

Expediente Núm. 185/2008
Dictamen Núm. 87/2008

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de septiembre de 2008, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 27 de agosto de 2008, examina el expediente de revisión de oficio incoado por Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Cabrales, de 5 de agosto de 2008, al objeto de declarar la nulidad de la Resolución de 25 de mayo de 2007.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Cabrales, de fecha 25 de mayo de 2007, se concede a doña una licencia de ocupación de terreno público para la instalación de un “kiosco destinado a la venta de prensa”, según señala “en base al informe del Técnico Municipal”, y “como ayuda y en consideración con la minusvalía que presenta” un hijo de la interesada.

2. Por Resolución de la Alcaldía, de fecha 5 de agosto de 2008, se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la resolución anterior, “por estar incurso en presunta nulidad absoluta o de pleno derecho”, acordando solicitar “informes técnicos y jurídicos” y la práctica del “correspondiente trámite de audiencia a la interesada”.

3. Con fecha 18 de agosto de 2007 (*sic*), el Secretario del Ayuntamiento de Cabrales emite el informe solicitado por la Alcaldía, señalando que la resolución objeto de este expediente “estaría viciada (...) por al menos dos vicios de nulidad recogidos en los apartados b) y e)” de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), argumentando que “al ser concedida la licencia sin plazo (...) se concede por un órgano claramente incompetente como es el Alcalde, puesto que (...) la concesión (...) cuando sea por más de 4 años es competencia del Pleno. Al margen que el artículo 93.3 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (...) establece un plazo máximo de 75 años para las concesiones y la obligación de concederlas por tiempo determinado”. Además de lo anterior, también señala el informe que “la licencia de ocupación se concede al margen totalmente del procedimiento establecido puesto que éste simplemente no ha existido (...). Dándose la circunstancia de que no aparece en el expediente ningún informe técnico o jurídico, ni tan siquiera algo tan esencial como la superficie de la concesión o la localización de la misma”.

4. El mismo día, 18 de agosto de 2008, el Arquitecto Técnico Municipal del Ayuntamiento de Cabrales emite informe señalando que “el informe a que se refiere la licencia de ocupación de terreno público (...), concedida el 25 de mayo de 2007, no se realizó (se midió el quiosco antiguo (...) para ver cuánto ocupaba en la nueva ubicación)”.

5. Mediante oficio del Secretario del Ayuntamiento, de fecha 5 de agosto de 2008, se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de diez días.

Consta en éste el acuse de recibo correspondiente, del día 11 de ese mes de agosto y una diligencia del Secretario, fechada el 27 del mismo mes, en la que se señala que durante dicho trámite “no se ha presentado ninguna alegación”.

6. Con fecha 27 de agosto de 2008, el Secretario del Ayuntamiento de Cabrales eleva propuesta de resolución en el sentido de “declarar la nulidad de la licencia de ocupación de terreno público en el margen derecho de la carretera comarcal Arenas-Poncebos, concedida a Dña. por Resolución de la Alcaldía de 25 de mayo de 2007”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de agosto de 2008, registrado de entrada el día 2 de septiembre siguiente, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio, incoado por Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Cabrales, de 5 de agosto de 2008, al objeto de declarar la nulidad de la Resolución de 25 de mayo de 2007, cuyo original adjunta.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo del Principado de Asturias emite su dictamen preceptivo según 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 l), 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 Cabrales, 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, el Ayuntamiento de Cabrales se halla debidamente legitimado en cuanto autor de la resolución 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 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 LRJPAC 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, teniendo en cuenta que la interesada en el expediente no realiza alegación alguna durante el trámite concedido al efecto, entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los supuestos citados.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que éste 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 en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. 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 concreto, a la hora de determinar qué órgano es 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 disposiciones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “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”.

De acuerdo con ello, en el supuesto que analizamos, resulta evidente la competencia de la Alcaldía, en cuanto que se pretende la revisión de oficio de una resolución dictada por dicho órgano municipal.

Por otro lado, se han cumplido los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la interesada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se han elaborado un informe jurídico 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 una propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a la interesada, 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.

