



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 22 de marzo de 2012, ha examinado el *expediente de revisión de oficio incoado por el Ayuntamiento de xxxx1 (xxxx2)*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 29 de febrero de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de revisión de oficio iniciado por el Ayuntamiento de xxxx1 (xxxx2) del Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2011, por el que se estimaba el recurso potestativo de reposición relativo al Acuerdo de otorgamiento de licencia de legalización de trastero de uso doméstico.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 7 de marzo de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 161/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa reducción de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 (xxxx2), en sesión celebrada el 28 de diciembre de 2010 acuerda conceder licencia de legalización a una edificación de escasa entidad constructiva y sencillez técnica -trastero de uso doméstico- situada en la parcela nº 5 del barrio de xxxx3 en la población de xxxx4, a instancia de D. xxxx5, una vez restaurada la legalidad urbanística, al cumplirse lo dispuesto en el artículo 5.2.6 de las Normas Urbanísticas



Municipales de xxxx1, por existir un acuerdo entre los propietarios colindantes inscrito en el Registro de la Propiedad.

El 23 de septiembre de 2010 D. xxxx5 presenta copia del convenio suscrito con D. xxxx6, propietario de una de las fincas colindantes.

Contra el Acuerdo de concesión de legalidad urbanística, D. xxxx7 - propietario de otra de las fincas colindantes con la de D. xxxx5- interpone recurso potestativo de reposición, puesto que con él no se ha firmado convenio alguno y alega que no se cumplen las condiciones para la legalización de la construcción efectuada en la parcela de D. xxxx5, al no guardar la distancia que deben separar estas construcciones respecto de la vía pública y de las propiedades colindantes, por estar adosada la edificación de referencia al lindero común de ambas propiedades.

Segundo.- Mediante Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2011 se estima el recurso potestativo de reposición relativo al Acuerdo de otorgamiento de licencia de legalización de trastero de uso doméstico, al devenir imposible el cumplimiento del condicionante impuesto relativo a la distancia requerida en las normas urbanísticas municipales con el colindante y no contar con su acuerdo, en los términos señalados en el artículo 5.2.6 de las citadas normas.

En el citado Acuerdo se ordena a la Alcaldía que realice las actuaciones precisas tendentes a la restauración de la legalidad urbanística.

Tercero.- Mediante Diligencia de la Alcaldía de 21 de diciembre de 2011 se pone de manifiesto la posible causa de nulidad del Acuerdo del Pleno de 29 de marzo, en el que se estima el recurso de reposición, por la posible incursión en el supuesto del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que durante la tramitación del recurso potestativo de reposición no se concedió trámite de audiencia a D. xxxx5.

El 21 de diciembre la Secretaría del Ayuntamiento emite informe sobre el procedimiento a seguir y la legislación aplicable.

Cuarto.- Por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de diciembre de 2011 se inicia el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de



29 de marzo de 2011, en el que se estima el recurso potestativo de reposición relativo al Acuerdo de otorgamiento de licencia de legalización de trastero de uso doméstico, se suspende la ejecución de éste debido a que puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la ejecución del acto administrativo acordado, se suspende el plazo para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y se concede trámite de audiencia a los interesados para que en el plazo de quince días presenten las alegaciones que consideren necesarias.

Dicho Acuerdo se notifica a los interesados el 12 de enero de 2012.

El 27 de enero D. xxxx7 presenta escrito de alegaciones en el que señala que no procede la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2011, puesto que el no haber otorgado trámite de audiencia a D. xxxx5 en el recurso potestativo de reposición no le provoca indefensión, ya que el incumplimiento de la legalidad urbanística resulta patente.

Por su parte D. xxxx5 presenta el 30 de enero escrito de alegaciones en el que manifiesta su conformidad con el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de diciembre de 2011, por el que se inicia el procedimiento de revisión de oficio del Acuerdo de 29 de marzo que estimaba el recurso potestativo de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 28 de diciembre de 2010, dejaba sin efecto éste y, en consecuencia, revocaba la licencia de legalización de edificación de escasa entidad constructiva destinada a trastero de uso doméstico. Fundamenta su conformidad con la revisión de oficio instada por el Ayuntamiento en la no concesión del trámite de audiencia en el recurso de reposición interpuesto por D. xxxx7 contra el Acuerdo de 28 de diciembre de 2010, al producirle indefensión por no tener la posibilidad de intervenir durante la tramitación del citado recurso, proponer pruebas y formular alegaciones en defensa de sus intereses.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Quinto.- Por Acuerdo del Consejo Consultivo de 25 de enero se inadmite a trámite la consulta formulada al no incluirse en el expediente toda la



documentación y antecedentes necesarios para dictaminar sobre las cuestiones consultadas.

