

Expediente Núm. 196/2019
Dictamen Núm. 217/2019

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de septiembre de 2019, 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 esa Alcaldía de 30 de julio de 2019 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente de revisión de oficio de la Resolución de la Alcaldía de 6 de mayo de 2019, por la que se autoriza la ocupación provisional de la vía pública para la instalación de una terraza de verano.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Previa tramitación del expediente iniciado el 4 de febrero de 2019, por Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Cangas del Narcea de 6 de mayo de 2019 se concede la ocupación provisional de 21 metros cuadrados de una calle a para instalación de la terraza de un bar durante la temporada de verano, entre el 1 de mayo y el 30 de septiembre de 2019.

Teniendo en cuenta que la terraza solicitada se ubica en una de las calles incluidas en el Conjunto Histórico de Cangas del Narcea, días antes de la firma de la Resolución de 6 de mayo de 2019 -en concreto, el 3 de ese mismo mes- el Alcalde dirige un escrito a la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias interesando la autorización expresa que para este tipo de intervenciones se prevé en el artículo 50.1 de la Ley del Principado de Asturias 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural.

2. El día 23 de mayo de 2019, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Cangas del Narcea la denuncia formulada por un letrado, en nombre y representación de una vecina de esta localidad, en la que se solicita la “inmediata retirada de la terraza”.

En ella se alude a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 6 de Oviedo de 15 de abril de 2019, por la se anula la Resolución del Concejal de Desarrollo Local, Turismo, Festejos y Medio Ambiente de 18 de mayo de 2018, que posibilitó la instalación de una terraza para el mismo establecimiento durante la temporada de verano anterior -la correspondiente al año 2018-, pues al estar ubicada la terraza en una zona declarada como Bien de Interés Cultural hubiera requerido autorización expresa de la Consejería de Educación y Cultura, y en el caso enjuiciado dicha autorización no solamente no se había obtenido sino que tampoco existía constancia de que hubiera sido recabada.

La denunciante -que todo apunta, aunque no se acredita, que se trata de la propietaria de un predio colindante- fundamenta la solicitud de retirada de la terraza en su negativa a autorizar la ocupación solicitada y concedida provisionalmente. Considera que la autorización de ocupación provisional concedida por Resolución de la Alcaldía de 6 de mayo de 2019 no se ajusta a la Ordenanza reguladora de la tasa por ocupación de dominio público con mesas, barricas, toldos, marquesinas y elementos análogos con finalidad lucrativa, aprobada definitivamente por el Pleno del Ayuntamiento de Cangas del Narcea el 28 de diciembre de 2015 y publicada en *el Boletín Oficial del Principado de*

Asturias de 14 de enero de 2016, toda vez que la solicitud para la instalación de la terraza carece de autorización por su parte, tal y como se establece en el artículo 8.2 de la citada Ordenanza, a tenor del cual la correspondiente solicitud ha de contener “autorización de la propiedad de predios colindantes cuando la ocupación solicitada exceda de la correspondiente a la fachada del solicitante”.

3. A la vista de ello, el Alcalde del Ayuntamiento de Cangas del Narcea dicta Providencia el 14 de junio de 2019 en la que dispone que “se proceda a revisar la Resolución de fecha 6 de mayo de 2019 y, en caso de existir algún error, se proceda a su modificación”.

Con fecha 20 de junio de 2019, el Alcalde del Ayuntamiento de Cangas del Narcea dicta resolución por la que se ordena el inicio del expediente de revisión de oficio de la Resolución cuestionada, solicitando informe de los Servicios Jurídicos Municipales con respecto al procedimiento a seguir y al fondo del asunto, a la vez que ordena dar traslado de la misma a los interesados.

Consta acreditado en el expediente que el 26 de junio de 2019 acusan recibo de la notificación tanto la solicitante de la terraza como la denunciante.

4. El día 1 de julio de 2019, se recibe en el registro municipal una certificación del Secretario Accidental del Consejo del Patrimonio Cultural de Asturias que contiene el dictamen emitido por la Permanente de este órgano en sesión celebrada el 27 de junio de 2019, conforme al cual se “informa favorablemente la instalación de la terraza”, con las condiciones que se detallan.

