

Expediente Núm. 3/2013
Dictamen Núm. 26/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de febrero de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 9 de enero de 2013, examina el expediente de revisión de oficio, incoado a instancia de, del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, de 15 de febrero de 2008, por el que se concede licencia de uso y primera ocupación de vivienda unifamiliar.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 21 de diciembre de 2009, el interesado presenta en el registro municipal un escrito solicitando la “declaración de nulidad de la licencia (...) de uso y primera ocupación” concedida a los propietarios de una vivienda colindante con la suya.

Expone que está precedida por una licencia de obras para reforma y ampliación de vivienda unifamiliar expedida el 30 de septiembre de 2005, concediéndose con posterioridad, en el mes de diciembre de 2006, una nueva licencia de acuerdo con las modificaciones de los "iniciales proyectos básico y de ejecución" que afectaban a la "estructura y cimentación" y a los "alzados". Señala que, "concluidas las obras", en el mes de octubre de 2007 los titulares de la propiedad presentaron en el Ayuntamiento "el certificado final de obra" y "un segundo modificado de los proyectos" anteriormente citados, "fechado en marzo de 2007", en los que se contienen los cambios que detalla, lo que supone que "por la vía irregular de presentación de ese modificado como documentación final de obra se efectúan alteraciones en los proyectos aprobados por ese Ayuntamiento que se sustraen al control de los servicios técnicos municipales".

Indica que el 12 de febrero de 2008 "el Arquitecto Técnico municipal", tras "visita de inspección", informa "favorablemente la concesión de licencia de uso y primera ocupación". Destaca el compareciente "el escaso rigor con que se realiza la inspección", que "resulta del propio contenido del informe, en el que se alude a falta de personal de apoyo y de medios para medición de alturas, fondos, etc., limitándose el informante a apreciar la conformidad de las obras con el proyecto aprobado y con las modificaciones recogidas en la documentación final de obra con una simple observación del aspecto externo del edificio y de las señales que se aprecian en sus elementos compositivos".

Tras resumir los motivos por los que sostiene la falta de ajuste de las obras ejecutadas tanto a las licencias de obras concedidas como a lo establecido en el Plan General de Ordenación Urbana -incumplimientos "de la distancia mínima de 3 m de retranqueo de la nueva edificación a la parcela colindante (...); de la configuración a dos, tres o cuatro aguas de la cubierta del nuevo cuerpo edificatorio construido"; de la condición relativa al "color de acabado de las fachadas", y de las "condiciones estéticas de la fachada Norte del cuerpo edificatorio"-, añade la existencia de otras obras realizadas sin

licencia (cierres de parcela y construcción de solera de hormigón en la parte trasera de la vivienda), respecto de las cuales solicita el requerimiento municipal a los promotores de la obra para su demolición o legalización, según proceda.

2. Durante la instrucción, se incorpora al procedimiento el expediente instruido con motivo de las obras de reforma y ampliación de vivienda unifamiliar cuya licencia de uso y primera ocupación, de fecha 15 de febrero de 2008, es ahora objeto de revisión. Figura en él, además de la citada licencia, la escritura de declaración de obra nueva en construcción, otorgada el 5 de julio de 1996, en la que consta que el interesado y otras tres personas ostentan “la nuda propiedad (...) por cuartas e iguales partes proindivisas” de la vivienda unifamiliar ubicada en el número 96 de la vía que se cita.

3. Con fecha 25 de febrero de 2010, el Arquitecto Técnico municipal emite un informe en el que manifiesta que la “distancia de 2,89 metros” existente entre las dos edificaciones a que alude el interesado, aun siendo “inferior a la establecida de 3 metros” en el artículo 5.3.4 del Plan General de Ordenación Urbana, es “perfectamente tolerable dada la escasa discordancia entre ambas, al ser la diferencia de 0,11 cm”. Señala que “las obras de la nueva construcción (...) se han ejecutado conforme a los planos presentados del segundo modificado del proyecto aprobado” y que “la actual situación que surge de la ampliación construida no es de nueva creación”. Rechaza también los incumplimientos alegados en la cubierta, el color del revestimiento y el chapado de la fachada posterior.

