

Dictamen Núm. 159/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de junio de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 4 de marzo de 2020 -registrada de entrada el día 6 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio, incoado a instancia de parte, con motivo de la presunta nulidad de pleno derecho de una resolución por la que se concede la legalización de la ampliación de un edificio de vivienda.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de marzo de 2016, #reclamante# presentan en el registro del Ayuntamiento de Corvera de Asturias un escrito en el que solicitan el inicio del procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho frente a la Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo de 11 de febrero de 2014, por la que se concede la legalización de la ampliación de un edificio de vivienda.

Exponen que la persona que identifican "había solicitado al Ayuntamiento de Corvera de Asturias, en fecha 29 de agosto de 2006, licencia de obras para retejado de cubierta y sustitución de canalones en la edificación colindante" a la suya, y que el día 4 de octubre del mismo año el Aparejador Municipal informa que "la documentación presentada se estima correcta, significando que las obras a ejecutar en ningún caso generarán un incremento en superficie o volumen sobre la edificación existente". Refieren que una vez concedida la licencia su vecina ejecutó otras "indebidas y no amparadas" por la misma, lo que fue denunciado por ellos ante el Ayuntamiento con fechas 20 de mayo de 2009 y 19 de febrero y 14 de junio de 2010, y que se dirigieron a la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente del Principado de Asturias que solicitó informe al Ayuntamiento en relación con los hechos denunciados, tras lo cual la Administración local inició un procedimiento sancionador por infracción urbanística que terminó por Resolución de 13 de junio de 2010 en la que se declaró la "prescripción de la infracción". Frente a esta resolución interpusieron recurso contencioso-administrativo que se resolvió con la anulación del acto recurrido, ordenando el fallo proseguir "el expediente para la restauración de la legalidad urbanística".

Manifiestan que en el curso de dicho procedimiento la promotora presentó, "en junio de 2013", un proyecto de legalización titulado "ampliación de edificio de vivienda" en el que -según señalan- se indicaba que "sobre la vivienda original se han ejecutado las siguientes obras de ampliación:./ En planta baja, aprovechando un pequeño almacén anexo al salón se han unido ambas piezas, creándose una estancia de 19,01 m² con dos accesos, uno desde el pasillo distribuidor y otro desde el patio interior privado, considerándose una ampliación total del uso residencial de 10,08 m²./ Así mismo se ha sustituido (...) la cubierta, modificándose la pendiente original, con lo que se ha generado un espacio bajocubierta que tiene una altura máxima bajo la cumbrera de 2,57 m y una superficie construida, considerada hasta la altura de 1,50 m, de 48,18 m²./ Este espacio se ha distribuido en sala, baño y dormitorio, iluminados por ventanas de cubierta". Aclaran que el proyecto se sometió a informe técnico

en el que no se mencionó que la edificación se encontraba en situación de fuera de ordenación, si bien por Resolución de 11 de febrero de 2014 se concedió la legalización de las obras de ampliación. Precisan los interesados que dicha resolución no se les notificó, con lo que no pudieron interponer frente a la misma los recursos correspondientes.

Sostienen que las obras legalizadas "son irreversibles, salvo que se acuerde la nulidad de la legalización", y que las mismas han tenido como efecto que "se han suprimido vistas e iluminación" a su vivienda, "hasta el punto de que el patio situado al Norte que pertenece a nuestra edificación ha quedado como un espacio angosto, oscuro y con escasa ventilación, que en definitiva produce un demérito de nuestra propiedad".

