de pleno derecho, se acuerde la procedencia de la revisión por vicios de simple anulabilidad no fue ejercitada en la vía administrativa por lo que incurre en desviación procesal. Ciertamente, y a los simples efectos dialécticos, el día 22 de julio de 2005 en que la Junta de Andalucía solicitó la revisión de oficio de la licencia era factible instar del Ayuntamiento de Carboneras la iniciación del procedimiento de lesividad previsto en el Art. 103 de la Ley 30/1992, de PAC, que está sujeto a un plazo de cuatro años desde la fecha del acto, en este caso desde el 13 de enero de 2003. Esta vía de la revisión por anulabilidad, exige la previa declaración de lesividad del acto, pero permite el examen de un conjunto de posible vicios de la licencia mucho más amplio, que son los que se ha pretendido introducir forzosamente en la revisión de oficio por nulidad de pleno derecho. Sin embargo, lo cierto es que la Junta de Andalucía no lo hizo así, es decir, no instó del Ayuntamiento este procedimiento de revisión por simple anulabilidad, pese a que estaba abierto aún el plazo de cuatro años desde el otorgamiento de la licencia. Las razones de esta decisión corresponden a quien la toma, no a este Tribunal, pero lo que es evidente es que no se puede trocar luego la solicitud de revisión de oficio en otra de muy distinta naturaleza.

En consecuencia procede desestimar el recurso contencioso administrativo de la Junta de Andalucía, y confirmar la resolución del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Carboneras, de fecha 26 de octubre 23 de

2006 por la que desestimó la solicitud presentada el 29 de julio de 2005 por la Delegación Provincial de Almería de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, de revisión de oficio del acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 13 de enero de 2.003, de concesión de licencia.

Recapitulación. El ordenamiento jurídico y la ordenación urbanística. Esquema de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

El derecho a la transformación del suelo y a edificar son derechos que corresponden a los propietarios de suelo conforme al Art. 12 de la Ley del Suelo de 1998 aplicable en la fecha, y su ejercicio ha de realizarse conforme al marco normativo de aplicación que según el artículo 12 de la Ley 6/1998 está definido con la normativa que sobre planeamiento, gestión y ejecución del planeamiento establezca la legislación urbanística en cada caso aplicable. Por otra parte el Art. 134 del Real Decreto legislativo 1/1992, Texto Refundido de la Ley del Suelo establece la obligatoriedad de los planes urbanístico al disponer que “ Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación urbanística aplicable y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, estudios de detalle, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma.”

Por su parte, la legislación de Andalucía, desarrollando las competencias propias en materia de ordenación del territorio y urbanismo define la actividad urbanística por las potestades características entre las que está la de formulación y aprobación de instrumentos de ordenación urbanística (Art. 2, 2º de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002) y ejecución del planeamiento de ordenación urbanístico (Art. 2.2 d). Es la actividad de ordenación urbanística la que debe asegurar entre otros fines la protección y adecuada utilización del litoral, la diversidad biológica, la protección y mejora del paisaje, etc. (Art. 3.2, apartados g y h de la LOUA). Esto significa que es al elaborar los Planes de Ordenación Urbanística cuando debe garantizarse la coordinación de sus previsiones con la legislación de costas, la legislación de protección ambiental, etc., para garantizar que existe un tratamiento integral de todos los intereses públicos concernidos.

En desarrollo y cumplimiento de la actividad de ordenación urbanísticas, se sitúa la actividad urbanística de ejecución que está bajo control de la Administración competente a través de la actividad de intervención preventiva de los actos de edificación (Art. 168,1º a) de la LOUA. Este último escalón, el de intervención preventiva de los actos de edificación asegura el respeto a la planificación y ordenación urbanística, ya que exige la vigencia de la ordenación urbanística idónea conforme a la Ley para

legitimar la actividad de ejecución (apartado 2º a) del Art. 168 de la LOUA, y la obtención vigencia y eficacia de las resoluciones en que deba concretarse la intervención de la administración administrativa previa, es decir la licencia.

