



Roj: STSJ CANT 1332/2022 - ECLI:ES:Tsjcant:2022:1332

Id Cendoj: 39075330012022100382

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Santander

Sección: 1

Fecha: 14/11/2022

Nº de Recurso: 22/2022

Nº de Resolución: 412/2022

Procedimiento: Recurso de apelación

Ponente: RAFAEL LOSADA ARMADA

Tipo de Resolución: Sentencia

### SENTENCIA nº 000412/2022

Ilmo. Sr. Presidente:

Don Rafael Losada Armadá

Ilmos. Sres. Magistrados:

Doña Clara Penín Alegre

Don José Ignacio López Cárcamo

Doña María Esther Castanedo García

-----  
En la ciudad de Santander, a catorce de noviembre de dos mil veintidós.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto el **recurso de apelación nº 22/2022** formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander el 20 de diciembre de 2021 por **AYUNTAMIENTO DE PIÉLAGOS**, representado por la procuradora doña Ana María Álvarez Murias asistido por el letrado don Ramón Díaz Murias, siendo parte apelada **AYUNTAMIENTO DE SANTA CRUZ DE BEZANA** representado por la procuradora doña María José Gómez Gómez, bajo la dirección letrada de doña Helena Ceballos Revilla.

Es ponente el presidente don Rafael Losada Armadá, quien expresa el parecer de la sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** - El recurso de apelación se interpuso el día 12 de enero de 2022 contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 20 de diciembre de 2021 que tras desestimar las causas de inadmisibilidad formuladas por el Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** demandado, desestima la demanda contra la desestimación por silencio del requerimiento efectuado el 8 de mayo de 2017 que solicita la incoación de expediente de lesividad respecto de la resolución de la Alcaldía de Santa Cruz de **Bezana** de 1 de abril de 2015 que autoriza la segregación de una finca y la incoación de expediente de revisión de oficio por nulidad radical de la licencia de obra concedida en la parcela segregada de 16 de junio de 2016, por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente para ello.

**SEGUNDO.** - Del recurso de apelación se dio traslado al ayuntamiento apelado que formuló oposición al mismo y solicitó de la sala la confirmación de la sentencia de instancia con la imposición de las costas al Ayuntamiento de **Piélagos** apelante.

**TERCERO.** - En fecha 16 de febrero de 2022 se recibieron las actuaciones en esta sala y no solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para votación y fallo que, finalmente, tuvo lugar el día 13 de octubre de 2022 en que se deliberó, votó y falló.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

**PRIMERO.** - El objeto del recurso contencioso-administrativo resuelto por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Santander de 20 de diciembre de 2021 es la desestimación de la demanda por la que se solicita la incoación de expediente de lesividad respecto de la resolución de 1 de abril de 2015 que concede licencia de segregación de una finca y otro de revisión de oficio por nulidad radical de la licencia de obra concedida para la construcción de una vivienda sobre la parcela segregada.

La resolución recurrida desestima por silencio la incoación del expediente de lesividad de la resolución de la Alcaldía de Santa Cruz de **Bezana** de 1 de abril de 2015 por la que se segrega la parcela catastral NUM000 , así como la incoación de expediente de revisión de la licencia de obra concedida en la misma parcela por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente.

**SEGUNDO.** - La sentencia apelada después de desestimar las causas de inadmisibilidad alegadas por la administración demandada, Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana**, desestima la solicitud de incoar y resolver el expediente de lesividad de la licencia de segregación de la parcela catastral mencionada porque han transcurrido los cuatro años desde que se dictó el acto administrativo en el año 2015 (art. 107.2 LPACAP) y, también, el de la nulidad de la licencia de obra de 16 de junio de 2016 concedida sobre la misma parcela segregada por órgano manifiestamente incompetente pues no se da la manifiesta incompetencia en el Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** (arts. 106.2 con relación al 47.1.b) LPACAP).

Como expone la sentencia de instancia apelada:

"QUINTO. - Pero dicho esto, el recurso se desestimará en el fondo por tres razones.