4. Con fecha 12 de abril de 2010 la Responsable de Licencias del Ayuntamiento de Oviedo comunica al interesado que, “a la vista de los contenidos del informe técnico”, no “parece que concurra ninguna de las causas de nulidad a que se refiere el art. 62 de la Ley 30/1992”, y le concede un “plazo de audiencia previo

a la resolución, por espacio de quince días, acerca de la admisión a trámite de la solicitud de revisión de la licencia de primera ocupación otorgada”. Cita al efecto el artículo 102 de la misma Ley, en cuanto dispone que “el órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del art. 62 o carezcan manifiestamente de fundamento”.

5. El día 28 de abril de 2010, el interesado presenta en el registro municipal un escrito de alegaciones en el que rebate las afirmaciones vertidas en el informe del Arquitecto Técnico municipal en cuanto al “incumplimiento de retranqueos”, destacando que “es falso que las obras se han ejecutado conforme al segundo modificado del proyecto aprobado, porque no hubo tal aprobación”, y que la medición de “2,89 metros no se corresponde con la realidad, pues tal medida es de 2,40 m, midiendo la distancia perpendicularmente desde el lindero de nuestra finca y hasta el alero, que es el extremo saliente”. Igualmente, rechaza que “la construcción del tercer cuerpo edificatorio sea una ampliación y no una nueva creación” y que la cubierta finalmente realizada (“a un agua”) se ajuste a la licencia concedida (puesto que en el proyecto inicial se configuraba “a dos aguas”). Por último, también reprocha las cuestiones controvertidas que atañen al revestimiento de las fachadas.

En apoyo de sus argumentos aporta reproducciones de diversos planos, así como fotografías de la vivienda.

Concluye solicitando la admisión a trámite de la solicitud de revisión de la licencia de primera ocupación, al entender que, con independencia del carácter legalizable de la obra conforme a la normativa urbanística, dicha licencia “no puede dar cobertura a unas obras que no fueron autorizadas por el Ayuntamiento”.

6. A la vista de las alegaciones presentadas, el Arquitecto Técnico municipal emite un nuevo informe el 24 de agosto de 2010. En él se ratifica en el elaborado con anterioridad y añade que “la distancia de 2,89 m” existente entre “la edificación rehabilitada y la parcela” número 6 “se ve incrementada en, aproximadamente, 15 centímetros más, que corresponden a la junta de dilatación de las dos edificaciones, lo que hace una distancia total de 3,04 cm”. Además, señala que en dicha parcela nº 6 “se encuentra una edificación con salida de humos en la cubierta, adosada a la pared medianera de la parcela (...) nº 5, así como una instalación destinada a vivero adosada a la linde de la parcela nº 7, cuya legalidad de construcción y de actual uso deberían ser acreditadas”.

7. Con fecha 22 de junio de 2011, la Adjunta al Jefe de la Sección Jurídico Administrativa de Licencias solicita a la Policía Local que, “a la vista de los escritos presentados” por el interesado y que se refieren, “entre otras cuestiones”, a “obras de construcción de solera de hormigón (...) en parte trasera de la parcela”, se informe “si las referidas obras se encuentran amparadas en licencia municipal”.

El día 29 de ese mismo mes, la Policía Local emite un informe en el que se indica “que el titular de las obras a las que se hace referencia” -“lugar sin determinar (...) nº 5”- “manifiesta que estas fueron realizadas cuando se llevó a cabo la reforma y ampliación de la vivienda, estando amparadas en la misma licencia (...), no disponiendo de ninguna otra”.

Figura incorporada al expediente documentación relativa a su legalización.

8. Con fecha 22 de junio de 2011, el Concejal de Gobierno de Urbanismo dicta un Decreto por el que se aprueba la propuesta de resolución emitida por la Adjunta al Jefe de la Sección Jurídico Administrativa de Licencias, en el sentido de declarar la inadmisión a trámite de la solicitud de nulidad de pleno derecho

del Decreto de 15 de febrero de 2008.