Sexto.- El 10 de febrero de 2012 se formula informe-propuesta de resolución para declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2011, por el que se estima el recurso potestativo de reposición contra el Acuerdo de 28 de diciembre de 2010, se retrotrae el procedimiento al momento de interposición del citado recurso por D. xxxx7 y se concede a D. xxxx5 un plazo de 15 días para efectuar alegaciones. Dicho informe-propuesta se notifica a los interesados.

En tal estado de tramitación, se dispuso de nuevo la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 2º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado b), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

Además, la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo resulta justificada, con toda claridad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Del referido artículo se deduce que dicho dictamen es, además de preceptivo, habilitante de la ulterior decisión revisora de la Administración, ya que sólo puede declarar la nulidad del acto si dicho dictamen hubiera sido favorable, esto es, estimatorio de la nulidad denunciada.

2ª.- La competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio corresponde al Pleno del Ayuntamiento de xxxx1 (xxxx2), de acuerdo con lo



establecido en el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

3ª.- Para dar curso al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- Que se encuentren en uno de los supuestos enumerados en el artículo 62.1, o que, al amparo de la última letra del citado precepto, estén expresamente previstos en una ley.

- Que pongan fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, si bien este último es un requisito que sólo jugará cuando se inicie la revisión a instancia del interesado y no cuando el procedimiento sea instado de oficio por la propia Administración autora del acto.

- Que la solicitud de revisión de oficio se inste por persona interesada o de oficio por la propia Administración.

4ª.- A la vista de lo expuesto, procede analizar si concurren los requisitos necesarios para proceder a la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2011, por el que se estimaba el recurso potestativo de reposición relativo al acuerdo de otorgamiento de licencia de legalización de trastero de uso doméstico.

Antes de entrar en el fondo del asunto es preciso determinar si la revisión de oficio planteada ha caducado.

Debe advertirse de que el plazo para decidir la revisión de oficio iniciada por el Ayuntamiento el 27 de diciembre de 2011 concluye el 27 de marzo de 2012, sin que pueda entenderse de aplicación la suspensión del plazo para resolver el procedimiento prevista en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por haber sido acordada en momento procedimental inadecuado

En el caso examinado, el procedimiento revisor ha sido incoado de oficio -esto es, a iniciativa de la propia Administración autora del acto controvertido-, mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de fecha 27 de diciembre de



2011, teniendo entrada en el Consejo Consultivo el 29 de febrero de 2012, por lo tanto antes de que transcurriera el plazo de tres meses para resolver.

El Ayuntamiento pretende declarar la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2011, por considerar que concurre la causa prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al haberse adoptado dicho Acuerdo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En relación con la causa de nulidad prevista en la letra e), es doctrina reiterada del Consejo de Estado (Dictámenes 173/2008, de 30 de abril, y 2.002/2008, de 11 de diciembre) que, "para que sea aplicable, es necesario que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad" (Dictámenes 542/1996, de 7 de marzo; 926/1997, de 3 de abril; 4.894/1997, de 23 de octubre; 6.175/1997, de 19 de febrero de 1998). En otros dictámenes (2.301/1998, de 10 de septiembre) se dice que "es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro (...) debiendo justificarse cumplidamente que se ha producido alguna anomalía esencial en su tramitación". En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal Supremo, al requerir "omisiones sustanciales y de entidad, equiparables a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento" (Sentencia de 12 de julio de 1993) o bien al entender que se produce por "el seguimiento de un procedimiento completamente opuesto al correcto" (Sentencia de 20 de abril de 1990). E, igualmente, otros dictámenes que exigen "omisiones sustanciales y de entidad, equiparable a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento" (Dictamen 906/1996, de 28 de marzo), o una omisión de "hitos esenciales" del procedimiento (Dictámenes 45.853, de 17 de noviembre de 1983, y 1.532/1992, de 4 de marzo de 1993).

