



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 5 0 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 15 de octubre de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del Expediente de Calificación Territorial número 402/2007, promovido a instancia del Ayuntamiento de San Juan de La Rambla, para la ejecución del Proyecto denominado "Restauración del Molino Pico de La Grieta y Acondicionamiento de Exteriores" (EXP. 736/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El 27 de septiembre de 2010 tuvo entrada en este Organismo escrito de un Jefe de Servicio del Cabildo Insular de Tenerife, con registro de salida el día 24 de ese mes y año, por el que se comunicaba que el Presidente de dicho Cabildo Insular había dictado el 21 de septiembre de 2010 Decreto sobre expediente de revisión del "expediente de calificación territorial nº 402/2007", promovido a instancia del Ayuntamiento de San Juan de La Rambla para la ejecución del Proyecto denominado "Restauración del Molino Pico de La Grieta y Acondicionamiento de Exteriores".

Así, tras recoger Resultandos, exponiendo la eventual causa de nulidad del acto administrativo sometido a revisión y el acuerdo de inicio del procedimiento revisor, y Considerandos, relativos tanto a la previsión y ejercicio de la facultad revisora de la Administración Local, como la preceptividad de la solicitud de Dictamen del Consejo Consultivo y la legitimidad del Presidente del Cabildo para recabarlo, se dispone "requerir" a este Organismo para que emita tal Dictamen "preceptivo" acerca de "la legalidad de la actuación" en el procedimiento tramitado y en relación con el acuerdo del Consejo de Gobierno Insular, adoptado en sesión de 15 de diciembre de 2008, otorgando la calificación territorial de referencia, así como ordenar la remisión

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

del “requerimiento” al Consejo Consultivo junto con la completa documentación que conforma el expediente del acto sujeto a revisión y del expediente “sujeto a revisión”.

Y, en efecto, se remite la documentación antes indicada, correspondiente a los expedientes relativos al procedimiento revisor tramitado, y no por cierto de un supuesto “expediente sujeto a revisión”, y el procedimiento de producción del acto administrativo sujeto a dicha revisión, el Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de otorgamiento de la calificación territorial de referencia a los fines antes indicados. En particular, constan los siguientes documentos:

Informe emitido con ocasión de la sesión del antedicho Consejo de Gobierno de 21 de junio de 2010, Área de Turismo y Planificación, en relación con la revisión de oficio en cuestión. En él se recogen los vicios eventualmente cometidos (ausencia del Informe del órgano competente del espacio natural protegido afectado y de declaración de impacto ecológico) y los fundamentos para tal revisión, así como la declaración de nulidad subsiguiente y la preceptividad de la solicitud de Dictamen previo o la legitimación para efectuarla [arts. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); 102.1 de ésta; y 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo].

Y, en efecto, vistas todas estas “consideraciones”, el mencionado órgano del Cabildo adoptó el Acuerdo de iniciar el procedimiento revisor por nulidad de pleno derecho del Acuerdo ya señalado.

Además, se emitió previamente al respecto, el 8 de junio de 2010, Informe del Servicio de Planeamiento que sirve de base al antes comentado y, por ende, al Acuerdo de inicio citado, reiterándolo ambos en puridad.

Notificación remitida por el Servicio actuante al Ayuntamiento de San Juan de La Rambla, el principal interesado en este procedimiento, comunicándole este Acuerdo, con registro de salida 2 de julio de 2010, reiterado sin conocerse la causa el 7 de julio de 2010. También se hace constar que, acuerdo con lo dispuesto en el art. 44 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, contra el Acto notificado se podrá interponer recurso de esta índole ante el Juzgado competente en el plazo de dos meses a partir del día de notificación, considerando que cierra la vía administrativa y olvidando que, en tal caso cabría también potestativamente el recurso administrativo de reposición a interponer antes ante el propio Consejo de Gobierno Insular.

Notificación igualmente al indicado Ayuntamiento, con el mismo registro de salida, pero con supuesta producción del escrito correspondiente varios días después del anterior (el 5 de julio de 2010 ahora y el 22 de junio de 2010 antes), por la que, un tanto incongruentemente en relación con la anterior, se efectúa idéntica comunicación pero a los fines del trámite de vista y audiencia, señalándose, con evidente error de redacción, que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 84 LRJAP-PAC, se concede un plazo de quince días, a contar desde la recepción de la notificación, para que presente las alegaciones, documentos y justificaciones que estime oportunas.

No consta, sin embargo, que el Ayuntamiento recibiera estas notificaciones o, de hacerlo hecho, que se personara en el trámite y, en su caso, alegara o presentara documentación al respecto.