En dicha propuesta se cita diversa jurisprudencia en relación con el “color de la fachada” y se señala “que las eventuales discrepancias que, en su caso, pudieran existir con respecto al proyecto aprobado se entienden implícitamente admitidas en la concesión de la licencia de uso y primera ocupación”, reiterándose la falta de concurrencia de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, “a la vista de los contenidos de los informes técnicos transcritos”.

El decreto se notifica, con fecha 8 de julio de 2011, al propietario de la vivienda afectada por la licencia y, el día 22 del mismo mes, al interesado solicitante de la revisión de oficio.

9. Mediante Decreto del Primer Teniente de Alcalde de 5 de octubre de 2011, se acuerda la personación del Ayuntamiento en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el interesado contra el Decreto del Ayuntamiento de Oviedo de 22 de junio de 2011, por el que se declara la inadmisión a trámite de la solicitud de nulidad de pleno derecho de la resolución de concesión de licencia de uso y primera ocupación.

10. Con fecha 30 de julio de 2012, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo dicta Sentencia por la que se estima el recurso presentado, declarando la disconformidad a derecho de la resolución recurrida y su anulación, ordenándose al Ayuntamiento la admisión a trámite de la solicitud “por concurrencia de la causa de nulidad invocada”.

En ella, tras reseñar que “es el propio recurrente el que ha optado por ejercitar esta acción extraordinaria en vez de, por ejemplo, haber instado del Ayuntamiento el ejercicio de la acción para la restauración de la legalidad urbanística por la realización de obras sin licencia o apartándose de sus condiciones (arts. 240 y 241 TRTUAS) para luego, en esta vía jurisdiccional, impugnar la resolución expresa o presunta recaída”, se recuerda, al examinar la

conurrencia del motivo de nulidad invocado -el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992-, la doctrina jurisprudencial que sienta que “la licencia de primera utilización (...) no tiene entidad propia e independiente, puesto que no es más que una derivación y consecuencia de la previa licencia de obras o edificación”.

En el caso concreto, destaca la sentencia “la rotundidad y claridad del informe pericial judicial cuando señala que las desviaciones de la obra se produjeron precisamente con el segundo modificado del proyecto, es decir, el que se adjuntó al certificado final de obras (...) y que no contaba con el soporte de la licencia, pues esta había autorizado el proyecto inicial y su primera modificación, pero no esta segunda”, concretando “dicho informe” los incumplimientos relativos a “la distancia a linderos de 3 metros”, a la “ejecución de la cubierta” y a “las condiciones estéticas del 5.3.6 del PGOU”. La sentencia precisa que “no se trata de meras desviaciones realizadas en la ejecución de la obra que no estuvieran reflejadas en el proyecto, sino de modificaciones introducidas subrepticamente junto al certificado final de obras y que hubieran debido ser advertidas y convenientemente revisadas por los servicios técnicos municipales” para su autorización, en su caso, concluyendo que “la licencia de uso es susceptible de incurrir” en la causa de nulidad alegada, pues “carece de autonomía suficiente para poder subsanar, y menos aún suplantar, a la licencia de obras”, sin que quepa admitir su aptitud para “dar cobertura a la realización de unas obras que carecían de la correspondiente autorización”. Subraya que, siendo “la licencia de obras requisito esencial para la obtención de la licencia de primera ocupación, en este caso no existía respecto a las tres concretas actuaciones realizadas en la vivienda” objeto de denuncia.

11. El día 20 de septiembre de 2012, emite un informe el Jefe del Servicio de Abogacía Consistorial en el que destaca la corrección jurídica de la sentencia y desaconseja la interposición de recurso contra la misma. En él se refleja, asimismo, la falta de acierto de “la intervención de los servicios técnicos de la Sección de Licencias” en este caso, atendiendo a los hechos recogidos en la

sentencia y, singularmente, a los incumplimientos observados.

12. Con fecha 28 de noviembre de 2012, el Concejal de Gobierno de Urbanismo aprueba el informe-propuesta suscrito por la Responsable de Licencias en el que se reproducen diversos fundamentos de derecho de la mentada sentencia, señalándose que, a la vista de la misma, “procede incoar procedimiento de revisión de oficio” y que, “habiéndose declarado (...) en su fundamento derecho quinto la ausencia de requisitos esenciales para la adquisición de los derechos que se derivan de la licencia de primera ocupación, no proceden más actos de instrucción” de dicho procedimiento “que el correspondiente al dictamen del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma”.