Sobre esta cuestión, el propio Consejo de Estado en su Dictamen 1.365/2008, de 13 de noviembre, expone que este motivo de nulidad "supone una total inaplicación del procedimiento legalmente establecido, sin que sea suficiente advertir omisiones o infracciones de tramitación. La ausencia total de procedimiento debe ser entendida en el sentido de que no existan los engarces formales necesarios en el *iter* administrativo para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un



radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final (Dictámenes 2.756/96, de 25 de julio, y 1.950/2004, de 23 de septiembre). Ni siquiera la omisión del trámite de audiencia da lugar `siempre y de forma automática´ a la nulidad por esta causa (Dictamen 3.035/95, de 25 de abril), sino que resulta necesario, como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1991, `ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión en la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido´´.

El fundamento de la revisión de oficio es la falta de concesión del trámite de audiencia a D. xxxx5 en el recurso potestativo de reposición interpuesto por D. xxxx7 contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 28 de diciembre de 2010 por el que se declaraba la ilegalidad de la construcción, trastero de uso doméstico, al no cumplir las normas urbanísticas.

El artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que versa sobre la audiencia a los interesados en los recursos administrativos, dispone que "Si hubiera otros interesados se les dará en todo caso traslado del recurso para que en el plazo antes citado aleguen cuanto estimen procedente".

El artículo 105.c) de la Constitución garantiza el derecho de los interesados a la audiencia en los procedimientos a través de los cuales deben producirse los actos administrativos.

En el presente caso D. xxxx5 no conoció la interposición del recurso potestativo de reposición contra el Acuerdo que legalizaba la construcción del trastero sito en una finca de su propiedad hasta que no se le notificó la resolución del citado procedimiento. Del mismo modo, tampoco tuvo conocimiento del informe elaborado por el arquitecto municipal, que sirvió de base para la resolución del recurso potestativo de reposición, en el que se declaraba que la construcción no cumplía con las condiciones de legalidad establecidas por las normas urbanísticas municipales de xxxx1.

De conformidad con reiterada jurisprudencia sólo podrá estimarse que el acto prescinde total y absolutamente del procedimiento cuando la falta de audiencia produce indefensión al interesado. Esta situación no se da cuando el



interesado haya podido defender su derecho en cualquier fase de las actuaciones, aunque no fuera en el estricto trámite de vista y audiencia.

De la documentación obrante en el expediente se pone de manifiesto que el afectado no tuvo conocimiento de la existencia del recurso potestativo de reposición, lo que le produjo indefensión pues no pudo conocer el informe del arquitecto municipal de 5 de febrero de 2011, en el que se indicaba la imposibilidad de legalización de la construcción por la supuesta falta de acuerdo de los propietarios de los linderos traseros; por lo que no pudo formular alegaciones al respecto en defensa de sus intereses, máxime si se tiene en cuenta que se trata del propietario de la construcción cuya legalidad se cuestiona en el recurso potestativo de reposición interpuesto.

Así pues, a diferencia de lo manifestado por D. xxxx7, la falta de conocimiento por parte de D. xxxx5 del recurso potestativo de reposición le provoca indefensión, ya que afecta a sus intereses; y el hecho de ser oído en el trámite de audiencia hubiera podido variar el acto administrativo objeto de recurso, más aún cuando en el expediente existen informes contradictorios del arquitecto municipal en relación con la legalización de la construcción trastero de uso doméstico de la que es titular D. xxxx5.

Por ello, al margen de analizar si concurren las circunstancias de legalización o no de la construcción, según se entienda que se hayan cumplido o no las Normas Urbanísticas Municipales de xxxx1, procede que se declare la nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Pleno de 29 de marzo de 2011, por el que se estima el recurso potestativo de reposición relativo al acuerdo de otorgamiento de licencia de legalización de trastero de uso doméstico, por concurrir la causa prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

Procede que se revise de oficio el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de xxx1 de 29 de marzo de 2011, por el que se estimaba el recurso potestativo de reposición relativo al Acuerdo de otorgamiento de licencia de legalización de trastero de uso doméstico y retrotraer las actuaciones al momento de la interposición del citado recurso.

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