5. Atendiendo al requerimiento efectuado por la Alcaldía del Ayuntamiento de Cangas del Narcea, el día 5 de julio de 2019 la Letrada Consistorial emite un informe sobre el procedimiento de revisión de oficio. En él, tras exponer los antecedentes del caso y las reglas procedimentales de aplicación, razona en cuanto al fondo de la cuestión que se plantea que “la Resolución de la Alcaldía sobre la que se inicia la revisión de oficio concede la ‘ocupación provisional’ de

la vía pública. Ni el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales ni la Ley de Patrimonio de Administraciones Públicas ni la Ordenanza municipal correspondiente recogen la concesión o autorización para la ocupación de un bien de dominio público con carácter provisional. Tampoco la propia Resolución prevé el motivo de dicha provisionalidad, si bien, y atendiendo tanto a la documentación obrante en el expediente como al escrito presentado en fecha 23 de mayo de 2019 (...), puede deducirse que se debe a la solicitud de la autorización a la Consejería competente en materia de patrimonio y al haberse dictado el acto administrativo sin haberse recabado dicha autorización, la cual, tal y como establece la Ley del Principado 1/2001 del Patrimonio Cultural de Asturias y recoge la sentencia referida, es preceptiva para la autorización municipal de ocupación de vía pública, lo que haría que nos encontrásemos ante el supuesto e) del artículo 47 de la Ley 39/2015 (...). En el citado escrito (el representante de la denunciante) refiere igualmente que, de conformidad a lo previsto en el artículo 8.2 de la Ordenanza Fiscal número 32 reguladora de la tasa por ocupación de dominio público con mesas, barricas, toldos, marquesinas y elementos análogos con finalidad lucrativa, su representada, propietaria del comercio (que identifica), no ha autorizado la colocación de la terraza (...). A la vista de los hechos y de la documentación obrante en el expediente (...), debe continuarse con la tramitación del expediente de revisión de oficio según la legislación vigente citada, poniendo el mismo a disposición de los interesados y otorgándoles trámite de audiencia, si perjuicio de que el órgano competente para su resolución acuerde cualquier otra medida o actuación al respecto”.

6. Con la misma fecha, el Alcalde del Ayuntamiento de Cangas del Narcea dicta Resolución por la que se dispone la apertura del trámite de la audiencia, lo que se notifica tanto a la solicitante de la terraza como a la denunciante el 8 de julio de 2019.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de julio de 2019, esa Alcaldía solicita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de la Resolución de la Alcaldía de 6 de mayo de 2019, dictada en el expediente núm., adjuntando a tal fin una copia autenticada del mismo.

Con fecha 23 de agosto de 2019, la Alcaldía del Ayuntamiento de Cangas del Narcea remite a este Consejo un escrito en el que indica que, “debido a error de carácter involuntario, no fue remitido con el expediente (el) escrito de alegaciones” de la denunciante, que se adjunta ahora. En él el representante de aquella afirma que el “expediente de revisión de oficio de la Resolución de (la) Alcaldía de (...) 6 de mayo de 2019 en principio no presentaría ninguna particularidad reseñable, salvo la de tratarse de un burdo paripé administrativo para tratar de ocultar el absoluto nepotismo que subyace bajo el mismo”.

Tras poner de manifiesto la exigencia establecida en el artículo 8 de la Ordenanza Fiscal n.º 32, relativa a la necesidad de recabar la “autorización de la propiedad de predios colindantes cuando la ocupación solicitada exceda de la correspondiente a la fachada del solicitante”, repasa las incidencias producidas en el año 2018 que culminaron con el otorgamiento de la licencia -mediante Resolución del Concejal de Desarrollo Local, Turismo, Festejos y Medio Ambiente de 18 de mayo de 2018- para la instalación de la terraza, que implicaba la colocación de la misma tanto en la parte norte de la calle, en colindancia con el edificio donde se ubica el bar, como en la acera sur, en colindancia con el edificio propiedad de su representada, y ello a pesar de “la expresa oposición” de la misma. Reseña que interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la ocupación del año anterior, fue resuelto “por Sentencia (...) de 15 de abril de 2019 declarando la nulidad radical de aquella”. Tras mostrar su sorpresa porque “en dicho proceso judicial no compareció (la solicitante de la terraza), pese a ser la beneficiaria de la licencia impugnada, haciéndolo sin embargo ese Ayuntamiento”, señala que dicha sentencia “fue notificada a las partes el día 16 de abril de 2019 y hoy es firme y definitiva a todos los efectos legales”.

Sostiene, a la vista de la sentencia referida a la instalación de la terraza durante la temporada de verano del año 2018, que “para poder instalarse válidamente la terraza sur la licencia municipal autorizándola solo podrá ser solicitada con posterioridad a la concesión de la autorización expresa por parte de la Consejería de Educación y Cultura, sin que pueda otorgarse si dicha autorización no consta en el expediente”.

