

Dictamen Núm. 35/2021

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de marzo de 2021, por medios electrónicos, 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 V. E. de 8 de febrero de 2021 -registrada de entrada el día 10 del mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio de dos cédulas de habitabilidad de primera ocupación de dos viviendas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 30 de septiembre de 2005 el entonces Director General de Vivienda, por delegación de la Consejera de Vivienda y Bienestar Social, dicta dos Resoluciones en un único expediente por las que se otorga “cédula de habitabilidad para la ocupación de la vivienda cuyo titular, usuario y características se expresan a continuación”.

En las dos figura como propietaria-promotora una entidad mercantil y como usuarios de una de ellas, y de la otra, especificándose como “régimen de uso” en ambos casos el de “propiedad”.

2. Con fecha 4 de noviembre de 2019, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en modelo normalizado en el que una de las usuarias solicita "aclaración sobre la protección de la vivienda (...), ya que por un lado" se hace referencia a su protección en el expediente que se identifica y por otro a la habitabilidad en el que se reseña.

Adjunta la interesada a su solicitud "escritura, nota simple" y "calificación".

3. Mediante escrito de 31 de agosto de 2020, la Jefa de la Sección de Régimen Legal y Promoción comunica a la solicitante que "se ha procedido a la consulta de los dos expedientes citados por usted, advirtiéndole que el expediente de cédula de habitabilidad de primera ocupación (...) corresponde a la adecuación de un local para transformarlo en dos viviendas". En cuanto al segundo expediente, "corresponde a la calificación definitiva de 30 viviendas (1.ª fase) en las parcelas 1 y 2 de la urbanización" que se cita, "en el que existen locales comerciales en la planta sótano y planta baja./ Se da la circunstancia de que el promotor en ambos expedientes es el mismo (...), y la adecuación del local para transformarlo en dos viviendas forma parte del edificio de protección oficial conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, hecho que constituye la base para proceder desde esta Administración pública a la revisión del expediente de habitabilidad por si las resoluciones por las que se concedieron de fecha 30 de septiembre de 2005 incurren en causa de nulidad administrativa./ No obstante, conforme lo dispuesto en el artículo 108 del anterior Decreto, los locales de negocio a que se refiere el apartado a) del artículo 7 (a los locales de negocio situados en inmuebles destinados a viviendas, siempre que su superficie no exceda del 30 % de la total construida) podrán cederse en venta o arrendamiento y dedicarse a usos comerciales. Los referidos locales podrán, previa autorización de la Dirección General de Vivienda, transformarse en viviendas que quedarán sujetas al régimen de utilización de las viviendas de protección oficial que

corresponda a la clase y categoría de las del inmueble en el que estén situados, por lo que su vivienda (...) no ha sido calificada como vivienda de protección oficial conforme (a) lo anteriormente indicado, de modo que una vez que se resuelva la revisión de oficio de la cédula de habitabilidad evacuada en su día se le dará traslado al promotor a fin que solicite dicha calificación, así como al resto de interesados”.

La documentación incorporada al expediente remitido a este Consejo no acredita de manera suficiente que la solicitante haya sido debidamente notificada del contenido de dicho escrito, toda vez que en los dos intentos de notificación llevados a cabo por el servicio de correos los días 17 de septiembre y 9 de diciembre de 2020 figura como “no retirado”.

4. El día 9 de septiembre de 2020, el Jefe del Servicio de Promoción y Financiación de la Vivienda elabora propuesta de resolución en el sentido de “iniciar el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad de las cédulas de habitabilidad de primera ocupación” que se especifican, emitidas con fecha 30 de septiembre de 2005.

En ella se recoge que “con fecha 30 de septiembre de 2005 se emiten cédulas de habitabilidad de primera ocupación para transformar en vivienda los bajos comerciales 1 y 2”, propiedad de la mercantil que se especifica, para los usuarios que se señalan. Su distribución “es del bajo 1 de 5 piezas, de las cuales 2 son dormitorios y del bajo 2 de 7 piezas, de las cuales 3 son dormitorios. No se ha presentado recurso administrativo, ni consta la interposición de recurso contencioso contra las citadas resoluciones”.