La primera se refiere a la acción de nulidad e oficio. Se invoca el art. 47.1.b) Ley 39/2015, que no concurre. La inadmisibilidad está fundada, aun por silencio, ya que es claro que el motivo no concurre. La incompetencia a la que se alude debe ser manifiesta y desde luego, el acto no se dictó por autoridad manifiestamente incompetente. Ha tenido que ser una operación técnica la que ponga de manifiesto un desajuste en los límites. Es decir, todo menos manifiesto, patente, indiscutible. La licencia se dio por la única autoridad aparentemente competente legítima y solo un hecho posterior ha puesto de manifiesto una discrepancia que todavía no se ha traducido en un cambio de lindes ni de planeamiento y que, por ello, no puede reflejarse en modo alguno en la validez de un acto dictado antes de ese nuevo hecho. El acto, aun cuando a la postre se haya dictado por autoridad incompetente por razón el territorio, no lo ha sido de forma manifiesta, patente, indiscutible o incuestionable por lo que no hay motivo de nulidad radical.

En cuanto al motivo de la letra f), a la par de que realmente no es el motivo último y real de la nulidad planteada, no es subsumible tampoco en el art. 47. Las condiciones fácticas o no de un suelo, como se pretende, no son algo evidente y palmario. De hecho, la licencia se concedió y sobre suelo urbano, de conformidad con todos los informes técnicos municipales. Sin perjuicio del problema de **deslinde** municipal, la licencia de obra se concedió sobresuelo clasificado como urbano y no basta una mera alegación o consideración sobre las condiciones fácticas para hacer aparecer una causa de nulidad radical, sin perjuicio de que, de una prueba cumplida pudiera resultar una disconformidad con el ordenamiento que configuraría una simple causa de anulabilidad del art. 48 Ley 39/2015. Respecto de la lesividad, sencillamente es imposible. El ayuntamiento de **Bezana** no puede declarar ya lesiva la licencia de segregación de 2015, porque el plazo para hacerlo es de cuatro años. Esta sentencia, lo único que podría imponer, a la vista de lo pedido, es un trámite para hacer una declaración de lesividad que, desde luego y de forma patente, ya no cabe.

El último motivo es el art. 110 Ley 39/2015. La tesis de la actora llevaría a tener que revisar, no solo estos dos actos, sino cualesquiera otras licencias concedidas antes en esas parcelas, sin perjuicio de la repercusión en actos tributarios, catastrales o de otro orden o naturaleza. La disputa entre administraciones, ya sea por su delimitación ya sea por la prestación de servicios no puede llevar, en efecto, al perjuicio de terceros de buena fe que, confiando en un ordenamiento vigente, que incluye tanto la delimitación que existía al tramitarse las licencias como los propios Planes (aún vigentes y sin modificar) ha actuado como le han indicado ambas administraciones. Porque el ayuntamiento de **Piélagos** no se opuso a la segregación y motivó un acto administrativo y otro posterior, la licencia, que, de atenderse a su petición de ineficacia, podría generar una responsabilidad patrimonial de ambas administraciones por funcionamiento anormal. Pero, además, el uso de las potestades públicas en juego para afectar actos de tercero, años después de concedidas las autorizaciones, se considera uno de los supuestos del art. 110 Ley 39/2015, referido al derecho de particulares, buena fe y equidad como límite a esa revisión."

Es decir que la desestimación presunta por silencio acogida por la sentencia de instancia se produce, tanto respecto de la solicitud de incoación de expediente de lesividad de la resolución de alcaldía de 1 de abril



de 2015 que autoriza la segregación de la parcela catastral referida, como de la incoación de expediente de nulidad de pleno derecho de la licencia de obra sobre dicha parcela catastral.

**TERCERO.** - En su recurso de apelación el Ayuntamiento de **Piélagos** expone que:

1º Concorre la nulidad de la licencia de obra por incompetencia territorial del órgano que dicta el acto con fundamento en el art. 47.1.b) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del PACAP, que establece que los actos de las AAPP son nulos de pleno derecho en los casos en que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; incompetencia que atribuye al Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** que concede una licencia de obra para construir en parcela del municipio colindante de **Piélagos**.