Consta su remisión, con fecha 7 de diciembre de 2012, tanto al interesado como al titular de la licencia cuestionada.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de enero de 2013, registrado de entrada el día 14 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 Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, de 15 de febrero de 2008, por el que se concede licencia de uso y primera ocupación de vivienda unifamiliar, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

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 esa Alcaldía, 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 LRJPAC, el Ayuntamiento de Oviedo se halla debidamente legitimado en cuanto autor del decreto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

Está legitimado para solicitar el inicio del procedimiento de revisión de oficio el interesado que lo insta, copropietario de la vivienda colindante a aquella para la que se ha expedido la licencia de primera ocupación cuya declaración de nulidad se pretende, por cuanto su esfera jurídica ha podido verse afectada por dicho acto.

En este sentido, apreciamos que, visto el contenido de la escritura de declaración de obra nueva en construcción -aportada por el solicitante de la revisión con ocasión de la tramitación de la concesión de la licencia-, ha quedado probado que el mismo no ostenta en exclusiva la titularidad del referido inmueble, sino que la comparte con tres hermanas "por cuartas e iguales partes proindivisas". Ello no afecta a la legitimación, puesto que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 31 de enero de 1995, Sala de lo Civil) que "no se da falta de legitimación cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la comunidad y en interés de la misma, se plantea una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho" de la misma.

No obstante, observamos que la citada escritura, única que figura en el procedimiento que nos ocupa, si bien se halla incorporada, como decimos, a otro expediente -pues ha sido presentada por el interesado que promueve la revisión de oficio a propósito de la solicitud de obtención de copias en el relativo a la tramitación de la licencia controvertida-, se refiere al número 96 de la vía en la que se hallan las dos propiedades afectadas y no al número 6,

colindante de aquella en la que se realizan las obras. A pesar de ello, y visto que el título que ostenta el solicitante respecto a dicho inmueble no se cuestiona en ningún momento, apareciendo como tal en el seno del procedimiento judicial concluso, estimamos que la confusión que propicia tal dato aislado no obsta al análisis del fondo del asunto sometido a nuestro examen.

TERCERA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta 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, 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, disponiendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “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”.

La licencia de uso y primera ocupación de vivienda unifamiliar cuya revisión se insta fue adoptada mediante Decreto del Concejal de Gobierno de Licencias de fecha 15 de febrero de 2008, por lo que entendemos que el órgano competente para acordar la revisión de oficio es la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo.

En cuanto al examen del cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento incoado en cumplimiento de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 30 de julio de 2012, que ordena la admisión a trámite de la solicitud planteada, observamos que en la propuesta de resolución elaborada -que ha de dar respuesta a la obligación legal de motivación impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 54.1.b) de la LRJPAC- se adopta la decisión de iniciar el procedimiento al tiempo que se señala la improcedencia de realizar "más actos de instrucción" del mismo "que el correspondiente" a la solicitud de "dictamen del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma", por lo que falta la resolución de inicio autónoma. No obstante, no apreciamos que su omisión constituya una irregularidad relevante, pues, dados los antecedentes concurrentes, es obvio que la finalidad de aquella, que no es otra que la de señalar con precisión cuál es el acto administrativo que se reputa nulo y cuál el motivo concreto de esa presunta nulidad informando de ello a los interesados, se halla sobradamente cumplida.

Por otro lado, la omisión del trámite de audiencia a los interesados se justifica en que "los hechos que (...) sirven de fundamento" a la revisión "se encuentran declarados por sentencia judicial en su fundamento de derecho quinto (...), sin perjuicio (...) de que en el procedimiento para el examen de la legalidad del modificado 2º y, en su caso, del procedimiento de restauración se dé audiencia a los interesados previo a la resolución que se adopte y tras los informes técnicos que resultan procedentes".

