

Expediente Núm. 66/2010  
Dictamen Núm. 79/2010

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de marzo de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 2 de febrero de 2010, examina el expediente de revisión de oficio incoado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Castrillón de 3 de diciembre 2009, al objeto de declarar la nulidad del Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 27 de octubre de 2003, por el que se concedió licencia de parcelación para una finca.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 27 de octubre de 2003, la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Castrillón acordó conceder licencia de parcelación a ....., “según (el) proyecto presentado con registro de entrada número 4688, para la finca de cabida 6.226 m<sup>2</sup>”, correspondiente al “polígono 20, parcela 52 a y b),

de la que resultan las siguientes parcelas:/ Parcela 1: superficie de 2.076,50 m<sup>2</sup>./ Parcela 2: superficie de 2.074,60 m<sup>2</sup>./ Parcela 3: superficie de 2.075,10 m<sup>2</sup>.

Como antecedentes, consta que el interesado solicitó, con fecha 27 de junio de 2003 (registro de entrada número 4688), una licencia para proceder a la parcelación de una finca “conforme a proyecto adjunto”, en el que se recoge que se pretende la segregación en tres parcelas de 2.076,50 m<sup>2</sup>, 2.074,60 m<sup>2</sup> y 2.075,10 m<sup>2</sup>, respectivamente, y se indica, de forma expresa, que en la parcela 1 “quedan incluidas las viviendas existentes”.

Requerida por el Concejal Delegado de Urbanismo “justificación de disposición de terreno, a razón de 1.250 m<sup>2</sup> por vivienda y lote (artículos 394 y 398 del P.G.O.U.)”, el interesado presenta, con fecha 16 de septiembre de 2003 (registro de entrada número 6588) un “nuevo proyecto de parcelación donde se corrigen los defectos acaecidos en el anterior”, y en el que se contemplan ahora tres parcelas de superficies 2.500,20 m<sup>2</sup>, 1.650,90 m<sup>2</sup> y 2.075,10 m<sup>2</sup>, respectivamente, y se señala que esta última constituye el “resto de la finca matriz en la cual quedan incluidas las dos viviendas existentes (...) y superficie mínima de segregación a razón de 1.250 m por vivienda”. La licencia es informada favorablemente por la Oficina Técnica Municipal con fecha 29 de septiembre de 2003, aludiendo expresamente al “proyecto fechado el 25-08-03 y visado el 3-09-03 (R.E. 6.588/03)”.

2. Con fecha 26 de enero de 2009, la Técnica de Administración Especial de la O.T.M. propone “la iniciación de trámites tendentes a la declaración, de oficio, de la nulidad del acto administrativo consistente en el Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de fecha 27-10-2003 (...), por el cual se concedió” la mencionada licencia de parcelación.

Entre los antecedentes de la propuesta se recoge que, “al pretender obtener la licencia de ocupación para una de las viviendas existentes en dichas fincas, el Técnico municipal ha observado (...) el error producido en la

propuesta y en la licencia de parcelación de 27-10-2003". En sus fundamentos jurídicos detalla que el supuesto encaja en el artículo "62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" y que, en consecuencia, "procede actuar conforme señala el (artículo) 102 de dicha Ley", y añade que, analizados "los antecedentes obrantes en el expediente", considera que "el interesado ha incurrido en negligencia y con desconocimiento de sus propios actos".

**3.** Mediante Acuerdo de 3 de septiembre de 2009, la Junta de Gobierno Local inicia el procedimiento para "declarar de oficio la nulidad del acto administrativo consistente en el Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de fecha 27-10-2003 (...), por el cual se concedió licencia de obra de parcelación" al interesado.

**4.** Con fecha 21 de octubre de 2009, acusando recibo de la "notificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno" de fecha 3 de septiembre de 2009, el titular de la licencia de parcelación presenta en el registro del Ayuntamiento de Castrillón un "recurso de reposición contra el mismo", pretendiendo la "anulación del procedimiento de declaración de oficio de nulidad de la licencia de parcelación indicada y su correspondiente archivo".

Sostiene, en primer lugar, "la falta de legitimación de la Junta de Gobierno para iniciar el expediente combatido", dado que carece de "facultades para el ejercicio de la declaración de nulidad de un acto administrativo del propio Ayuntamiento".

