

Dictamen Núm. 133/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de junio de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 24 de mayo de 2022 -registrada de entrada el día 25 de ese mismo mes-, examina el expediente de revisión de oficio del Decreto de la Alcaldía de 10 de enero de 2020, por el que se concede licencia de primera ocupación de edificio destinado a vivienda.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

- 1.** Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Caravia de 20 de febrero de 2017, se concede licencia de obra para la construcción de una vivienda unifamiliar en la parcela 14 de la Unidad de Actuación 16 de
- 2.** Con fecha 12 de julio de 2017, esa Alcaldía concede licencia a para la construcción de vivienda unifamiliar aislada en la parcela 15 de la Unidad de Actuación 16 de

3. Obran incorporados al expediente varios informes sobre visitas de inspección a ambas edificaciones por denuncias cruzadas sobre movimientos de tierra realizados dentro de la franja de 3 metros de colindancia.

4. Previa petición formulada por el Ayuntamiento, emite informe un ingeniero técnico con el fin de realizar una medición topográfica de las dos parcelas controvertidas. Con base en él, el 7 de septiembre de 2018 el Asesor Técnico Municipal concluye que “se aprecia” una “modificación entre la rasante inicial y la actual que no son coincidentes, por lo que se debe (...) proceder a modificar la rasante actual a fin de que coincida con la inicial”.

5. Mediante Decreto de la Alcaldía de 19 de septiembre de 2018, se requiere a ambos promotores para que en el plazo de un mes realicen las actuaciones pertinentes de modificación de rasantes.

6. El día 8 de octubre de 2018, la Alcaldía del Ayuntamiento de Caravia dicta resolución por la que se concede licencia de primera ocupación de edificio a la colindante de la parcela controvertida en el presente procedimiento.

7. Con fecha 11 de octubre de 2018, la titular de la referida licencia presenta en el registro municipal un escrito en el que denuncia la realización de obras en la parcela 15 que no se ajustan al Plan General de Ordenación de Caravia, en concreto, un muro de cierre a vial público con una altura superior a 1 metro, movimientos de tierra en zonas no permitidas y desmonte en franja de terreno colindante con su parcela por el norte y con el vial público.

8. El día 2 de noviembre de 2018, el interesado presenta un recurso de reposición frente al Decreto de 19 de septiembre de 2018 con el fin de que se modifique el requerimiento de reposición de tierras para ajustarlo a la situación real del terreno en su origen.

Mediante Decreto de la Alcaldía de 28 de noviembre de 2018, se desestima parcialmente el recurso de reposición al considerar que “la cota del terreno en el linde entre ambas parcelas” ha de ser “en todo caso la contenida en el levantamiento topográfico realizado por el Ayuntamiento, debiendo (...) realizar las obras oportunas para que la rasante final del terreno sea la misma que la considerada como rasante inicial”, y se estima parcialmente al entender que “la cota de terreno en la línea de fachada de la parcela 15 es la manifestada en el recurso, ya que es inferior a la cota en el mismo perfil transversal en el linde entre ambas parcelas, considerando que la justificación de la cota de la rasante natural en el plano de la fachada de la vivienda de la parcela 15 realizada (...) es acertada”.

9. Con fecha 26 de diciembre de 2018, la colindante presenta un recurso de reposición contra el Decreto de 28 de noviembre de 2018 alegando que existen dos muros en la franja de 5 metros de separación con el vial público, lo que incumple la normativa del Plan General de Ordenación.

Este recurso es desestimado en su totalidad por Decreto de 27 de febrero de 2019 al considerar, entre otros aspectos, que los movimientos de tierra realizados en la franja de 3 m de colindancia con el vial son de interés general, que la modificación de la rasante hasta 1,50 metros de altura es autorizable según el Plan General de Ordenación Urbana, que el impacto visual apenas existe puesto que el cierre impide ver el movimiento de tierras y que el lindero este al que se alude en el recurso no es un vial público sino la parcela situada en el lado opuesto.

10. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Caravia de 10 de enero de 2020, se concede licencia de primera ocupación de edificio destinado a vivienda al interesado.

11. Presentado recurso contencioso-administrativo frente al Decreto de 27 de febrero de 2019 por la colindante, es desestimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 1 de Gijón de 26 de noviembre de 2020.

Formulado recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, es estimado por Sentencia de 31 de marzo de 2021, en la que se declara que “las obras realizadas en la franja de 5 m de separación con el vial público de la parcela litigiosa son contrarias a la legalidad urbanística, y en consecuencia” se condena “al Ayuntamiento a que disponga la ejecución de las medidas encaminadas al restablecimiento” de la misma.

12. Planteada por el interesado solicitud de preparación de recurso de casación frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de marzo de 2021, por Auto de esta Sala de 31 de mayo de 2021 se acuerda no tener por preparado el recurso.

13. Con fecha 16 de noviembre de 2021, esa Alcaldía requiere al interesado para que solicite ante el Ayuntamiento, “en el plazo de dos meses, la oportuna licencia de obras para dar cumplimiento a lo acordado” en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de marzo de 2021.

El 2 de diciembre de 2021, el perjudicado presenta un escrito en el registro del Ayuntamiento de Caravia en el que comunica la interposición de un recurso de queja frente al Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de mayo de 2021, y solicita “la suspensión de la ejecución del acto administrativo que ahora se impugna por concurrir perjuicios de imposible o difícil reparación”.