2º Asimismo, que la sentencia de instancia comete otro error al considerar que, por referirse a un acto de segregación de parcela de 1 de abril de 2015, ha transcurrido el plazo de cuatro años del art. 107.2 LPACAP pues, ha de considerarse que la solicitud de incoar expediente de lesividad se efectúa el 8 de mayo de 2017 por lo que, en esa fecha, no ha transcurrido todavía el plazo de cuatro años desde que se dicta el acto administrativo cuya lesividad se pretende, que es el de 1 de abril de 2015.

3º Con relación a los límites de la revisión, la sentencia apelada considera el art. 110 LPACAP un obstáculo para la revisión pues la estimación demanda conduce a revisar no solamente esos actos administrativos sino cualesquiera otras licencias concedidas antes en esas parcelas con la consiguiente repercusión en los actos tributarios, catastrales, o de otro orden, lo cual no es el objeto del recurso contencioso administrativo que se limita a solicitar la tramitación del expediente de revisión de oficio.

El Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** como apelado, se opone al recurso de apelación, muestra su conformidad con la sentencia de instancia que desestima el recurso contencioso administrativo del Ayuntamiento de **Piélagos** contra la desestimación presunta al requerimiento de 8 de mayo de 2017 por el que se insta la incoación del expediente de lesividad y el de nulidad de pleno derecho mencionados, por no darse los requisitos para admitirlos a trámite ante la inexistencia de la causa de nulidad invocada y por la caducidad del plazo para tramitar la lesividad.

**CUARTO.** - Son hechos relevantes para conocer la situación previa a la solicitud de incoación de los expedientes de lesividad y de nulidad de pleno derecho:

1. El 23 de enero de 2015 el Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** presenta por registro de entrada solicitud de segregación de la parcela catastral NUM000 , a los efectos de la emisión de informe dado que la parcela se ubica parcialmente en el Ayuntamiento de **Piélagos**.

2. La arquitecta municipal del Ayuntamiento de **Piélagos** emite informe de 6 de marzo de 2017 por el que se informa favorablemente la segregación por la línea divisoria de ambos términos municipales que coincide con las líneas divisorias de las distintas clasificaciones de suelo.

3. En septiembre de 2016 tanto el Ayuntamiento de **Piélagos** como el de Santa Cruz de **Bezana** ratifican un **deslinde** practicado por el Instituto Geográfico Nacional entre ambos municipios.

4. El 30 de noviembre de 2016 se presenta solicitud de abastecimiento de agua para la vivienda en construcción acompañándose informe de la empresa concesionaria del servicio por la que se indica que el municipio de Santa Cruz de **Bezana** no puede dar dicho servicio a la parcela mencionada.

5. En fecha 22 de diciembre de 2016 se emite informe por el ingeniero técnico municipal poniéndose de manifiesto la necesidad de solicitar licencia en el Ayuntamiento de **Piélagos** al considerar que las obras se encuentran en este término municipal.

6. Con fecha 8 de febrero de 2017 se dicta resolución de alcaldía de **Piélagos** de restablecimiento de la legalidad urbanística, así como la suspensión inmediata de las obras, contra la que se formula recurso de reposición.

**QUINTO.** - Acerca del motivo que el recurso de apelación aduce, sobre la procedencia de la incoación del expediente de lesividad de la licencia de segregación de 1 de abril de 2015, con arreglo a lo prevenido en el art. 107 LPACAP que dice:

"1. Las Administraciones Públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público.



2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82.

Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.

3. Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.

4. Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia.

5. Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad."

Procede precisar que este procedimiento previsto en el art. 107.1 LPACAP -anterior art. 103 LRJAP y PAC- solo puede iniciarse de oficio, no a instancia de parte, lo que significa que tampoco existe una acción de "anulabilidad" o derecho al trámite para los interesados en la revisión (sentencia del TS de 25 de feb. de 1997), aunque nada les impide ejercer su derecho de petición, graciable, ante la Administración para que sea ésta la que inicie el procedimiento si lo estima oportuno.

Por eso mismo, en los casos del art. 107 no existe acción de anulabilidad, con lo que ante la desestimación de la petición de declaración de lesividad de un acto, el particular -en el presente caso el ayuntamiento demandante- no podrá acudir al poder judicial para obligar a la Administración a ello ( STS 21/02/2007, RC 4640/2003).