A la vista, de nuevo, de las circunstancias existentes, no hay razón para oponerse a tal decisión. Consta, además, que los dos interesados han sido

parte, bien en calidad de demandante, bien de codemandado, en el procedimiento judicial del que trae causa la reanudación del de revisión de oficio (del cual tenían conocimiento al ser instado por el propietario colindante en el año 2009, pues al titular de la licencia le fue notificada en su momento la resolución de inadmisión a trámite), por lo que resulta suficientemente acreditada su plena consciencia acerca de la justificación de la estimación de la revisión de oficio, toda vez que el Ayuntamiento, como decimos, acoge las conclusiones alcanzadas en sede judicial.

En este sentido, el apartado cuarto del artículo 84 de la LRJPAC permite prescindir del trámite de audiencia “cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

Tal previsión responde a la configuración, declarada por repetida doctrina jurisprudencial, del trámite de audiencia como medida práctica al servicio de un concreto objetivo, que no es otro que 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. Excluida su consideración como mera solemnidad o rito formalista, este Consejo Consultivo entiende que en el supuesto que analizamos se cumple plenamente tal propósito, pues, en primer lugar, el solicitante cuya petición se estima ha podido alegar y aportar cuanto juzgó oportuno en defensa de sus derechos con ocasión del periodo de alegaciones concedido expresamente con carácter previo a la adopción de la resolución de inadmisión de la solicitud -comunicada también al titular de la licencia-. Y, en segundo lugar, consta el total conocimiento, por parte de ambos, de los hechos y fundamentos jurídicos del sentido de la propuesta de resolución al remitirse esta -cuyo envío a los dos interesados figura en el expediente, aunque no su notificación- a los fundamentos de la sentencia, sin que, a la vista del tenor literal de la misma, quepa estimar una eventual retroacción de actuaciones a fin de subsanar la

omisión del trámite en relación al titular de la licencia, ya que, en aplicación del principio de economía procesal, es de prever en buena lógica que la propuesta de resolución reiteraría su contenido.

Por otro lado, y en lo que concierne al particular que insta la revisión de oficio, cabe plantearse si la asunción, por parte de la Administración, de la causa de nulidad apreciada en la sentencia (referida al incumplimiento de la distancia mínima) limita la petición de aquel, que se extiende también al “incumplimiento de las condiciones estéticas”. Ahora bien, dado que la posible nulidad viene determinada por la concurrencia del vicio reconocido por la Administración, ninguna consecuencia adicional derivaría de la apreciación de dicho incumplimiento como causa adicional a los efectos del artículo 62.1.f) de la LRJPAC, por lo que, al margen de efectuar referencia al mismo con ocasión del análisis del fondo del asunto, en lo que ahora interesa no resulta tampoco determinante de indefensión la falta de reiteración de su alegación en el seno del procedimiento de revisión de oficio reanudado.

En otro orden de cosas, advertimos la concurrencia de ciertas irregularidades formales en la tramitación del mismo. La primera de ellas viene constituida por la falta del cumplimiento estricto de la obligación de comunicar a los interesados, 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, puesto que, como se ha mencionado, únicamente se les notifica la propuesta de resolución en la que se acuerda su incoación.

Asimismo, apreciamos que se ha rebasado el plazo máximo para notificar la resolución expresa, que, tratándose de una revisión iniciada a instancia de parte, es de tres meses desde la presentación de la solicitud por el interesado, según dispone el apartado 5 del artículo 102 de la LRJPAC. En este caso, la tramitación del procedimiento se reanuda a consecuencia de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 30 de julio de 2012, que estima el recurso interpuesto contra la inadmisión a trámite de la

solicitud de revisión de oficio presentada por el interesado ante el Ayuntamiento de Oviedo el 21 de diciembre de 2009. Considerando esta última fecha, y también que ha sido notificada a la Administración local la firmeza de la sentencia el día 2 de octubre de 2012, se concluye que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 14 de enero de 2013, el plazo de resolución y notificación ya se había sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

CUARTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, hemos de comenzar por señalar que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, bien por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la LRJPAC consagra ciertos límites al ejercicio de las facultades revisoras cuya concurrencia debe analizarse antes de entrar en la consideración de los vicios que pudieran justificar la anulación pretendida, sin perjuicio de que las solicitudes que carezcan manifiestamente de fundamento puedan ser rechazadas *ab initio*. En concreto, 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”.