Informe-Propuesta del Servicio, con intervención de la Consejera con delegación especial en Planificación y, por tanto, asumiendo la responsabilidad al efecto, en el que se vuelven a reiterar los antecedentes del asunto, incluyendo el Acuerdo de inicio de la revisión.

Sin embargo, no recoge expresamente las causas de nulidad alegadas, con cita de los preceptos de aplicación y la justificación de su incidencia, como se hace por el contrario en los Informes precedentes, sin hacerse referencia a éstos siquiera, ni alusión alguna al trámite de audiencia antedicho, con contestación en su caso a las alegaciones del interesado y sin contener en su resuelto, asimismo, la correspondiente declaración de nulidad.

Así, pese lo previsto en el art. 89 LRJAP-PAC, esta eventual Propuesta resolutoria del procedimiento revisor se limita a proponerle al Presidente del Cabildo, que no es el órgano competente para resolver la revisión de acuerdo con la norma aplicable de la vigente Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que "requiera" a este Organismo la emisión de Dictamen sobre la "legalidad de la actuación" en este procedimiento.

Lo que, con idénticos defectos que los expuestos, se hace por el Presidente, en los términos expresados al comienzo del Dictamen.

II

1. Desde luego, es preceptiva la solicitud de Dictamen previo en caso de revisión de oficio, cabiendo entender que, aunque singularmente, se está llevando a cabo la

misma mediante el Decreto del Presidente del Cabildo, sin perjuicio de lo que enseguida se dirá al respecto y de lo ya apuntado sobre el objeto del Dictamen, la Propuesta resolutoria del procedimiento revisor en su necesario contenido.

Por lo demás, los preceptos aplicables al efecto son, ciertamente, el art. 102 LRJAP-PAC y los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la citada Ley 5/2002, advirtiéndose que el Dictamen ha de ser favorable; es decir, ha de considerar conforme a Derecho la Propuesta resolutoria del procedimiento jurídicamente adecuado, por ser aplicable al caso la causa o causas de nulidad esgrimida por la Administración, aquí la recogida en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC y estando justificado apropiadamente que el acto afectado incurre en ella. Así, de lo contrario, su efecto es obstativo a que se dicte la declaración de nulidad pretendida, no pudiéndose efectuar ésta y debiéndose resolver en este sentido.

2. En todo caso, sin perjuicio de que la solicitud de Dictamen, pese a la forma en que se ha producido, se ha admitido a trámite de acción consultiva en cuanto que formalmente se produce y se refiere a una supuesta resolución del procedimiento, esta actuación no es correcta y adolece de diversos defectos, ya apuntados y que ahora se detallarán.

Así, en primer lugar se observa que propiamente no cabe requerir al Consejo Consultivo la emisión de un Dictamen, no siendo correcto, técnicamente cuando menos, el uso del término "requerimiento", en este contexto y al fin del que se trata. En efecto, no solo es inexistente relación alguna de jerarquía o dependencia, orgánica o aun funcional, entre este Organismo y el Cabildo Insular, sino que es la Administración Local la obligada a solicitar el Dictamen, siendo preceptiva u obligatoria su solicitud sobre la actuación que proyecta so pena de la invalidez de ésta de no producirse, debiendo someterse dicha Administración al control previo de juridicidad en que consiste la función consultiva y realiza un Organismo externo a ella.

Lo que no empece el que, en general y no siendo este el caso por cierto, en cuanto puede ser obstativo como se indicó, el Dictamen no sea "vinculante" y que este Organismo deba emitirlo. Pero, de no hacerlo o evacuarlo fuera de plazo, tan solo se genera el efecto de considerarse cumplida la acción consultiva, salvo justamente en el supuesto que nos ocupa en el que se entenderá desfavorable, con lo que esto comporta. Todo ello, sin perjuicio de que este Organismo deba motivar la no emisión al órgano solicitante o de que éste devuelva el Dictamen intempestivamente emitido (art. 20.1 y 2 de la citada Ley 5/2002).

Por otra parte, la solicitud del Dictamen se ha producido incorrectamente, aunque en efecto deba efectuarla el Presidente del Cabildo (art. 12.3 de la citada Ley 5/2002), pues ha de producirse precisamente según dispone el art. 50.1 y 2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 181/2005, de 26 de julio; es decir, mediante escrito que dirigirá el órgano legalmente legitimado al efecto, el antedicho, al Presidente de este Organismo, concretando la finalidad de la Consulta, que ha de ser la emisión del Dictamen en el supuesto del que se trate y en relación con la Propuesta resolutoria del procedimiento tramitado, aquí revisor [art. 11.1.D.b) de la citada Ley 5/2002], con acompañamiento al escrito de copia completa del correspondiente expediente o expedientes afectados.