La licencia, por último, deberá de concederse conforme a las previsiones de la legislación y ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido, como previene el Art. 172, 4º de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Por tanto, el ajuste de la licencia a la normativa sectorial, cuando dicha normativa sectorial incide sobre el régimen urbanístico del suelo se debe articular por dos medios:

a) a través del contenido de los planes urbanísticos, que en su procedimiento de elaboración y aprobación deberán ser objeto no solo de información pública sino de informe de las distintas administraciones con competencias sectoriales, también la de Costas, como consta que lo fueron el Plan Parcial del Sector R-5, luego Sector ST-1 de Carboneras y las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Carboneras.

b) Por la independencia de otras autorizaciones sectoriales que puedan ser necesarias al margen de la licencia, cuyo otorgamiento no presupone la obtención de aquellas otras autorizaciones salvo en los casos en que esté vinculada la obtención previa, como es el caso de la licencia de actividad, licencia de actividad que se otorgó de forma simultánea en el caso que nos ocupa.

c) Pero en cualquier caso, una vez publicados y vigentes, son los planes de ordenación urbanística los que determinan el marco normativo conforme al cual deben concederse o denegarse las licencias urbanística.

Sentado este esquema general normativo, que no resulta cuestionado por los demandantes, resulta evidente que la adecuada articulación de la normativa urbanística del municipio de Carboneras a la legislación de costas, en particular a la Ley de 1988, y a la ordenación del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar correspondía a la Administración competente para aprobar y en su caso revisar las Normas Subsidiarias de Carboneras, aprobación definitiva que se produjo por acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio de Almería, dependiente de la Junta de Andalucía, y al Plan Parcial del Sector -ST-1.24.

Concretamente la aprobación de los distintos instrumentos urbanísticos se ha producido con la siguiente secuencia:

a) Normas Subsidiarias del planeamiento municipal de Carboneras, aprobadas por acuerdos de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Almería de 28 de enero de 1998 y de 10 de marzo del mismo año, en las que se recogía y mantenía la vigencia del

Plan Parcial del Sector S-TI (este Sector, conocido comúnmente como el Algarrobo, se identificaba como R-5 en las anteriores Normas Subsidiarias aprobadas definitivamente por la Comisión Provincial de Urbanismo el 14 de julio de 1987), según consta, entre otros en los documentos 1 y 2 acompañados a la contestación a la demanda de la mercantil Azata del Sol SL.

b) En el procedimiento administrativo de la Revisión, la Dirección General de Costas, con fecha 19 de febrero de 1998, evacuó informe acerca de la conformidad de la Revisión con la legislación de costas concluyéndose que “esta Dirección General informa favorablemente la Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Carboneras”. Previamente, la propia Dirección General de Costas había emitido informe en el mismo sentido, por medio de las resoluciones de 3 de abril de 1995, 1 de junio de 1995 y 8 de junio de 1995, según consta, entre otros en los documentos 3, 4, 5 y 6 acompañados a la contestación a la demanda de la mercantil Azata del Sol SL. Dicho informe tiene carácter preceptivo y vinculante, según se deriva del artículo 112 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, conforme al cual:

“Corresponde también a la Administración del Estado emitir informe, con carácter preceptivo y vinculante, en los siguientes supuestos:

a) Planes y normas de ordenación territorial o urbanística y su modificación o revisión, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo y aplicación(...)”.

c) Plan Parcial de Ordenación Urbana del Sector R-5 aprobado definitivamente con fecha de 26 de mayo de 1988, por Resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo de Almería (S-TI de las Normas Subsidiarias revisadas y aprobadas por los acuerdos antes citados de 28 de enero de 1998 y de 10 de marzo del mismo año. Las normas del Plan Parcial fueron publicadas en su integridad en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería de 4 de agosto de 1988. [Consta en el expediente administrativo]

d) Estudio de Detalle aprobado definitivamente por Acuerdo, de 10 de diciembre de 2002, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Carboneras, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de 11 de febrero de 2003. [Consta en el expediente administrativo]

e) Proyecto de Urbanización aprobado definitivamente, en fecha 29 de octubre de 1997, por subrogación, por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Almería - Boletín Oficial de la Provincia de 17 de noviembre de 1997, nº 221 - [Consta en el expediente administrativo]. Con fecha de 15 de julio de 1988 se había aprobado inicialmente el Proyecto de Urbanización y ante la paralización del procedimiento debido a la inactividad municipal, la Junta de Andalucía requi-