No obsta lo anterior la circunstancia de que la apertura de este procedimiento revisor resulte de la ejecución de una sentencia firme, en la que se ordena la admisión a trámite de la solicitud y se advierte que, pese a “las limitaciones de enjuiciamiento” existentes, ha de reconocerse “que la licencia de uso es susceptible de incurrir en el motivo de nulidad” alegado por el

interesado, que no es otro que el contemplado en el epígrafe f) del apartado 1 del artículo 62 de la LRJPAC, según el cual son nulos de pleno derecho los actos “expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Así, con carácter preliminar, procede valorar la eventual operatividad de los mencionados límites impuestos por el artículo 106 de la LRJPAC. En este sentido, no ofrece duda que no concurre ninguna de las circunstancias que puedan oponerse al ejercicio de las facultades revisoras instadas por el particular, siendo destacable que, como la propia sentencia señala, y con independencia de otras consideraciones, la concreta afectación del derecho del tercero titular de la licencia se producirá en la forma que “el propio Ayuntamiento” determine para proceder a la subsanación que permita “la concesión de la misma”, pues, como indica también la propuesta de resolución, una vez concluido el procedimiento de revisión de oficio deberá decidirse “sobre la adecuación del proyecto modificado 2 y, tras esta”, se adoptarán las resoluciones “que procedan en lo relativo a la restauración de la legalidad urbanística alterada”.

Sentado lo anterior, ha de destacarse, partiendo del reiterado principio de interpretación restrictiva, que 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. Como hemos señalado en anteriores dictámenes, nuestro Derecho 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.

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”.

En el presente caso, como bien subraya la sentencia, el carácter “esencial” se predica de la licencia de obras originaria, de la que deriva la licencia de primera ocupación controvertida, constituyéndose aquella en presupuesto indispensable de la segunda en la forma que actualmente recoge, de manera concreta, el artículo 568 del Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, al disponer que la “licencia de primera ocupación presupone la licencia de obras”, requiriéndose para su “otorgamiento (...) acreditación del cumplimiento de las condiciones de la correspondiente licencia de obras, y la previa visita de comprobación de los servicios técnicos municipales”. Tal previsión normativa sigue, efectivamente, la construcción legal y jurisprudencial de la licencia de primera ocupación, habiendo “declarado reiteradamente” el Tribunal Supremo el “carácter complementario” de la misma respecto de la de obras (por todas, Sentencia de 6 de octubre de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), y, en relación a su “objeto”, que es el de “confrontar la obra realizada con el proyecto que sirve de soporte a la licencia de obra en su día otorgada y también si se han cumplido las condiciones lícitas en su caso establecidas en la licencia base de la edificación” (Sentencia de 26 de enero de 1987, Sala de lo Contencioso-Administrativo).

Así las cosas, encontramos que la divergencia entre la licencia cuya nulidad se pretende, que constituye el “acto expreso” que permite la “adquisición” de las “facultades o derechos” derivados de su concesión, y la previa licencia de obra radica, a tenor del informe pericial judicial cuyo contenido se refleja en la sentencia (que subraya su “rotundidad y claridad”), en el contenido del segundo modificado, adjuntado, como señalaba ya en su escrito inicial el interesado, al certificado final de obra. Pese a que el Arquitecto Técnico municipal informó, con carácter previo a la concesión de la licencia de uso, que realizada la “correspondiente visita de inspección (...) se ha

comprobado”, “por el aspecto externo y las señales que se aprecian en sus elementos compositivos”, “la adecuación de las obras realizadas al proyecto aprobado, con las modificaciones recogidas en la documentación final de obra, las cuales resultan admisibles”, tal afirmación se efectúa tras advertir de “las limitaciones normales en cuanto a las posibilidades derivadas de un detallado examen debido a la falta de personal de apoyo y de medios auxiliares suficientes para la medición de alturas, fondos, etc.”, lo que lleva al órgano jurisdiccional a subrayar la fragilidad del mismo, pues “refleja, bien a las claras, las dudas del técnico municipal” sobre “la conformidad de las obras con el proyecto autorizado”. Al respecto, cabe recordar que el interesado ya había incidido en el “escaso rigor” de “la inspección”, y que, posteriormente, la propia Abogacía Consistorial alude a la poco “afortunada” “intervención de los servicios técnicos de la Sección de Licencias”.

