

Dictamen Núm. 205/2020

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 10 de septiembre de 2020, 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 15 de julio de 2020 -registrada de entrada el mismo día-, examina el expediente de revisión de oficio, incoado a instancia de parte, de la presunta nulidad de pleno derecho de una resolución por la que se autoriza la instalación de dos portillas en un camino público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de marzo de 2020, se presenta en el registro del Ayuntamiento de Cabranes un escrito por el que se interpone recurso de reposición frente a la Resolución del Alcalde de 10 de noviembre de 2019, por la que se autoriza en precario el uso común especial de un camino público mediante la instalación de dos portillas de “fácil apertura”, en cuanto resulte compatible con el “prioritario” uso peatonal, y se concede licencia de obras para su colocación. En él escrito se reseña que “en caso de estimarse que no se debe tramitar este escrito como

recurso de reposición el mismo deberá ser tenido y tramitado como solicitud de revisión de oficio”.

El interesado aduce que “ha conocido hace unos días la existencia de este expediente y la resolución dictada en el mismo, la cual adolece de numerosas causas de nulidad de pleno derecho en las que luego se entrará, amén de haberse dictado prescindiéndose a sabiendas de lo dispuesto en precedentes expedientes y resoluciones municipales sobre el mismo objeto”, y afirma tener “un claro interés directo en el presente expediente, que afecta a bienes de dominio público sobre los que también existen sucesivas resoluciones judiciales firmes dictadas en los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y civil en las que hemos intervenido como coadyuvantes de la Administración”.

Articula la “vulneración del derecho de audiencia y a intervenir en el expediente” por el que se concedió la autorización y la licencia, a lo que anuda “la consecuencia señalada en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015”.

Añade que la resolución impugnada “es contradictoria con otras Resoluciones previas de (la) Alcaldía” que identifica, y en las que se declara ilegalizable la obra consistente en la colocación de las mismas portillas, que se habría ejecutado sin licencia.

Esgrime también la nulidad de pleno derecho por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido, indicando que “la autorización se concede con carácter indefinido cuando legalmente es inexcusable (...) acudir a los trámites de la concesión administrativa”.

Asimismo, invoca como causa de nulidad de pleno derecho que la resolución impugnada conlleva un cambio de uso del vial público, lo cual no es legalmente posible mediante una mera “autorización”. Al respecto reseña -también como causa de nulidad de pleno derecho- “la falta de competencia del órgano que dicta la Resolución”, pues no reside en el Alcalde sino en el Pleno de la Corporación Local.

Igualmente aduce que “se concede licencia de obras sin seguirse los trámites legales para ello”, ya que “dejando ahora de lado que la licencia para

la instalación de las portillas (...) ya fue denegada por Resolución de fecha 20 de abril de 2015, y que fue decretada la demolición de las mismas por Resolución de 10 de diciembre de 2018”, faltan los preceptivos informes técnicos y jurídicos de los servicios correspondientes, añadiendo que el “Arquitecto Municipal ya informó por dos veces que las obras a las que aquí se concede licencia son ilegales e ilegalizables”, y también emitió informe en el primigenio expediente de licencia.

Finalmente, reitera la existencia de un “precedente expediente de disciplina urbanística amparado en dos sentencias judiciales firmes (que) ha sido dejado sin tramitar (...) para, pocos meses después y del modo más rápido, expeditivo e irregular, concederse una autorización *sine die* a quien desde un primer momento actuó al margen de la ley y mediante la sucesiva comisión de toda una sarta de hechos consumados sin licencia ni autorización”.

Pone de manifiesto que “se autoriza el cerramiento para el tránsito de ganado, pero ello no es cierto, en tanto que se trata únicamente de que la beneficiada emplee el vial público como si de parte de sus fincas se tratara, ya que los animales van a campar libre y de modo permanente sobre el dominio público. En cualquier caso, se trata de un argumento que ya fue planteado en sede judicial y desestimado (...). Por otro lado, la autorización para uso indefinido no garantiza la seguridad de los transeúntes, que habrán de pasar entre el ganado, perros, ovejas, gansos, etc. que la vecina actuante deja al albur en la zona pública (...). En definitiva, estamos ante un uso ganadero privado del terreno público que es absolutamente incompatible con el tránsito de los vecinos”, reseñando que la primera de las sentencias que refiere data de febrero de 2017.