Se indica que respecto a “los locales comerciales así relacionados por escritura de división horizontal de fecha 12 de marzo de 1998 (...) se otorga como propietaria de las viviendas de protección oficial” a la mencionada mercantil, “resultado de la ejecución del Plan Parcial (...) y que tiene el aprovechamiento y condiciones de edificación para su destino de viviendas de protección oficial urbanizado en consonancia con las edificaciones del definitivamente aprobado Proyecto de Urbanización dividiendo la parcela

denominada EE (...) en los portales” que se reseñan; en concreto, “en la planta baja un local núm. Uno destinado a usos comerciales y susceptible de división con una superficie construida de 62,43 metros cuadrados y útil de 49,94, y el local comercial núm. Dos destinado a usos comerciales sito en la plaza baja susceptible de división transformados en viviendas se hallan en una vivienda de protección oficial cuya calificación definitiva se otorga por el (...) Consejero de Fomento con fecha 30 de abril de 1999, sometiéndose al régimen jurídico del Real Decreto (*sic*) 31/1978, de 31 de octubre, y al Plan de Vivienda 1996-1999”.

Señala que, “conforme el artículo 108 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio (...), los locales de negocio a que se refiere el apartado A) del artículo 7 podrán cederse en venta o arrendamiento y dedicarse a usos comerciales o industriales, centros docentes, oficinas, despachos, consultorios y otros análogos. Los referidos locales podrán, previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda, transformarse en viviendas, que quedarán sujetas al régimen de utilización de las viviendas de protección oficial que corresponda a la clase y categoría” de las de los “inmuebles en que estén situados”. De igual modo, el artículo 118 del mismo Decreto indica que “para que los propietarios, arrendatarios o usuarios de las ‘Viviendas de Protección Oficial’ puedan realizar en ellas obras de modificación, mejora o reforma de las mismas o de los edificios en que estén emplazadas, será preciso en todo caso que obtengan la previa autorización del Instituto Nacional de la Vivienda y que dichas obras no sean contrarias a las ordenanzas técnicas y normas constructivas aplicables”.

Razona que “el artículo 47.1.e) de la (...) Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, son nulos de pleno derecho”.

Pone de relieve que los expedientes de tramitación de las cédulas de habitabilidad de primera ocupación “se resolvieron conforme a derecho, habiendo cumplido los requisitos establecidos en el Decreto 6/1995, de 18 de enero, Regulador del Régimen Jurídico de la Habitabilidad y de los

Procedimientos Administrativos relacionados con la misma, expidiéndose” las que se especifican.

A pesar de ello, indica que a raíz de la solicitud formulada se ha “advertido la nulidad de las cédulas de habitabilidad expedidas, toda vez que para transformar los locales comerciales en viviendas es necesaria autorización de la Dirección General de Vivienda y no cédula de habitabilidad”, por lo que “no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, esto es lo dispuesto en el artículo 18 del Real Decreto (*sic*) 31/1978, por el que se desarrolla el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Vivienda, y el artículo 108 y 118 del Decreto 2114/1968”.

Concluye que procede “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones de 30 de septiembre de 2005, por las que se emiten cédulas de habitabilidad de primera ocupación para las viviendas”, y “conceder audiencia previa al interesado en el expediente de nulidad iniciado para que en el plazo máximo de quince días alegue lo que estime oportuno en defensa de sus derechos e intereses, así como a otros interesados en el procedimiento que sean titulares de derechos e intereses legítimos directos”, al tiempo que pone de manifiesto “la posibilidad de suspensión cautelar de la eficacia de la citada resolución”.

5. Mediante escrito de 11 de septiembre de 2020, el Jefe de la Sección de Régimen Legal y Promoción da traslado de la citada propuesta de resolución a la mercantil que como propietaria-promotora” figura en las cédulas de habitabilidad objeto de revisión.

Habiendo sido notificada en debida forma la mercantil, que acusa recibo del contenido de la propuesta de resolución el día 15 de septiembre de 2020, no consta la presentación de alegación alguna por su parte.

A pesar de lo señalado en la propuesta de resolución, no queda acreditado en el expediente remitido que la misma haya sido notificada a efectos de alegaciones a otros posibles “interesados en el procedimiento que sean titulares de derechos e intereses legítimos directos”.

6. El día 25 de noviembre de 2020, la Consejera de Derechos Sociales y Bienestar dicta Resolución por la que se acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones de 30 de septiembre de 2005 por las que se emiten cédulas de habitabilidad de primera ocupación para las viviendas” cuestionadas.

Esta Resolución constituye una reproducción de la propuesta de resolución, con el único añadido de dejar constancia del trámite de audiencia evacuado con la mercantil que como propietaria-promotora figura en las cédulas objeto de revisión.

7. Mediante escrito de 4 de diciembre de 2020, el Jefe de la Sección de Régimen Legal y Promoción comunica dicha resolución a la mercantil interesada.

No figura en el expediente que esta haya presentado alegaciones.