rió a la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo para que acordara la subrogación en las competencias municipales, a fin de lograr la aprobación definitiva del precitado Proyecto de Urbanización. El acuerdo de aceptación de subrogación fue adoptado por resolución de 21 de marzo de 1997, en virtud de la cual dicha Comisión Provincial procedió a la aprobación definitiva del Proyecto de Urbanización en fecha de 29 de octubre de 1997 f) Proyecto de Compensación del Sector ST-1 aprobado definitivamente por resolución del Concejal Delegado de Urbanismo de 10 de junio de 2001, previa tramitación de Bases y Estatutos y constitución de la correspondiente Junta de Compensación, mediante escritura de 12 de junio de 1997. Todavía seguía identificándose el Sector como R-5. El Acta de Protocolización de la certificación municipal relativa a la aprobación del Proyecto de Compensación fue formalizada mediante escritura del Notario de Carboneras de fecha 26 de septiembre de 2001, nº 986 de su protocolo. Junto con la descripción de la parcela hotelera resultante (P1), adjudicada a “Azata, SL.” y transmitida por ésta a “Azata del Sol, SL.”, figura el plano o ficha gráfica de la parcela en la que queda reflejada la ribera del mar del deslinde anterior aprobado por Orden Ministerial de 30 de marzo de 1966. La servidumbre de protección es de 20 metros de acuerdo con la Demarcación de Costas [Expediente administrativo] que incluso ya hemos dicho informo favorablemente la revisión de las NNSS de Carboneras.

Por consiguiente el Ayuntamiento de Carboneras contaba, y debía aplicar, un planeamiento urbanístico que estaba vigente, que había sido aprobado por los órganos competentes de la Junta de Andalucía y del propio Ayuntamiento y que contaba con los informes preceptivos, entre otros el favorable de la Dirección General de Costas, por lo que siendo la licencia un acto reglado que se concede o deniega al planeamiento urbanístico vigente, y por ende a la legislación urbanística aplicable, al conceder la licencia el Ayuntamiento de Carboneras actuó conforme a las previsiones del Plan Parcial ST-1 y las NNSS de Carboneras. Lo que se está pretendiendo con la vía de revisión de oficio es, en realidad, que se declare la ilegalidad de esa normativa urbanística.

Llegados a en este punto, hay que recordar que I procedimiento de revisión de oficio solo permite invalidar el acto administrativo de licencia por vicios de nulidad de pleno derecho en su procedimiento de otorgamiento, ya de competencia o de procedimiento, que sean constitutivos de motivos de nulidad de pleno derecho del Art. 62 de la LPAC. Pero no permite, a través de la revisión de oficio de la licencia, declarar la nulidad de los eventuales vicios o ilegalidades de que pudieren adolecer los instrumentos de planeamiento urbanístico a cuyo amparo se concedió. Estos vicios o ilegalidades del planeamiento urbanísticos, o cualquier infrac-

ción del ordenamiento jurídico en que incurrieren se pueden hacer valer en la impugnación directa del acuerdo de concesión de licencia, ya que puede aducirse como motivo de impugnación cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la ilegalidad de las disposiciones en cuya aplicación se dictan (Art. 26, 1º de la LJCA) y ello aunque la disposición general no hubiere sido impugnada en plazo (Art. 26, 2º de la LJCA).

Pero ocurre que el acto de denegación de la revisión de oficio, o el de su concesión, no son actos de aplicación de la disposición general a cuyo amparo se otorgó la licencia, sino actos de verificación de la concurrencia de motivos de nulidad de pleno derecho en el acto de concesión de la licencia por lo que las impugnaciones de estos actos no permite acceder, vía Art. 26.1º de la LJCA a la impugnación indirecta de las disposiciones generales a cuyo amparo se concedieron.

Es el planeamiento urbanístico aprobado y vigente el que determina el marco normativo conforme al cual se debe resolver sobre la petición de licencias, puesto que la licencia es un acto de naturaleza reglada, no discrecional, y son las Administraciones responsables de los distintos sectores que se articulan en el planeamiento, en particular en este caso la Administración del Estado en cuanto al régimen legal de Costas, y la Junta de Andalucía, en cuanto al régimen del Plan de Ordenación de Recursos Naturales y Plan Rector de Usos del Parque Natural de Cabo de Gata, cuyos compatibilidad con el planeamiento de Carboneras no cuestionó ni cuestiona la Junta, que debió adoptar - al igual que la Administración del Estado en cuanto a Costas - otras medidas, si es que lo entendían procedente, en orden a modificar aquel planeamiento o adaptarlo. Si no lo hicieron así, ello no puede constituir motivo de revisión de oficio de las licencias concedidas estando vigente la normativa urbanística que ya se ha mencionado, sin perjuicio de otras responsabilidades.

La Jurisprudencia es unánime al establecer este planteamiento y los correspondientes límites para la pretensión de obtener, vía revisión de oficio, la declaración de nulidad de una disposición general. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección tercera, de fecha 3 de junio de 1999, recurso contencioso administrativo 432/1996 declara:

“La revisión de oficio regulada en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), de Procedimiento Administrativo Común, que es la que se instó por la Asociación recurrente, se refiere sólo a los actos nulos de pleno derecho mencionados en el artículo 62.1. Quedan fuera de su ámbito, en primer término, aquellos supuestos de revisión fundados en vicios de mera anulabilidad sometidos a otros trámites y presupuestos temporales y materiales previstos en los artículos 103 a 105 y, en segundo lugar, los motivos atinentes a la nulidad de disposiciones generales contenidas en el apartado 2 del artículo 62.