2. Durante la instrucción se incorporan al expediente los particulares relativos a la resolución impugnada, por la que se concede la autorización y la licencia a solicitud de la interesada, que aduce como finalidad que el ganado no se escape de sus fincas, y a la vista del informe de Secretaría, en el que se razona que se trataría de un uso común especial que no limita el tránsito peatonal,

procede su concesión en precario, de modo que en el “caso de que finalmente resulte imposible compatibilizar el uso ganadero con el prioritario peatonal el Ayuntamiento podrá prohibir el cerramiento, sin que la solicitante tenga derecho a indemnización alguna”.

3. Mediante providencia de 8 de junio de 2020, el Alcalde del Ayuntamiento de Cabranes dispone que “se emita informe jurídico en relación con la solicitud presentada”, y que se conceda “un plazo de diez días hábiles como trámite de audiencia” a la autorizada para instalar las portillas por la resolución impugnada.

4. Con fecha 8 de junio de 2020, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Cabranes comunica a la autorizada para instalar las portillas que “el Ayuntamiento de Cabranes tiene previsto iniciar los trámites para estudiar una posible declaración de nulidad de la resolución de fecha 10 de noviembre de 2019 (...). Dado que el citado procedimiento exige el previo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, y de acuerdo a lo señalado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (...), se le concede un plazo de diez días hábiles (...) para que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes”.

5. El día 13 de julio de 2020, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Cabranes certifica que, transcurrido el plazo concedido para ello, no se han presentado alegaciones.

6. Con fecha 13 de julio de 2020, el Secretario-Interventor libra un informe-propuesta en el que expone que “el primer motivo en el que se basa la reclamación (...) es la vulneración del derecho de audiencia y a intervenir en el expediente. Se señala que afectándose al dominio público no se ha dado audiencia a personas interesadas, que lo fueron en sendos juicios, civil y contencioso-administrativo, y que manifestaron en los citados juicios que el

camino no era únicamente de tránsito peatonal, sino también mediante vehículos agrícolas y de tracción animal y a motor desde tiempo inmemorial. Se indica que se trata de un vial cuyo uso no puede alterarse sin (...) audiencia de los vecinos afectados”, y comparte tales argumentos puesto que “no se trataría de un simple uso común especial de un espacio público regulado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, como se califica erróneamente en el expediente, sino de la alteración del uso de un camino, es decir, de una vía pública”. Explicita que la regulación de los usos de las vías urbanas -entendidas estas de modo amplio como vías públicas situadas dentro del poblado, a excepción de las travesías- es una competencia que debe ejercitarse mediante ordenanza municipal, “que no solo exige, como bien se señala en el escrito, un trámite de información pública para que todos los vecinos afectados puedan mostrar su parecer sino que además hace que la competencia pase de residir en la Alcaldía a corresponder al Pleno del Ayuntamiento, todo ello de acuerdo a lo señalado en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”.

Afirma que “dado que, derivado del error en la calificación jurídica del procedimiento administrativo, ni el procedimiento seguido ha sido el correcto, obviando un trámite tan esencial como la información pública propia de las ordenanzas municipales, ni el órgano que dictó el acto era el competente, se puede concluir que la resolución de fecha 11 de noviembre de 2019 es nula de pleno derecho, de acuerdo a lo señalado en el artículo 47.1, letra e), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (...). No parece que sea necesario un estudio en profundidad del resto de los motivos de nulidad esgrimidos en el escrito, porque solo el primero parece justificar tal declaración”. Añade que procede solicitar dictamen al Consejo Consultivo.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de julio de 2020, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita

dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio, incoado a instancia de parte, de la presunta nulidad de pleno derecho de la Resolución de la Alcaldía el Ayuntamiento de Cabranes, de 10 de noviembre de 2019, por la que se autoriza la instalación de dos portillas en un camino público, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente núm. a través de la Oficina de Registro Virtual.

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 l), 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 Cabranes, 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 Cabranes se halla debidamente legitimado en cuanto autor de los actos cuya declaración de nulidad es objeto del procedimiento de revisión de oficio incoado.

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"; ello sin perjuicio de la eventual aplicación de los límites que establece el artículo 110 de la LPAC.