Esta sentencia del Tribunal Supremo plantea la cuestión relativa a si nuestro ordenamiento, art. 105 de la ley de procedimiento precedente a la hoy vigente, pone o no una acción en manos de los interesados con la finalidad de que su solicitud origine el procedimiento de revocación y entiende que los interesados no pueden instar de la administración la revocación de los actos administrativos ex artículo 105 y que una cosa es que no exista una auténtica acción para iniciar el procedimiento y otra muy distinta que los interesados carezcan de iniciativa para instar de la administración que sea ella quien adopte de oficio, el acuerdo de inicio del correspondiente expediente para la revocación del acto administrativo. Esta capacidad de los interesados para excitar o incentivar el mecanismo revocatorio no es negada por el art. 105 y, además, resulta de aplicación de preceptos más generales, como son el art. 69 de la LRJAP y PAC o el art. 1 de la Ley 92/1960.

En virtud de lo expuesto, la alegación sobre el hecho de que no habría transcurrido el plazo de cuatro años del art. 107.2 LPACAP, porque la solicitud de declaración de lesividad se produce en mayo de 2017 y el acto administrativo anulable es de 1 de abril de 2015, ninguna relevancia tiene ya; resulta, por ello, improcedente analizar la cuestión del plazo cuando ya se ha expuesto como la declaración de lesividad a instancia de parte no es una acción que pueda formular el particular al corresponder en exclusiva a la administración.

**SEXTO.** - En cuanto a la incoación de la nulidad de pleno derecho de la licencia de obra para el proyecto básico de construcción de una vivienda de 16 de junio de 2016, ante la manifiesta incompetencia del Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** para otorgarla, ya expuso la sentencia de esta sala de 27 de mayo de 2005 (recurso 641/2004), <<(...) que, según tiene establecido la jurisprudencia ( sentencias del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1992 y 30 de junio de 1995 ), la impugnación en vía contencioso-administrativa de la inadmisión a trámite de la solicitud de revisión de un acto, lo mismo que la impugnación de la negativa -expresa o silente- a ejercitar la potestad administrativa de revisión, no permite al órgano judicial examinar directamente la validez del acto cuya revisión se pretende, sino tan sólo la pertinencia del procedimiento administrativo de revisión para ordenar, en su caso, la incoación del expediente correspondiente>>.

Por tanto, la sentencia de instancia ha de ser revocada en cuanto a que ha considerado procedente la desestimación presunta recurrida al valorar la inexistencia de la competencia del Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** para otorgar la licencia de obra de construcción de vivienda; a esta solución de estimación parcial del recurso de apelación, nos ha de llevar el hecho de que el Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** ha guardado silencio ante dicha solicitud de revisión de oficio, no ha procedido como permite el art. 106.3 LPACAP: <<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 artículo 47.1 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales>>; no ha motivado la inadmisión a trámite y, en consecuencia, en su lugar deberá tramitar dicho expediente con arreglo a la causa de nulidad del art. 47.1.b) LPACAP.



**SÉPTIMO.** - De conformidad con el artículo 139.2, al haber sido estimado en parte el recurso de apelación no procede la imposición de costas de la segunda instancia.

**EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY**

### FALLAMOS

Que debemos estimar parcialmente el presente recurso de apelación promovido por **AYUNTAMIENTO DE PIÉLAGOS** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santander de 20 de diciembre de 2021, que revocamos en lo referente a desestimar la solicitud de admisión a trámite de la revisión de oficio por nulidad radical de la licencia de obra concedida para la construcción de una vivienda, sin expresa imposición de costas procesales.

En su lugar, estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo y se condena al Ayuntamiento de Santa Cruz de **Bezana** a admitir a trámite la solicitud de revisión de oficio o nulidad de la licencia de obra otorgada el 16 de junio de 2016, sin costas.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes haciéndoles saber, conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contra la misma solo cabe interponer recurso de casación ante la Sala correspondiente (del Tribunal Supremo si la infracción afecta a normas de derecho estatal o de la Unión Europea), única y exclusivamente, en el caso de que concurra algún supuesto de interés casacional objetivo y con los requisitos legales establecidos, todo ello de conformidad con los artículos 86 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en redacción dada por Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio; dicho recurso habrá de prepararse ante esta sala del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.