Afirman que el acto incurre en las causas de nulidad del artículo 62.1, letras f) y g), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Señalan que el artículo 107 del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, establece que "Las construcciones e instalaciones erigidas con anterioridad a la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que resultaren disconformes con el mismo se considerarán fuera de ordenación, sin necesidad de que el planeamiento lo declare así expresamente", y apuntan que la edificación a la que se refiere la resolución cuya declaración de nulidad solicitan "data aproximadamente del año 1956", en tanto que las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Corvera de Asturias se aprobaron definitivamente por el Pleno de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias con fecha 8 de noviembre de 1996. Razonan que el artículo 205 de las citadas Normas Subsidiarias, que "fija las condiciones (de) ocupación y volumen", establece "una parcela mínima de 100 m² y una ocupación máxima del 40 %", por lo que incluso "antes de la realización de esta obra sin licencia municipal la edificación ya presentaba una ocupación de parcela ostensiblemente superior al 40 %", significando que tras los trabajos de

ampliación la ocupación alcanza el “82,76 %”. Afirman que dado que el edificio está en situación de fuera de ordenación se encuentra sometido a las limitaciones establecidas en el apartado 2 del artículo 107 anteriormente citado, a cuyo tenor “En las construcciones e instalaciones fuera de ordenación no podrán realizarse obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, pero sí las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble”, de lo que extraen que la obra ejecutada, de “ampliación de planta baja y construcción de una nueva planta bajocubierta con sustitución de su forjado por otro nuevo”, excede los límites impuestos por aquel precepto “sin necesidad de ningún esfuerzo de comprensión”.

2. El día 16 de marzo de 2016, el Alcalde del Ayuntamiento de Corvera de Asturias solicita a la Secretaría General un informe sobre la acción de nulidad ejercitada.

3. Se incorpora al expediente, a continuación, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 8 de febrero de 2018, por la que se estima el recurso presentado por los interesados contra la desestimación presunta de su solicitud de revisión de oficio, “declarando la obligación del Ayuntamiento de Corvera de admitir a trámite la solicitud de revisión de acto nulo de pleno derecho frente a la Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo de 11 de febrero de 2014 (...) y continuar el procedimiento por sus trámites”.

4. Con fecha 9 de marzo de 2018, el Alcalde solicita al Secretario General, vista la Sentencia de 8 de febrero de 2018 y la diligencia de ordenación del Juzgado declarando su firmeza, que emita informe al respecto.

El día 13 de marzo de 2018, el Secretario General traslada al Área Jurídica la Resolución de la Alcaldía por la que se ordena dar cumplimiento a la

referida sentencia, y con fecha 22 del mismo mes informa que procede iniciar el procedimiento de revisión de oficio.

5. Con fecha 4 de abril de 2018, el Secretario General libra un informe con propuesta de resolución de incoación del procedimiento que finalmente acuerda el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 24 de abril de 2018, lo que se comunica a los interesados y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo, sometiéndose igualmente a información pública.

6. El día 21 de mayo de 2018, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Corvera de Asturias un escrito de alegaciones que suscribe el representante de la promotora de las obras en el que señala que estas “cumplen todos los requisitos normativos establecidos y que fueron llevadas a cabo únicamente con la finalidad de un cambio de uso y un aprovechamiento del espacio bajocubierta”. Indica que la legalización de las obras “se basó en un informe técnico objetivo efectuado por el Aparejador Municipal”, y que “si bien las obras se realizaron sobre una edificación en régimen (de) fuera de ordenación debe aplicarse lo establecido en el artículo 107 del Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias (...), en relación con el artículo 11 del Plan General de Ordenación de Corvera sobre obras permitidas para el tipo de construcción que nos ocupa, resultando prohibidas determinadas obras pero no estableciéndose nada respecto a la prohibición de un cambio de uso para mejorar las condiciones de habitabilidad de la vivienda, resultando, por ello, evidente que las obras realizadas no incurren en ninguno de los supuestos establecidos como prohibidos”.

7. Con fecha 19 de junio de 2018, el Secretario General emite certificación acreditativa de que transcurridos los plazos de audiencia e información pública se ha recibido únicamente el escrito presentado por la promotora de las obras.