En segundo lugar, entiende que la "negligencia" que parece imputársele debe reconocerse, en realidad, respecto de la actuación del propio Ayuntamiento al conceder la licencia de parcelación. Manifiesta, asimismo, que "las dos viviendas son pareadas y configuran una única unidad constructiva"; que se trata de viviendas construidas "hacia 1890, fecha muy anterior a la

existencia en sí del propio plan urbanístico”, y que, “por tanto, la imposición de 1.250 m<sup>2</sup> por vivienda requerida en el actual plan urbanístico no sería de aplicación a las viviendas ya existentes (...), pues la ley no puede tener carácter retroactivo y máxime en perjuicio de terceros”.

En tercer lugar, mantiene que la Administración debe, en aplicación del “artículo 65 -conversión de actos viciados- de la citada Ley 30/1992”, emitir “por conversión (...) una licencia acorde con los fundamentos originales del informe técnico y, conforme al (artículo) 57.3 -efectos- de la citada, otorgarle el carácter retroactivo a 2003”, todo ello porque “la solicitud y todo su expediente contienen los elementos constitutivos de una resolución favorable”.

En cuarto lugar, manifiesta que el “error de ese Ayuntamiento tiene graves consecuencias para el interesado”, dado que “existen terceros afectados por la consolidación de la anulación (por ejemplo, garantes hipotecarios y Administración tributaria)”, apelando a los “límites jurídicos” que contempla el artículo “106 de la citada Ley 30/1992” y que la declaración de nulidad “no tiene por sí sola más que meros efectos urbanísticos que chocan frontalmente con los derechos civiles adquiridos por la inscripción registral”. Finalmente, afirma que ha actuado de “buena fe” y que la declaración de nulidad es “totalmente contraria a la equidad en la decisión de la Administración, a la buena fe demostrada por el dicente y por los terceros afectados y al derecho adquirido por los particulares”.

5. Con fecha 25 de noviembre de 2009, el Departamento de Disciplina Urbanística informa jurídicamente el recurso interpuesto, calificándolo como escrito de alegaciones.

Sobre la posible incompetencia del órgano que adopta la resolución de inicio, sostiene que la Junta de Gobierno Local “es perfectamente competente”, puesto que “el acto a declarar nulo es de este mismo órgano”, y que, una vez ultimado el procedimiento, “en aplicación de la doctrina jurisprudencial sentada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987, tal

declaración -se refiere a la de nulidad- será adoptada por el órgano supremo de la Entidad Local (el Pleno)".

En cuanto al resto de las alegaciones, se indica en el informe que pueden tener relevancia "en un momento temporal posterior, que será cuando proceda fijar y discutir, en su caso, la indemnización que pueda proceder por responsabilidad patrimonial"; que "si la licencia concedida es finalmente declarada nula se dictará un nuevo acto administrativo autorizando el proyecto correcto y subsanando el error que se produjo en su momento", y que de existir terceros afectados "podrían exigir también responsabilidades a la Administración", lo que se dilucidará "más adelante".

El día 30 de noviembre de 2009, la Alcaldesa notifica dicho informe al interesado, "a los efectos oportunos".

**6.** Con fecha 3 de diciembre de 2009, la Junta de Gobierno Local acuerda "declarar, dado el transcurso del plazo de 3 meses (...), la caducidad del procedimiento iniciado con fecha 3 de septiembre de 2009" y "que el procedimiento se reinicie, incorporando todos los datos y trámites ya realizados".

**7.** Notificado el Acuerdo anterior al interesado, con fecha 2 de enero de 2010 presenta éste un escrito de alegaciones, reafirmando en el recurso de reposición formulado el día 21 de octubre de 2009, "no reproduciéndolo de nuevo por economía procesal".

**8.** Con fecha 21 de enero de 2010, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Castrillón propone al Pleno que se declare "la nulidad de oficio del Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de fecha 27 de octubre de 2003 en virtud del cual se había concedido (...) licencia de obras para parcelación" y que se "ordene la subsanación del error cometido en su momento, acordando autorizar la parcelación conforme al proyecto correcto".

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de febrero de 2010, registrado de entrada el día 4 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno de 27 de octubre de 2003, por el que se concedió licencia de parcelación para una finca, objeto del expediente núm. ...., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra I), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra I), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Castrillón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el Ayuntamiento de Castrillón se halla debidamente legitimado en cuanto autor del acuerdo cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio por él iniciado.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 102.1 de la LRJPAC dispone que “Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”. No obstante, el artículo 106 de la referida LRJPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada “cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

En el caso que examinamos, entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los supuestos citados, dado que, pese a la retórica afirmación del interesado, no se ha probado la existencia real de terceros afectados por la revisión de oficio.