Por lo demás, tal y como sucediera con la propuesta de resolución, no queda constancia en aquel de que la resolución haya sido notificada, a efectos de alegaciones, a otros posibles “interesados en el procedimiento que sean titulares de derechos e intereses legítimos directos”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de febrero de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al “procedimiento de revisión de oficio por nulidad de las cédulas de habitabilidad” que se especifican “de primera ocupación para transformar en vivienda los bajos comerciales (...) propiedad” de la mercantil referida.

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

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

A la vista de la documentación incorporada al expediente remitido, anticipamos ya que no cabe un pronunciamiento sobre la procedencia de la revisión de oficio tal y como la misma ha sido planteada.

En primer lugar se observa que el expediente no incorpora propuesta formal de resolución que responda a la exigencia de motivación, legalmente impuesta para las resoluciones que resuelvan procedimientos de revisión de oficio por el artículo 35.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), sobre la que manifestar nuestro parecer.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el procedimiento de revisión de oficio se inicia a raíz de la consulta realizada por una de las personas físicas que como usuaria en régimen de propiedad figura en los actos objeto de revisión, en la que solicitaba aclaración acerca de las contradicciones que observaba en lo relativo al régimen de protección de la vivienda, si atendemos al contenido tanto de la propuesta de resolución de 9 de septiembre de 2020, como de la Resolución de 25 de noviembre de 2020 de la Consejera de Derechos Sociales y Bienestar, por la que se acuerda "iniciar el procedimiento de revisión de oficio de las Resoluciones de 30 de septiembre de 2005, por las que se emiten cédulas de habitabilidad de primera ocupación para las viviendas" que se reseñan, sorprende que en ellas se afirme que "el expediente de tramitación de las cédulas de habitabilidad (de) primera ocupación" se resolvió "conforme a derecho, habiendo cumplido los requisitos establecidos en el Decreto 6/1995, de 18 de enero, Regulador del Régimen Jurídico de la Habitabilidad y de los Procedimientos Administrativos relacionados con la misma", y que después se

invoque como causa de nulidad radical el artículo 47.1.e) de la LPAC, a cuyo tenor son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Esto es, de una parte se afirma que el acto a revisar se tramitó conforme a la normativa aplicable en el momento de su dictado y, sin embargo, de otra, se alega la omisión absoluta de procedimiento como fundamento de la revisión que se insta. Desconcierto que se incrementa aún más al observar que el acto sujeto a revisión -dos cédulas de habitabilidad de primera ocupación para otras tantas viviendas que se remontan al 30 de septiembre de 2005- hace referencia a una exigencia -autorización de la Dirección General de la Vivienda de primera ocupación- que habilita para el uso de un inmueble como vivienda contemplada como tal en el artículo 8 del Decreto del Principado de Asturias 6/1995, de 18 de enero, Regulador del Régimen Jurídico de la Habitabilidad y de los Procedimientos Administrativos relacionados con la misma, pero que ha sido suprimida por la disposición derogatoria única -apartado 1.b)- del Decreto 73/2018, de 5 de diciembre, por el que se aprueban las Normas de Habitabilidad en Viviendas y Edificios destinados a Viviendas en el Principado de Asturias.

Por otra parte, situados en la perspectiva del procedimiento instruido, debemos señalar que, a tenor de lo establecido en el artículo 4.1.b) de la LPAC, se consideran interesados en el procedimiento administrativo los que, “sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”, por lo que consideramos necesaria la práctica del trámite de audiencia, establecido para todo tipo de procedimientos en el artículo 82 de la LPAC, con las cuatro personas físicas que como usuarias en régimen de propiedad figuran en los actos objeto de revisión. Omisión que sorprende pues, tanto en la propuesta de resolución de 9 de septiembre de 2020 como en la Resolución de 25 de noviembre de 2020, se pone de manifiesto la necesidad de “conceder audiencia previa al interesado en el expediente de nulidad iniciado para que en el plazo máximo de quince días alegue lo que estime oportuno en defensa de sus derechos e intereses, así como a otros

interesados en el procedimiento que sean titulares de derechos e intereses legítimos directos”.

Todo ello sin perjuicio de advertir que también le cabe a la Administración instructora la opción de desistir del procedimiento revisor abierto, ya que a la luz de los límites que pesan sobre el ejercicio de las facultades de revisión -artículo 110 de la LPAC- el fin perseguido por estas actuaciones no puede consistir en privar de habitabilidad a los locales -quince años después- por una carencia procedimental ajena a los particulares perjudicados.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada, debiendo retrotraerse el procedimiento en el sentido expuesto.

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.