8. Atendiendo a la petición formulada por el Alcalde, el 30 de octubre de 2018 libra un informe el Arquitecto Municipal en el que indica que “la resolución objeto de este expediente fue dictada a la vista del informe técnico favorable del Aparejador Municipal de fecha 6-2-14, según el cual las obras que se pretendían legalizar cumplen las condiciones establecidas en las entonces vigentes Normas Subsidiarias municipales, cuyo régimen urbanístico se mantenía en los documentos de aprobación inicial y provisional del Plan General de Ordenación en tramitación”. Afirmar que, “tal y como se señala en el citado informe, la reforma de la vivienda existente no altera la superficie ya ocupada por esta (superior al máximo del 40 % establecido en las Normas Subsidiarias), ya que lo que se produce es la unión de dos espacios anteriormente destinados a almacén y salón, de forma que este último consigue cumplir la superficie mínima exigida para las áreas estancial y de comedor en el Decreto 39/98, de 25 de junio, por el que se aprueban las Normas de Diseño en Edificios Destinados a Viviendas. Por otra parte, se sustituyó la cubierta preexistente, modificando su pendiente original, pero sin superar la máxima permitida (50 %), mejorando las condiciones de habitabilidad del espacio bajocubierta. Las obras descritas podrían autorizarse en edificios como este, en situación de fuera de ordenación cuya expropiación o demolición no estuviere prevista en el plazo de quince años”.

9. El día 8 de noviembre de 2018, el Secretario General formula propuesta de resolución en el sentido de “estimar las alegaciones presentadas (...) en relación con el expediente de revisión de oficio (...) por los motivos expresados en el informe del Arquitecto Municipal de fecha 30 de octubre de 2018”.

10. En sesión celebrada el 27 de noviembre de 2018, el Pleno del Ayuntamiento de Corvera de Asturias acuerda “estimar las alegaciones presentadas (...) en relación con el expediente de revisión de oficio del acto

administrativo por el que se legaliza la ampliación de vivienda” y “solicitar dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

En el Dictamen Núm. 112/2019, este Consejo aprecia que no procede un pronunciamiento sobre la cuestión planteada habida cuenta de que no se han respetado “los trámites esenciales del procedimiento de revisión de oficio”, al “no haberse solicitado nuestro dictamen -que es preceptivo y vinculante- antes de adoptar el acuerdo plenario” que resuelve “la cuestión de fondo planteada en favor de la validez del acuerdo de legalización controvertido”. Asimismo, se advierte a la autoridad consultante que debe “iniciar el procedimiento para revisar de oficio el citado acuerdo plenario” y que, una vez ultimado este, “podrá retomar la tramitación del procedimiento de revisión a instancia de parte de la Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo de 11 de febrero de 2014”, pues “ha de ejecutarse la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 8 de febrero de 2018”.

Previos los trámites oportunos, en sesión celebrada el 29 de octubre de 2019, el Pleno del Ayuntamiento acuerda proponer la declaración de nulidad de pleno derecho del Acuerdo plenario de 27 de noviembre de 2018, solicitándose el preceptivo dictamen, tras el cual el Pleno del Ayuntamiento acuerda, en sesión de 28 de enero de 2020, declarar la nulidad de dicho acuerdo plenario y “trasladar el expediente a la Sección de Área Jurídica, para que realice los trámites oportunos”.

11. El día 14 de febrero de 2020, se recibe en el registro municipal un escrito de la promotora de las obras en el que reitera lo expuesto en el de 21 de mayo de 2018.

12. Con fecha 24 de febrero de 2020, el Secretario General reitera su propuesta de resolución en el sentido de “estimar las alegaciones presentadas” por la promotora de las obras “por los motivos expresados en el informe del Arquitecto Municipal de fecha 30 de octubre de 2018”.

El día 2 de marzo de 2020, el Alcalde del Ayuntamiento de Corvera de Asturias dicta resolución en la que asume la referida propuesta y acuerda solicitar el preceptivo dictamen de este Consejo.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de marzo de 2020, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio, incoado a instancia de parte, con motivo de la presunta nulidad de pleno derecho de la Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo de 11 de febrero de 2014, por la que se concede la legalización de la ampliación de un edificio de vivienda, 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 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 Alcaldía del Ayuntamiento de Corvera de Asturias, 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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), cuya disposición transitoria tercera determina que “A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”, y que “Los

procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta”.