Lo actuado en sede judicial nos lleva a compartir la conclusión de que esta segunda modificación -en la que se incluyen los cambios entre los que se encuentra, como se verá a continuación, el que de forma específica merece la consideración de incumplimiento “sustancial” a los efectos ahora examinados- no goza del “soporte de la licencia, pues esta había autorizado” únicamente “el proyecto inicial y su primera modificación”. Y, además, desvirtúa las parcas manifestaciones contenidas en los dos informes elaborados por el Arquitecto Técnico municipal con carácter previo a la inadmisión de la solicitud de revisión, referidos, como se verá a continuación, a la medición de la distancia de la edificación, y que el interesado había contestado también en su momento. En todo caso, aunque vista la propuesta resolución y el previo informe emitido por la Abogacía Consistorial resulta evidente que la Administración asume los hechos probados en la sentencia, no es ocioso recordar el valor que, a efectos de alcanzar una conclusión estimatoria de la procedencia de la revisión, presenta el citado informe pericial.

Su importancia es crucial, como decimos, por cuanto aporta el dato objetivo que ha de tomarse como referencia a efectos de apreciar la existencia

de un incumplimiento de la suficiente entidad como para erigirse en causa de nulidad, al contradecir lo dispuesto en la licencia de obra. A resultas de lo señalado por “la perito judicial”, que “manifiesta no haber visto en el edificio” la “junta de dilatación” contemplada en el informe emitido por el Arquitecto Técnico municipal el 24 de agosto de 2010 -con base en la cual este cifraba la separación en “3,04 m”, rebasando por tanto los tres metros obligados por la licencia y el Plan General de Ordenación Urbana-, la distancia real fijada en la sentencia de 2,45 metros supone una diferencia con la permitida de 0,55 cm. Siendo cinco veces superior a los 11 cm inicialmente defendidos como tolerables por el Ayuntamiento (que el propio pronunciamiento judicial reconoce no serían dignos de objeción, por irrisorios), y teniendo en cuenta la proporción que tal divergencia supone respecto al total exigido de tres metros, coincidimos con la juzgadora en el carácter sustancial que representa ese incumplimiento, atendiendo al hecho de que no se da ninguna de las excepciones contempladas en el artículo 5.3.4 del Plan General de Ordenación Urbana vigente (referentes a la existencia de “edificación colindante medianera” o a “dos viviendas adosadas”).

Se alza entonces el incumplimiento relativo a “la distancia a linderos de 3 metros” como el determinante de la nulidad de la licencia de primera ocupación, mereciendo distinta consideración los también reiterados por el recurrente en vía judicial, cuya aptitud para constituirse en causa de la revisión de oficio se descarta con base, precisamente, en que tanto el Plan como la licencia sí permiten su legalización -pues, respectivamente, contemplan que “excepcionalmente se permitirán cubiertas a un agua siempre que se justifique la conveniencia de esta solución” (artículo 5.3.5.1 del Plan General de Ordenación Urbana), y que “los colores de acabado de paramentos exteriores serán los tradicionales (...). Cualquier otro color requerirá autorización municipal previa a la licencia” (condición general incluida tanto en la licencia de 30 de septiembre de 2005, como en la modificación de la misma de 7 de diciembre de 2006)-. En consonancia, por tanto, con el ya mencionado carácter restrictivo y

excepcional de la aplicación de las causas de nulidad, coincidimos con la juzgadora en la insuficiencia de los mismos a efectos revisores.

En definitiva, apreciamos la ausencia de un requisito esencial para la obtención de la licencia de primera ocupación, cual es el respeto al contenido de la licencia de obras autorizada, al haberse incumplido, sin cobertura en las excepciones contempladas en el planeamiento vigente, la distancia mínima establecida en relación a la propiedad colindante.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la declaración de nulidad de pleno derecho del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, de 15 de febrero de 2008, por el que se concede licencia de uso y primera ocupación de vivienda unifamiliar.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.