También advertimos la concurrencia de una irregularidad formal en la propuesta de resolución, puesto que la misma carece de la motivación exigida por el mencionado artículo 54.1.b) de la LRJPAC. Ahora bien, teniendo en cuenta que la propuesta de resolución se elabora por el Secretario del Ayuntamiento de Cabrales, que es quien realiza también el informe jurídico incorporado al expediente, y que en dicho informe, como ya hemos indicado, sí se detallan con la suficiente precisión los vicios de nulidad radical en los que, a juicio de este funcionario, incurriría la resolución cuestionada, el principio constitucional de eficacia administrativa desaconseja la retroacción del procedimiento cuando, de subsanarse el defecto formal, es de prever, en buena lógica, que se produciría una propuesta de resolución en idéntico sentido.

QUINTA.- Entrando ya en el análisis del fondo del asunto, hemos de comenzar por señalar, como hemos manifestado en ocasiones anteriores, que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título VII de la LRJPAC, constituye un procedimiento excepcional que 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. Por ello, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 62.1 de la LRJPAC, 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.

En el caso que examinamos, las causas de nulidad invocadas en el informe jurídico incorporado al expediente son las establecidas en los apartados

b) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al considerar, por un lado, que no sujetándose a plazo alguno la ocupación privativa del dominio público, el Alcalde resultaría órgano “claramente incompetente”, puesto que su competencia se limitaría a concesiones por periodos no superiores a cuatro años, y en segundo lugar, que la licencia de ocupación se concedió al margen del procedimiento aplicable, puesto que tal procedimiento “simplemente no ha existido”.

En relación con la primera causa invocada, el artículo 62.1.b) de la LRJPAC dispone que son nulos de pleno derecho los actos dictados “por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”. Es necesario por tanto, para apreciar la existencia de la causa de nulidad invocada, que concurren los dos requisitos que establece este artículo: que la incompetencia sea manifiesta, y que dicha incompetencia lo sea en razón de la materia o del territorio, excluyéndose así la incompetencia jerárquica, que únicamente podría dar lugar a la anulabilidad.

El primero de los requisitos, según jurisprudencia reiterada, exige que la incompetencia se manifieste “de modo ostensible, patente, claro e incontrovertido” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, de 18 mayo 2001, analizando el artículo 47.1.a) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, de análogo contenido al precepto actual). En el presente caso, tal y como señala el informe jurídico incorporado al expediente, la competencia para la concesión de la ocupación de la vía pública únicamente correspondería a la Alcaldía en el supuesto de que el plazo no excediese de cuatro años; de lo contrario la competencia viene atribuida expresamente al Pleno por el artículo 22.2.n) de la LRBRL. Consideramos por tanto acreditado el primero de los requisitos, ya que, a la vista de la normativa aplicable, ninguna duda puede albergarse sobre la incompetencia de la Alcaldía para adoptar la resolución que analizamos. También resulta evidente la concurrencia del segundo requisito,

puesto que no existe dependencia jerárquica alguna entre la Alcaldía y el Pleno municipal. En consecuencia, entiende este Consejo que la Resolución de la Alcaldía de fecha 25 de mayo de 2007 fue adoptada por un órgano manifiestamente incompetente, y por ello es nula de pleno derecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.b) de la LRJPAC.

En relación con el segundo de los supuestos de nulidad invocados, señala el artículo 62.1.e) de la LRJPAC que son nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Según reiterada jurisprudencia, para que sea posible apreciar esta causa de nulidad, la omisión del procedimiento ha de ser “clara, manifiesta y ostensible”, lo que sucede, entre otros, en los casos de “ausencia total de trámite” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). En el supuesto que analizamos, el Secretario municipal informa sobre el procedimiento seguido señalando que “éste simplemente no ha existido”, incumpléndose así “el procedimiento previsto en los artículos 80 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. (...) no aparece en el expediente ningún informe técnico o jurídico, ni tan siquiera algo tan esencial como la superficie de la concesión o la localización”. Además, el Arquitecto Técnico Municipal informa, con fecha 18 de agosto de 2008, que “el informe a que se refiere la licencia de ocupación (...), concedida el 25 de mayo de 2007, no se realizó”. En definitiva, se acredita una ausencia total y absoluta de procedimiento, al haberse dictado el acto sin instrucción previa de procedimiento alguno, por lo que concurre la segunda causa de nulidad invocada.

En definitiva, este Consejo estima que concurren los supuestos de nulidad radical establecidos en los apartados b) y e) del artículo 62.1 de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Cabrales, de 25 de mayo de 2007, por la que se concede licencia de ocupación de terreno público para la colocación de un kiosco destinado a la venta de prensa a doña

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CABRALES.