Por esta razón hay que excluir de nuestro examen todos aquellos vicios de nulidad relativa que antes se han enumerado, entre los que se encuentran los referentes a la determinación del justiprecio, indebida inclusión de fincas afectadas por el pantano, mayor extensión de la superficie a expropiar, errónea agrupación de fincas, defectos en la consignación y desviación de poder, que debieron ser invocados por los interesados en su momento, instando los recursos administrativos y jurisdiccionales contra los actos a los que se atribuyen tales infracciones; impugnaciones que, en cualquier caso, podrían ejercitar de forma individualizada, aquellos propietarios no notificados o notificados defectuosamente, cuyo derecho a reclamar no haya prescrito.

También deben quedar al margen de este recurso los vicios aducidos que son aplicables a disposiciones generales, naturaleza que no puede atribuirse al Real Decreto de enajenación, cuya revisión se pretende. En este grupo se hallan las infracciones referentes a la jerarquía normativa, asignación equitativa de recursos públicos, dictamen del Consejo de Estado, incluíbles en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992.

Por su parte, el auto del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010 recurso de casación 997/2010 señala que:

“En definitiva, se infiere de la doctrina recogida anteriormente que el planteamiento de una revisión de oficio de actos aplicativos de una disposición general por una supuesta ilegalidad de tal disposición no debe ser motivo suficiente para la admisión a trámite del recurso de casación, pues estaríamos en tal caso ante una impugnación indirecta de las mismas y, como ha señalado la citada jurisprudencia, no se está en tales casos ante una acción de nulidad, pudiendo contar siempre los interesados con la posibilidad de plantear indirectamente la impugnación de los citados instrumentos de planeamiento, lo que coincide por lo demás con la doctrina consolidada de esta Sala que impide el acceso al recurso de casación de actos administrativos por el mero hecho de haberse impugnado indirectamente una disposición administrativa de carácter general por todas, sentencia de 28 de abril de 2009 (Rec. 6641/2005).

En el mismo sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, de fecha 10 de junio de 2004, recurso de casación 7436/1999 señala:

“En resumen, la anulación de una disposición administrativa no afecta a los actos producidos con anterioridad si han adquirido firmeza, bien porque fueron confirmados por resolución no recurrible o bien porque fueron consentidos por el interesado que no los impugnó en su momento, y por el contrario, la nulidad afecta a los actos posteriores a la anulación de la disposición en que pretenden fundarse, con carácter absoluto e imprescriptible y aunque no se hubieren combatido en los plazos ordinarios.

Finalmente la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011, Sección Quinta, recurso de casación 3397/2007 declara

“La revisión de oficio contra disposiciones generales se encuentra reconocida en el citado artículo 102, apartado 2, al solventar algunas dudas que la redacción anterior a la reforma por Ley 4/1999 suscitaba al respecto. Ahora bien, esa revisión de oficio contra reglamentos tiene, por lo que hace al caso, una limitación subjetiva esencial y es que únicamente puede iniciarse de oficio por la Administración. De modo que los particulares no están legitimados para instar tal revisión, porque han sido excluidos de esa “acción de nulidad”, como se califica en la exposición de motivos de la citada Ley 4/1999. La revisión de oficio de las normas reglamentarias (artículo 102.2 de la Ley 30/1992) no puede ser instada por los particulares, a diferencia de la revisión contra los actos administrativos nulos (artículo 102.1 de la misma Ley) que puede ser instada por iniciativa de la propia Administración o a solicitud del interesado. Resulta significativo a estos efectos comparar ambos apartados, para apreciar que se ha excluido del apartado 2 del citado artículo 102 toda referencia a “instancia de parte”.

En definitiva, la actuación del Ayuntamiento de Carboneras al aplicar la normativa urbanística y planeamiento urbanístico vigente en el acuerdo de concesión de licencia objeto del recurso, no incurre en vicio de nulidad de pleno derecho que autorice la revisión de oficio solicitada. Procede desestimar la solicitud de revisión de oficio de la Junta de Andalucía, y ratificar el acuerdo del Ayuntamiento que así lo hizo.

St. de 29 de julio de 2014. Sede de Granada. Ponente: Rafael Toledano Cantero