En el supuesto que nos ocupa el promotor del procedimiento interesa la impugnación ordinaria (reposición), y subsidiariamente la revisión de oficio, y el Ayuntamiento encauza adecuadamente su pretensión por esta última vía, dado que la resolución atacada no se recurre en plazo y se invocan causas de nulidad radical, sin que nada opongan al respecto los interesados. No obstante, procede que en la resolución que se dicte se expliciten las circunstancias por las que la impugnación se tramita como revisión de oficio, en cuanto que ello comporta la inadmisión a trámite de la pretensión principal (reposición), que merece un pronunciamiento expreso.

CUARTA.- Con relación a 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.

En tal sentido, debemos comenzar por examinar la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, teniendo en cuenta que la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a efectuar una referencia al "órgano competente", por lo que hemos de acudir, al tratarse de una entidad local, al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y a su normativa de desarrollo; en concreto, al artículo 218.1 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 previsiones 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”. En el caso analizado, el acto sometido a revisión de oficio fue adoptado por la Alcaldía del Ayuntamiento de Cabranes, pero no podemos obviar que la licencia “para la instalación de dos portillas” que cierran un camino público, aunque se otorgue a precario, comporta una alteración de usos de ese espacio público reservada al Pleno de la Corporación, ya que estando afectado un vial abierto al tránsito de personas, animales y maquinaria no cabe sustraer al Pleno del Ayuntamiento su competencia para disciplinar o alterar los usos. En suma, se estima que es el Pleno de la Corporación el que debe dictar la resolución que ponga término a esta revisión de oficio.

Respecto a la instrucción del procedimiento, comprobamos que no se ha dado debido cumplimiento a todos sus trámites. Así, se ha omitido la preceptiva comunicación al interesado de la fecha de recepción de su solicitud, el plazo máximo legalmente establecido para resolverlo y los efectos del silencio administrativo. Tampoco se libra con el promotor de la revisión el oportuno trámite de audiencia, si bien se constata que el Ayuntamiento asume sus consideraciones -de hecho y de derecho- y propone resolver conforme a sus pretensiones sin introducir elementos nuevos. Al mismo tiempo, se advierte la existencia de otros interesados distintos del promotor de la revisión y de la persona beneficiada por la autorización, que se personaron en anteriores procedimientos como “coadyuvantes” y pueden tener interés en la revisión de un acto que se muestra contrario a las resoluciones judiciales recaídas en aquellos pleitos, por lo que hubiera procedido el oportuno traslado.

Finalmente, en cuanto al plazo para resolver, el artículo 106.5 de la LPAC establece que “Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo”. En el caso que nos ocupa, iniciado el procedimiento a instancia de parte el 4 de marzo de 2020, dicho plazo aún no ha finalizado, considerando

la suspensión que opera en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus prórrogas; reanudándose el cómputo el 1 de junio de 2020 conforme a lo establecido en el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el Estado de Alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

QUINTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, debemos comenzar por señalar que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC, constituye un procedimiento excepcional. Este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio al poder, por sí misma, ya sea por propia iniciativa o a instancia del interesado, sin intervención judicial, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad. En consonancia con el sentido excepcional de esta potestad de autotutela, la interpretación de los supuestos objeto de revisión de oficio, establecidos en el artículo 47.1 de la LPAC, debe ser restrictiva, pues 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 asunto examinado nos enfrentamos a la impugnación de una resolución que autoriza la colocación -en precario- de un cierre en un camino público, y que la Alcaldía dicta sin el preceptivo informe técnico y contrariando incluso los antecedentes que obran en el Consistorio. En efecto, en el informe librado por el Secretario-Interventor se asume que la licencia otorgada afecta a bienes de dominio público incidiendo en los usos de un camino, sin que se haya dado audiencia a las personas interesadas, y que la alteración del uso público del camino requería además de una ordenanza municipal aprobada por el Pleno del Ayuntamiento, por lo que la resolución atacada se dictó por un órgano incompetente y prescindiendo de las normas procedimentales de aplicación.

Ciertamente, la autorización impugnada se otorga "a precario", constando expresamente en las actuaciones que en el "caso de que finalmente

resulte imposible compatibilizar el uso ganadero con el prioritario peatonal el Ayuntamiento podrá prohibir el cerramiento, sin que la solicitante tenga derecho a indemnización alguna". De esta circunstancia se deriva que la autorización es revocable en cualquier momento sin compensación, máxime en cuanto se constata que el uso prioritario afectado no es estrictamente peatonal, sino también "de vehículos agrícolas y de tracción animal y a motor desde tiempo inmemorial", tal como se recoge en el informe del Secretario-Interventor municipal. Pero el hecho de que el título habilitante haya sido concedido en precario no impide su revisión en este caso por concurrir vicios originarios de nulidad.