Solicitada la revisión de oficio a instancia de parte mediante escrito presentado en el registro del Ayuntamiento de Corvera de Asturias el día 10 de marzo de 2016, el procedimiento ha de considerarse incoado en esta fecha, por más que la Administración -en ejecución de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de Oviedo de 8 de febrero de 2018, por la que se ordena admitir a trámite la acción ejercitada y continuar el procedimiento por sus trámites- no diese curso a la citada solicitud hasta abril de 2018 y se viera después abocada a depurar un acto nulo en el curso de su tramitación. Por ello, y de conformidad con lo señalado en la disposición transitoria tercera de la LPAC, el procedimiento se rige por lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, están quienes ejercitan la acción de nulidad activamente legitimados para solicitar la revisión de oficio del acto que reputan nulo. La legitimación derivada de la acción pública es compatible, según viene señalando el Tribunal Supremo en jurisprudencia reiterada (por todas, Sentencia de 24 de enero de 2001 -ECLI:ES:TS:2001:348-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), con la que invocan en su condición de colindantes y titulares de derechos o intereses legítimos que pudieran verse afectados por el acto de cuya revisión se trata, a tenor de lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJPAC.

El Ayuntamiento de Corvera de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto autor del acto cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento.

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 Ley 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 ninguno de los límites señalados.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este 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 ello, hemos de analizar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a los interesados 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, y consta asimismo que ha emitido informe y propuesta de resolución la Secretaría del Ayuntamiento.

No obstante, advertimos algunas irregularidades en la tramitación del procedimiento. En primer lugar, no se ha dado cumplimiento a 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.

En segundo lugar, como ya expresamos en el Dictamen Núm. 112/2019, el acuerdo de incoación resulta innecesario y prescindible en el caso de procedimientos seguidos a instancia de los interesados, como el que examinamos. En estos, la sola presentación de la solicitud determina el inicio del cómputo del plazo para notificar la resolución expresa según el artículo 42.3.b) de la LRJPAC, transcurrido el cual sin haberse dictado esta podrán entender desestimada su solicitud por silencio administrativo.

En tercer lugar, y en cuanto a la competencia para acordar la revisión de oficio, debemos señalar que 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 particular, a la hora de determinar qué órgano resulta 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 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”.

Como ya señalamos en el Dictamen Núm. 151/2006, tal previsión normativa resulta plenamente coherente con la consideración de que no existe relación jerárquica entre el Alcalde y el Pleno del Ayuntamiento, sino que se trata de dos órganos independientes, cada uno de los cuales ostenta las competencias que respectivamente le atribuyen las leyes. Ciertamente, como recogimos en el Dictamen Núm. 125/2020, parte de la doctrina consultiva ha considerado que de “una interpretación sistemática” de los artículos 21 y 22 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “parece que cabe entender que si para la

declaración de lesividad de actos anulables la competencia es del Pleno (artículo 22.2.k), mientras que la iniciativa corresponde al Alcalde (artículo 21.1.l), la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho debe someterse al mismo régimen, pues en otro caso se produciría una asimetría inaceptable, y más cuando el artículo 22.2.j) indica que corresponde al Pleno del Ayuntamiento `el ejercicio de las acciones administrativas y judiciales´ (Dictámenes 1295/2011, de 29 de febrero de 2012, y 155/2013, de 18 de abril, del Consejo Consultivo de Castilla y León); pero no podemos obviar que el mencionado artículo 22.2.j) de la LRBRL ha sido reformado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que, con manifiesta vocación de ampliar las competencias de la Alcaldía, restringe el ejercicio de acciones por el Pleno a las `materias de competencia plenaria´ al tiempo que atribuye al Alcalde el ejercicio de acciones judiciales y administrativas `en las materias de su competencia´ y, `en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno´. Consecuentemente, este Consejo entiende que puede sostenerse la competencia de la Alcaldía para la revisión de oficio de sus propios actos (así lo ha declarado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entre ellas, Sentencia de 27 de abril de 1988 -ECLI:ES:TS:1988:3053-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª)“.

Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, hemos de concluir que, habiendo dictado el acto de cuya revisión se trata el Concejal Delegado de Urbanismo, la resolución finalizadora del procedimiento debería dictarse por el edil que tenga delegada la competencia siempre y cuando la delegación comprenda también la revisión de los actos dictados en el ejercicio de las facultades delegadas, y a falta de dicha delegación su finalización debería producirse mediante resolución del titular de la competencia, esto es, del Alcalde.

Finalmente, y por lo que se refiere al plazo para resolver el procedimiento, es patente que ya está agotado si bien, iniciado a instancia de parte, no opera el instituto de la caducidad y debe procederse a dictar una resolución de fondo.

QUINTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, debemos 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 interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 62.1 de la LRJPAC (actual 47.1 de la LPAC), 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 de anulación distintos.

Constreñida la revisión de oficio a los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo (artículo 102.1 de la LRJPAC), se observa que en su escrito de 2016 los interesados denuncian que la decisión impugnada -la Resolución de 11 de febrero de 2014, por la que se concedió la legalización de las obras de ampliación- no se les notificó, con lo que no pudieron interponer frente a la misma los recursos correspondientes. Se observa, no obstante, que con independencia de los recursos que hubieran podido formular cuando tuvieron conocimiento de la legalización -que debió, sin duda, notificárseles, pues constaba su condición de interesados-, es claro que dado el tiempo transcurrido desde que tuvieron noticia de aquella sin que se hubiera intentado su impugnación ordinaria nos enfrentamos a un acto administrativo firme. Asimismo, resulta incontrovertible que la acción aquí ejercitada es la extraordinaria de nulidad a través del procedimiento igualmente excepcional de la revisión de oficio, pues como tal se tramita por mandato judicial y sus propios promotores entienden que no pudieron interponer recurso ordinario al no haberseles notificado la resolución que ahora atacan. En todo caso, y sin perjuicio de la confusión que encierra esa consideración -en cuanto que la

tutela efectiva ampararía el ejercicio de una acción ordinaria por quienes, sin faltar a la buena fe, conocen tardíamente una decisión administrativa que debió notificárseles-, es preciso insistir en que lo que se somete a este Consejo es una revisión extraordinaria que solo puede fundarse en las causas tasadas de nulidad radical.

En el caso que ahora se examina, se impugna el acto de legalización que sirve de cobertura a las obras ejecutadas en una edificación fuera de ordenación -con aumento de volumetría y de superficie habitable-, invocándose las causas de nulidad del artículo 62.1, letras f) y g), de la LRJPAC. Este último apartado se remite a los supuestos de nulidad establecidos en otras disposiciones con rango de ley, y el apartado f) contempla la nulidad radical de 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".

Pues bien, partiendo del principio de interpretación restrictiva que preside las causas de nulidad radical, debemos subrayar que en el precepto mencionado esa 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 para reputarse como "esencial" debe ser sustancial y manifiesta. Como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 133/2017), 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".

La suma prudencia con que la Administración ha de ejercitar su potestad

de revisión de oficio impone asimismo que aquella distinción no pueda establecerse *a priori*, sino que deba hacerse de forma casuística, en función de las circunstancias concurrentes, y atendiendo a un juicio de razonabilidad. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado han ido perfilando un estricto concepto teórico de requisito esencial, referido a las condiciones principales del acto, cuya ausencia impediría el nacimiento de la facultad o derecho en cuestión. De este modo, puede apreciarse la falta de los citados requisitos en casos extremos de ausencia de algún presupuesto inherente a las características definitorias del acto, sin el cual este carecería absolutamente de base, tales como aquellos a los que se refiere el Consejo de Estado en su Dictamen 351/1996, esto es, la falta de capacidad del sujeto o la ausencia de objeto, causa o fin del acto.