Por lo que se refiere al año 2019 indica que, “pese a los antecedentes expuestos, y sin que conste la emisión de informe alguno por parte de los servicios jurídicos municipales, por Resolución de la Alcaldía de fecha 6 de mayo de 2019, es decir, casi un mes después de recibirse en ese Ayuntamiento la mencionada sentencia, se concedió a la (solicitante) licencia de temporada (desde el 1 de mayo hasta el 30 de septiembre) autorizando nuevamente la instalación de ambas terrazas bajo la modalidad de ‘licencia provisional’, a expensas de recibirse la citada autorización expresa de la Consejería de Educación y Cultura; subterfugio este manifiestamente ilegal que ha permitido un año más la instalación de la terraza sur como si aquí no hubiese pasado nada (...). Esta anómala situación fue denunciada ante ese Ayuntamiento (...) mediante escrito presentado (...) el pasado día 23 de mayo (...) sin que, pese a la gravedad del caso, el mismo haya tenido respuesta alguna, de suerte que la terraza sur sigue instalada (...) y sin la preceptiva e inexcusable previa autorización expresa de la Consejería de Educación y Cultura del Principado, pese a tener clara constancia de la necesidad de tener que cumplir ambos requisitos (...). Resumiendo (...), con el subterfugio ilegal de la ‘licencia provisional’ y la posterior incoación del expediente para su revisión de oficio (con solicitud de informe jurídico -ahora sí-, preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, etc., etc., y sin haberse acordado la suspensión de la ejecución del acto) la Alcaldía de ese Ayuntamiento se ha salido con la suya (...) permitiendo que la terraza sur siga instalada durante toda la temporada para la que se concedió la licencia y sin tener en cuenta la expresa oposición a la misma” por parte de la denunciante.

Finaliza solicitando que se dicte “resolución ordenando la inmediata retirada de la terraza de mesas, sillas y sombrillas instalada en la acera sur de la calle”.

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 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 Cangas del Narcea, 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 V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Cangas del Narcea se halla debidamente legitimado, toda vez que a él pertenece el órgano que ha dictado el 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 en el procedimiento ninguno de los límites señalados.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que este 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.

Al respecto debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio. La LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al “órgano competente”. Por ello, y 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 (en adelante ROF), 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 previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la LRBRL, “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”. En el supuesto examinado se pretende declarar la nulidad de una ocupación provisional de la vía pública mediante la instalación en la misma de la terraza de un

establecimiento hostelero concedida mediante Resolución de la Alcaldía, por lo que es claro que corresponde a este mismo órgano la facultad de revisar de oficio dicho acto.

Procede examinar a continuación si en el presente caso se han cumplido los trámites esenciales del procedimiento; es decir, si existe un acuerdo de inicio, se ha dado audiencia y vista del expediente a las interesadas y se ha elaborado una propuesta de resolución formulada por el órgano instructor que dé adecuada satisfacción a la obligación legal de motivación, impuesta a los actos que pongan fin a este tipo de procedimientos por el artículo 35.1.b) de la LPAC.

Por lo que se refiere al contenido del acto de iniciación del procedimiento -la Resolución de 20 de junio de 2019 del Alcalde del Ayuntamiento de Cangas del Narcea-, una atenta lectura del mismo permite constatar que, al margen de la referencia genérica que se hace en el párrafo que precede a su parte resolutoria a los artículos 106 y 47.1 de la LPAC, nada se indica en él acerca de la posible causa o causas de nulidad radical de las recogidas en este último precepto de las que pudiera adolecer el acto objeto de revisión y que serviría de justificación para la apertura de este procedimiento de revisión de oficio. Ello constituye una grave irregularidad, toda vez que esta absoluta falta de concreción de la posible causa de nulidad radical en el inicio del procedimiento de revisión de oficio condiciona en gran medida todo el debate e instrucción posterior.

Se advierte igualmente que el Ayuntamiento pudo revisar el acto con ocasión del escrito inicial de la reclamante y que habiéndose iniciado, no obstante, una revisión de oficio, de conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la LPAC, y a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso con relación a la ocupación del año anterior y a las alegaciones de la colindante, la entidad local pudo acordar la suspensión de la ocupación “provisional” de la vía pública.

Asimismo, se aprecia que en el curso de la tramitación no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a las interesadas, en los términos de

lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Finalmente, nos encontramos con que tampoco figura entre la documentación remitida la indispensable propuesta de resolución formulada por el órgano instructor que dé adecuada satisfacción a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos por el artículo 35.1.b) de la LPAC.

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.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE CANGAS DEL NARCEA.