En efecto, entre las causas de nulidad invocadas acoge expresamente el Ayuntamiento la establecida en el apartado e) del artículo 47.1 de la LPAC, conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido"; causa de nulidad en la que incurre la resolución atacada. Como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictamen Núm. 307/2016), la causa de nulidad a que se refiere el artículo 47.1, letra e), de la LPAC comprende diversos supuestos: a) ausencia total de trámites o vía de hecho, b) elaboración del acto siguiendo un procedimiento distinto del que corresponde o c) vulneración de trámites esenciales. En el caso planteado concurren estos dos últimos supuestos. Tal como reconoce el Secretario-Interventor municipal en su informe, una errónea calificación jurídica del fondo solicitado condujo a la concesión de la autorización como si se tratara de un mero uso común especial del dominio público cuando realmente se trataba de la alteración del uso de un camino público, que comporta a su vez una competencia plenaria y una singular exigencia de audiencia a los afectados en el procedimiento. Tampoco puede orillarse que en la misma resolución impugnada se concede la licencia de obras sin el preceptivo informe técnico, aunque de la lectura de la resolución se desprende que esa licencia se subordina a la autorización demanial en precario, por lo que la anulación de esta ya enerva la virtualidad de aquella.

Como manifestamos en el Dictamen Núm. 139/2018, "tratándose de la

causa contenida en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC, ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con determinados vicios que afectan al contenido del acto, los cuales encajan inequívocamente en uno de los dos grados de invalidez (nulidad de pleno derecho o anulabilidad), las infracciones del procedimiento no se encuentran integradas de antemano en uno u otro grado de invalidez, sino que son susceptibles de ser consideradas en una u otra categoría o de constituir incluso una simple irregularidad no invalidante en función de su gravedad”, y “la apreciación de la nulidad absoluta se reserva para aquellos casos en que el procedimiento se ha violentado de modo flagrante o se ha producido alguna anomalía sustancial en la tramitación, `envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio con irremediables efectos sobre el acto administrativo final´, según viene afirmando reiteradamente el Consejo de Estado (entre otros, Dictamen Núm. 1950/2004). Por ello, la eventual concurrencia de esta causa de nulidad no debe examinarse desde una perspectiva formalista, sino desde una óptica sustantiva en la que lo decisivo no es tanto la ausencia de uno o varios trámites como que no se hayan respetado los principios que informan el procedimiento y cuya omisión determinaría, tal y como también señaló el alto órgano consultivo en el Dictamen Núm. 279/2000, de 16 de marzo, una `irregular e impropia formación de la voluntad administrativa que constituye el sustrato material de dicho acto aprobatorio´”. En este sentido, el Tribunal Supremo ha confirmado el encaje en dicho supuesto de nulidad de los casos en los que se acude a un procedimiento distinto al establecido para el fin de que se trate, pues la valoración de la gravedad del defecto procedimental ha de realizarse observando el debido equilibrio entre el principio de eficacia y el papel garantizador que el procedimiento ha de cumplir para los ciudadanos (por todas, Sentencia de 24 de enero de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:294-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En el caso examinado, a esa alteración de cauce procedimental preceptivo se adiciona la entidad de la omisión que se denuncia, pues habiéndose sustraído el régimen de usos del camino a la audiencia de los

ciudadanos directamente afectados debe concluirse que se forma una voluntad administrativa viciada, con quiebra del papel garantizador del procedimiento. En definitiva, se estima que la infracción procedimental cometida encierra un defecto de nulidad radical.

Advertido ese vicio, apreciado tanto por el promotor de la revisión como por el Ayuntamiento, no es necesario ya indagar en otros, si bien de lo actuado se deduce que, a consecuencia del vicio procedimental, la resolución impugnada se dictó por un órgano incompetente -más o menos manifiestamente-, y que además existe alguna sentencia judicial firme cuyo fallo podría verse contrariado por la instalación que se autoriza, todo lo cual reafirma la procedencia de la revisión de oficio y nulidad del acto impugnado.

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 de Cabranes de 10 de noviembre de 2019, por la que se concede una autorización para la instalación de dos portillas para el cierre de un camino.”

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 CABRANES.