**CUARTA.-** En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que éste se configura como instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por tanto, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. La LRJPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al “órgano competente”. Por ello, tratándose de una entidad local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), y en su normativa de desarrollo. En concreto, a la hora de determinar qué órgano es competente, la norma reglamentaria de aplicación es la contenida en el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales,

aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Este precepto atribuye la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la LRBRL, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”.

En el presente caso, la licencia de parcelación fue concedida en su día por la Comisión Municipal de Gobierno, órgano que, como ahora sucede con la Junta de Gobierno Local, salvo en los llamados “municipios de gran población” -título X de la LRBRL-, ejercía en aquel momento las “atribuciones que el Alcalde u otro órgano municipal le delegue o le atribuyan las leyes” -artículo 23.2.b) de la LRBRL-. Puesto que el otorgamiento de licencias es una de las atribuciones específicas de la Alcaldía -artículo 21.1.q) de la LRBRL-, el acuerdo de concesión de la licencia objeto de este procedimiento se adopta en virtud de delegación de la Alcaldía, según se indica en el propio acuerdo, que cita una resolución de 24 de junio de 2003 por la que el Alcalde delega en la Comisión de Gobierno, entre otras, las licencias de parcelación.

Pues bien, una vez que la Comisión Municipal de Gobierno ha sido “sustituida” por la Junta de Gobierno Local, según las modificaciones introducidas en la LRBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, también este órgano puede actuar con competencias delegadas por la Alcaldía, y en este caso se comprueba (BOPA de 17 de julio de 2007) que ostenta, también por delegación expresa de la Alcaldía, la competencia para el otorgamiento de las licencias de parcelación.

En definitiva, la Junta de Gobierno Local resulta ser el órgano competente para iniciar el procedimiento de revisión de oficio de una licencia de parcelación, dado que ejerce competencias delegadas por la Alcaldía. Igualmente resulta competente para adoptar el acuerdo que ponga fin al procedimiento, por lo que, éste no podrá ser aprobado por el Pleno municipal,

tal y como plantea la propuesta de resolución que analizamos, toda vez que las competencias deben ser ejercidas por los órganos administrativos que las tengan atribuidas, sin que quepa la delegación de una competencia que se ejerza por delegación (artículos 12.1 y 13.5 de la LRJPAC).

Por lo que respecta a la tramitación, se han cumplido, en lo esencial, los trámites del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente al interesado, y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC.

No obstante, advertimos ciertas irregularidades formales en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, y por lo que atañe al trámite de audiencia, hemos de destacar que no se puso formalmente de manifiesto el expediente instruido al interesado, sino que tan sólo se le dio traslado del acuerdo de iniciación, aunque con la advertencia expresa de que se realizaba “en los términos del artículo 84 de la Ley 30/1992”. Ahora bien, tal y como hemos señalado en dictámenes anteriores, el trámite de audiencia no es un mero rito formalista y sí medida práctica al servicio de un concreto objetivo, como es el de posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho, quedando supeditada la nulidad de las actuaciones a que su omisión puede dar lugar a la indefensión material y efectiva de la parte. Teniendo en cuenta las singularidades de la tramitación, que condujeron a la declaración de caducidad de un procedimiento anterior y a su simultáneo “reinicio”, adoptando un nuevo acuerdo, e incorporando “todos los datos y trámites ya realizados”, y que el interesado conoció a lo largo de aquella los informes técnico y jurídico que obran en el expediente, llegando a presentar escritos de oposición -que constan incorporados al mismo- en diversas fases, hemos de concluir que no se ha producido indefensión real y efectiva del particular, observándose tan sólo una irregularidad no invalidante.

Finalmente, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

**QUINTA.-** Para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional, en cuanto que sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 62.1 de la LRJPAC, debe ser restrictiva; de lo contrario, perdería efectividad la garantía que entraña la diferenciación entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables y su sometimiento a regímenes jurídicos distintos de anulación.