Tampoco podemos soslayar que la legislación sectorial ha venido a explicitar, en ciertos ámbitos, los condicionantes que han de reputarse “esenciales” en detrimento de otros, a través de la tasación específica de causas de nulidad. En particular, en el ámbito urbanístico la legislación autonómica ha venido a concretar diversos supuestos de nulidad absoluta. Así, el artículo 105.3 del Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante TROTU) señala que “Serán nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieren en los Planes u Ordenanzas, así como las que, con independencia de ellos, se concedieren”. Por su parte, el artículo 229.8 del TROTU establece que son nulas las licencias otorgadas “con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres, públicos o privados, así como del suelo no urbanizable de especial protección y del suelo no urbanizable de costas”. Asimismo, bajo ese mismo prisma restrictivo, la doctrina consultiva ha llegado a apreciar la nulidad de pleno derecho en los casos de infracción grave y manifiesta de las normas urbanísticas atinentes al uso del suelo, ya que nos hallamos ante un condicionante objetivo para el otorgamiento de licencias derivado de la calificación urbanística o aptitud

edificatoria del sustrato físico sobre el que operan que puede merecer el calificativo de esencial. En este sentido, el artículo 241.1 del TROTU, aplicable a los supuestos como el presente en que las obras se ejecutan sin la preceptiva licencia, dispone que “Se entenderá que la actuación es ilegalizable cuando se aprecie una incompatibilidad total entre lo promovido y la clasificación o calificación del suelo en el cual se sitúa”.

En cuanto al régimen aplicable a la legalización *ratione temporis*, debe precisarse que el artículo 240.4 del TROTU señala que “El régimen jurídico aplicable a la legalización será el propio de la fecha en que hubiere sido iniciada la actuación cuya licencia se pide, salvo que las disposiciones vigentes en el momento de adoptar la resolución pertinente establecieran una normativa más favorable para el interesado”. En el ámbito espacial de referencia, consta que el Plan General de Ordenación Urbana de Corvera de Asturias (aprobado el 17 de febrero de 2015, un año después de concedida la licencia de legalización) recoge en su artículo 11 una disciplina aparentemente más abierta para las construcciones fuera de ordenación, en las que se toleran las obras autorizadas en el artículo 107 del TROTU y algunas otras, como las de “accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas”, que encuentran amparo en el ordenamiento.

En el supuesto planteado, tratándose de una vivienda en situación de fuera de ordenación, por cuanto rebasaba la ocupación máxima del 40 % de la parcela establecida en las Normas Subsidiarias, son dos las actuaciones que los interesados estiman que no debieron legalizarse por el Ayuntamiento. Por un lado, se denuncia que en la vivienda “aprovechando un pequeño almacén anexo al salón se han unido ambas piezas (...), considerándose una ampliación total del uso residencial de 10,08 m²”. Por otro, se reprocha la sustitución de la cubierta “modificándose la pendiente original, con lo que se ha generado un espacio bajocubierta que tiene una altura máxima bajo la cumbrera de 2,57 m y una superficie construida, considerada hasta la altura de 1,50 m, de 48,18 m² (...), iluminados por ventanas de cubierta”. Se esgrime que ambas alteraciones incumplen los límites establecidos en el artículo 107.2 del TROTU para las

construcciones fuera de ordenación.

Respecto a la primera de ellas, el Arquitecto Municipal razona en su informe de 30 de octubre de 2018 que "la reforma de la vivienda existente no altera la superficie ya ocupada por esta (...), ya que lo que se produce es la unión de dos espacios anteriormente destinados a almacén y salón, de forma que este último consigue cumplir la superficie mínima exigida para las áreas estancial y de comedor en el Decreto 39/98, de 25 de junio, por el que se aprueban las Normas de Diseño en Edificios Destinados a Viviendas". En estas condiciones, debe advertirse que lo proscrito expresamente por el invocado artículo 107.2 del TROTU son las "obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación", pudiendo entenderse que la restricción de la ampliación de lo edificado opera en relación con el conjunto de lo construido y que las obras ejecutadas asisten al cumplimiento de condiciones de habitabilidad. Por tanto, estamos ante un criterio interpretativo -acertado o no, pero suficientemente razonable para ser reputado como tal-, sin que las obras amparadas en este caso merezcan calificarse de infracción grave y manifiesta de las normas urbanísticas atinentes a condicionantes objetivos del suelo u otras específicamente contempladas, por lo que no se aprecia que su legalización incurra en nulidad radical.