14. Mediante Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2022, Sección 1.^a, se estima el recurso de queja interpuesto por el interesado contra el Auto de 31 de mayo de 2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

15. El día 18 de mayo de 2022, la Secretaria-Interventora del Ayuntamiento de Caravia elabora un informe propuesta en el que considera que “la licencia de primera ocupación concedida” al interesado “en fecha 10 de enero de 2020 (...) no es ajustada a derecho. Fue concedida, con error de concepto, considerando que las obras de edificación (...) estaban realizadas correctamente, sin tener en cuenta” que se encontraban “*sub iúdice* los movimientos de tierra realizados” y que se trataba de “una acepción errónea, puesto que la licencia de primera ocupación, según se desprende del art. 568 del D. 278/2007, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo, tiene la doble finalidad de verificar si la edificación reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse para el uso a que se destina, así como de constatar si la obra ejecutada se ajusta en realidad a la licencia de obras concedida, circunstancia que no se produce al estar en controversia el tema de los movimientos de tierra”.

A la vista de ello, entiende que concurre en este caso la causa de nulidad prevista en la letra f) del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y solicita a este Consejo que “emita dictamen favorable para proceder a la anulación” del Decreto de 10 de enero de 2020, “por el que se concede licencia de primera ocupación” al interesado.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de mayo de 2022, 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 de 10 de enero de 2020, por el que se concede licencia de primera ocupación de edificio destinado a vivienda objeto del expediente núm., del Ayuntamiento de Caravia, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo 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 Caravia, 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.

No obstante, se observa que no se ha remitido el extracto de secretaría que debe acompañar a la petición de dictamen, de conformidad con lo señalado en el artículo 41.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Caravia se halla debidamente legitimado en cuanto autor del acto cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio iniciado.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC 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 47.1”.

No obstante, el artículo 110 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 esta se configura como un 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.

Si bien el artículo 106 de la LPAC no contempla un procedimiento específico para la revisión de oficio de los actos administrativos, limitándose a exigir el dictamen previo favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, es claro que la instrucción del procedimiento debe respetar el cumplimiento de una serie de trámites fundamentales.

En el presente caso reparamos en que, junto a los antecedentes de la licencia cuya revisión se pretende, el Ayuntamiento únicamente remite un “informe-propuesta” de la Secretaría-Interventora municipal en el que se aprecia la necesidad de declarar la nulidad de la licencia de primera ocupación otorgada al interesado el 10 de enero de 2020 mediante Decreto de la Alcaldía, razonando que “fue concedida, con error de concepto, considerando que las obras de edificación (...) estaban realizadas correctamente, sin tener en cuenta” que se encontraban “*sub iúdice* los movimientos de tierra realizados”. Sin embargo, el expediente no contiene un acuerdo de iniciación adoptado por el

órgano competente, ni tampoco se ha dado audiencia y vista del expediente a los interesados, ni se ha incorporado al mismo el preceptivo informe de la Secretaría General, de conformidad con lo establecido en los artículos 3.3.d).3.º y 3.4 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.

Tampoco se ha elaborado una propuesta de resolución que responda a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de actos en el artículo 35.1.b) de la LPAC.

A la vista de ello, este Consejo Consultivo considera que, dado el irregular procedimiento tramitado, no resulta posible realizar un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada, debiendo retrotraerse el mismo a su inicio, de modo que en primer lugar se adopte un acuerdo de iniciación en el que se hagan constar los hechos y los fundamentos jurídicos de la revisión de oficio que se pretende. Asimismo, la resolución ha de notificarse a los interesados, con ofrecimiento del trámite de audiencia y vista del expediente, para que puedan presentar las alegaciones y los documentos que consideren oportunos en defensa de sus derechos. Analizadas, en su caso, las alegaciones por los servicios correspondientes, e informado el expediente por la Secretaría General, y por la Intervención municipal en el caso de que del mismo se deriven derechos u obligaciones de contenido económico, el procedimiento habrá de proseguir con la formulación de la correspondiente propuesta de resolución por el servicio instructor.

Por último, el expediente así instruido y documentado habrá de remitirse a este órgano por la Alcaldía municipal en solicitud de dictamen preceptivo, junto con un índice documental y un extracto de Secretaría, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y 40 y 41 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Ahora bien, advertimos que en la fecha de remisión del expediente a este Consejo se encontraba *sub iúdice* el asunto relativo a los movimientos de tierra realizados en la parcela 15, toda vez que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de marzo de 2021 ha declarado que “las obras realizadas en la franja de 5 m de separación con el vial público de la parcela litigiosa son contrarias a la legalidad urbanística”; pronunciamiento que no es firme toda vez que por Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2022 se ha estimado el recurso de queja interpuesto por el interesado contra el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de mayo de 2021, al entender que “el escrito de preparación del recurso (de casación) cumple, desde el punto de vista formal, con los requisitos exigidos (...). Cosa distinta es (...) que el recurso cuente, o no, con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia; cuestiones todas ellas que deberán ser decididas por esta Sección de Admisión (...) en el supuesto de que, finalmente, la parte recurrente decida personarse en el recurso de casación ante esa Sala”.

Por tanto, y aunque en la fecha de emisión de este dictamen no exista constancia de la interposición de recurso de casación frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de marzo de 2021, es preciso que la autoridad consultante acredite, con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, la posible pendencia del correspondiente procedimiento judicial a fin de acatar, en su caso, el pronunciamiento que se hubiere alcanzado en el mismo. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, atendido el momento en que la consulta se ha formulado, no procede pronunciarse sobre la misma.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
LA PRESIDENTA,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE CARAVIA.