Según la propuesta de resolución formulada por la Alcaldía del Ayuntamiento de Castrillón, por remisión a los argumentos contenidos en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de septiembre de 2009, la licencia de parcelación resultaría un acto nulo de pleno derecho “por tratarse de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el cual los particulares adquirieron facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición” -artículo 62.1.f) de la LRJPAC-, entendiéndose que en este caso, y como requisito especial, debe tenerse en cuenta la parcela mínima necesaria “para poder dar por válida la existencia de dos viviendas en una sola parcela, es decir, se requiere una parcela mínima de 1.250 m<sup>2</sup> para cada una de las viviendas” (artículos 394 y 398 del vigente Plan General), lo cual no se cumple con la actual cabida de 2.076,50 m<sup>2</sup> en la que existen dos viviendas”.

El afectado no cuestiona la existencia de esa “parcela mínima”, ni desmiente la existencia de dos viviendas, sino que se limita a argumentar que tales viviendas “son pareadas y configuran una única unidad constructiva” y que, dada su antigüedad, el plan no les resultaría aplicable, en aplicación del principio de irretroactividad de las normas desfavorables, añadiendo otras alegaciones en relación con la posible responsabilidad patrimonial, que no inciden en la posible declaración de nulidad.

Sobre la causa de nulidad invocada por el Ayuntamiento de Castrillón, ya hemos señalado en dictámenes anteriores que, partiendo del reiterado principio de interpretación restrictiva, la nulidad absoluta se anuda a la adquisición de derechos “cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, de lo que se deduce que tal carencia debe ser sustancial y manifiesta, y que nuestro Derecho Administrativo reserva la nulidad absoluta para las violaciones más graves del ordenamiento jurídico, por lo que es rechazable una interpretación amplia del concepto “requisitos esenciales”, que nos conduciría a desnaturalizar las causas legales de invalidez al vaciar de contenido los supuestos de mera anulabilidad, con marcada erosión del principio de seguridad jurídica. En este sentido, cabe recordar la distinción, realizada por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes y recogida también por este Consejo Consultivo, entre “requisitos necesarios” y “requisitos esenciales”, ya que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de “esenciales”.

Entrando ya en el fondo del asunto, ninguna duda alberga este Consejo Consultivo de que la licencia de parcelación concedida incurre en el vicio de nulidad establecido en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, dado que el hecho de que la parcela resulte divisible constituye un requisito esencial para la obtención de una licencia de parcelación, según se desprende del artículo 136 de la Ley del Principado de Asturias 3/2002, de 19 de abril, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística -vigente en el momento de concesión de la licencia-, cuyo apartado 2 califica de ilegal “toda parcelación que sea contraria a la

legislación o al planeamiento urbanísticos”, estableciendo que no serán divisibles -apartado 4.a)-, “las parcelas determinadas como mínimas en el correspondiente Plan”. Según recogen los informes municipales, el planeamiento vigente (que sí resulta aplicable al supuesto de parcelación, pese a la preexistencia de las edificaciones) exige una parcela mínima de 1.250 m<sup>2</sup> por vivienda, y por ello la configuración finalmente adoptada en la parcelación al desconocer tal requisito, resulta viciada, habiéndose determinado para la parcela número 1 una superficie inferior a la prevista en el Plan, en función de las edificaciones existentes.

Hemos de destacar que el propio interesado entendió, en su momento, que tales eran las exigencias del planeamiento vigente, dado que procedió, con fecha 16 de septiembre de 2003, a corregir “los defectos” puestos de manifiesto en el informe técnico municipal, aportando un “nuevo proyecto de parcelación” adaptado a tales previsiones. Sin embargo, por razones que no constan en el expediente, se otorgó la licencia actual, frustrando así la revisión técnica que se había realizado sobre las iniciales pretensiones del ahora interesado.

En definitiva, apreciamos la ausencia de un requisito esencial para la obtención de la licencia de parcelación, cual es el respeto a la parcela mínima prevista en el Plan urbanístico, al haberse autorizado una parcela número 1, en la que se incluyen las dos viviendas preexistentes, con una superficie de 2.076,50 m<sup>2</sup>, inferior por tanto a los 2.500 m<sup>2</sup> mínimos necesarios en función de las edificaciones que soporta. En consecuencia, procede que se declare la nulidad de la licencia concedida, sin que resulte procedente que este Consejo Consultivo realice pronunciamiento alguno sobre el resto de consideraciones que plantea la propuesta de resolución.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo

de la Comisión Municipal de Gobierno de 27 de octubre de 2003, por el que se concedió a ..... licencia de parcelación para una finca.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE CASTRILLÓN.