En cuanto al aumento de volumetría a través de la sustitución de la cubierta alterando su pendiente original, el Arquitecto Municipal señala que no se supera "la máxima permitida (50 %)" y que las "obras descritas podrían autorizarse en edificios como este, en situación de fuera de ordenación cuya expropiación o demolición no estuviere prevista en el plazo de quince años". En torno a esta última apreciación, se advierte que lo que la legislación urbanística autoriza (artículo 107.3 del TROTU y 292 de su Reglamento) son las "obras parciales y circunstanciales de consolidación" cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, lo que extrañamente puede extenderse a las aquí ejecutadas. No obstante, constatado que la configuración de la cubierta no excede de los parámetros generales aplicables ni incurre en incompatibilidad manifiesta con la clasificación o

calificación del suelo, se aprecia que la infracción cometida es ajena a la aptitud edificatoria de la parcela, por lo que no se estima que falte un requisito "esencial" que conlleve la nulidad de la legalización. En efecto, advertido que se infringe el artículo 107.2 del TROTU, que proscribe el aumento de volumen, ha de observarse que no todo incumplimiento de las limitaciones que pesan sobre los edificios fuera de ordenación aboca a estimar la ausencia de "requisitos esenciales" como determinantes de nulidad radical, pues ello equivaldría a confundir los supuestos de nulidad -tasados y de interpretación restrictiva- con los de mera anulabilidad -regla general-, sin que a la vista de la entidad y circunstancias de la infracción deba esta considerarse grave y manifiesta, pues no nos enfrentamos a la falta de un presupuesto inherente al espacio sobre el que se actúa sino a restricciones sobrevenidas por un condicionante distinto, como es el de ocupación de parcela (en relación a su cabida o superficie).

Tal como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de abril de 2016 -ECLI:ES:TSJAS:2016:1318- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), el Tribunal Supremo viene distinguiendo entre los supuestos de construcciones "realizadas con arreglo a un determinado planeamiento que por la modificación de este quedaron fuera del mismo" y los de edificaciones "realizadas sin licencia y contra el Plan vigente en el momento de su ejecución", pues estas últimas -que no pueden ser demolidas por prescripción de la acción administrativa- no deben servir de justificación a otras construcciones posteriores y su régimen "se debe diferenciar" del de las primeras, en el que se aprecia "una cierta tolerancia" en cuanto "preexisten al Plan y han nacido conforme a derecho", y "tienen, desde luego, el destino natural de desaparecer y ser sustituidas por otras conformes al mismo", pero sin perjuicio de su habitabilidad cuyo detrimento encerraría una expropiación encubierta por la norma sobrevenida. Debe repararse en que, en cualquier caso, las limitaciones propias del régimen de fuera de ordenación subsisten, y a ellas se somete ahora la cubierta reconfigurada, al igual que el resto de lo construido, pues la legalización no comporta un cambio del régimen que pesa sobre el edificio en su conjunto.

En definitiva, la resolución atacada no entraña una reserva de dispensación o una abierta contravención de la normativa que disciplina los usos del suelo, sino la aplicación de criterios interpretativos que, aunque puedan cuestionarse y no sean procedentes respecto a la cubierta reconstruida, no determinan la nulidad radical del acto que legaliza las obras.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución del Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Corvera de Asturias de 11 de febrero de 2014, por la que se concede la legalización de la ampliación de un edificio de vivienda.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CORVERA DE ASTURIAS.