Esta previsión no se ha cumplido debidamente tanto formal, como materialmente. Así, no solo no hay escrito, como tal, dirigido por el Presidente del Cabildo al del Consejo Consultivo, sino que el Decreto de aquél, que lo sustituye, recoge unos fundamentos más propios de una Propuesta resolutoria del procedimiento, impertinentes para justificar la solicitud de Dictamen y dirigidos, aunque insuficientemente, a fundar la actuación efectuada y la declaración pretendida. En todo caso, la Presidencia del Cabildo no es el órgano instructor del procedimiento, sin haber que asuma tales fundamentos o argumentos que se recogen en el Informe-Propuesta que se le presenta por el Servicio actuante.

Esta última circunstancia conduce a advertir, recordando lo antes expuesto sobre el particular, que la Propuesta de Resolución del procedimiento revisor tramitado no está formulada debidamente. Así, ha de tener el contenido previsto en el art. 89 LRJAP-PAC, en especial aquellos elementos que se han indicado en el punto precedente, en especial el trámite de vista y audiencia.

Por tanto, aparte de complementar debidamente su fundamento y justificación, máxime de haberse producido alegaciones en el trámite antedicho, ha de culminarse, no con un supuesto requerimiento a este Organismo para que dictamine, y además esta propia Propuesta, sino con un resuelto referente a la declaración de nulidad pretendida, incluyendo también un apropiado pie de recursos.

Asimismo, también se adelantó la aparente incongruencia que supone notificar al Ayuntamiento afectado, procediendo sin duda como interesado en el procedimiento revisor, el Acuerdo de inicio del mismo tanto a los efectos del trámite de vista y audiencia, pero también en orden a que recurra, al propio tiempo y si lo considera

procedente, tal Acuerdo, que se entiende recurrible al cerrar supuestamente la vía administrativa.

Pues bien, el Acto por el que se inicia un procedimiento, incluso el revisor, con forma de Acuerdo o Resolución es efectivamente la decisión administrativa de tramitarlo. Pero no, como es obvio, la de terminarlo, máxime cuando antes de que esto ocurra han de efectuarse diversos trámites, concretamente la aludida vista y audiencia al interesado y también la formulación de la Propuesta de Resolución, debidamente producida según se expuso, y la solicitud de Dictamen sobre ella.

Por tanto, la Resolución o Acuerdo de inicio no pone fin a la vía administrativa, sino que la inicia, no siendo luego dicho acto encuadrable en la relación de Actos que sí lo hacen, recogida en el art. 109 LRJAP-PAC. En consecuencia, no es recurrible directamente en vía contencioso-administrativa, ni tampoco puede ser objeto de un recurso potestativo de reposición de carácter administrativo e interponible previamente al anterior. Y ni siquiera cabe interponer contra él un recurso de alzada porque el Acto en cuestión no decide el fondo del asunto, no determina la imposibilidad de continuar la revisión y no produce, per se, indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

III

1. En cualquier caso, habiéndose iniciado constatatadamente de oficio el procedimiento revisor por Acuerdo del Consejo de Gobierno Insular del Cabildo de Tenerife, resulta aplicable el art. 102.5 LRJAP-PAC, según el cual, cuando la revisión se iniciare de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde que se acuerda sin dictarse resolución producirá su caducidad.

Por tanto, adoptándose tal Acuerdo el 21 de junio de 2010, dicho plazo venció el 21 de septiembre pasado, caducándose entonces el procedimiento iniciado, antes incluso de que entrara la solicitud de Dictamen en este Organismo y aun que saliera del propio Cabildo. En consecuencia, procede que, sin ningún otro trámite, se dicte Resolución declarando la caducidad y ordenando el archivo de las actuaciones (arts. 42.1 y 44.2 LRJAP-PAC), independientemente de los defectos procedimentales antes expuestos y de que pueda iniciarse de nuevo la revisión.

2. Al respecto ha de advertirse que, de acuerdo con reiterada y constante doctrina de este Organismo, plasmada en Dictámenes en la materia, siendo particularmente relevantes por su singular tratamiento al respecto los Dictámenes 217/2009, 236/2009, 307/2009 y 224/2010, no puede evitarse el efecto *ope legis* del

transcurso del plazo de referencia con un acuerdo de suspensión o ampliación del mismo; o bien, e indirectamente, suspendiéndose o ampliándose el plazo de resolución y notificación, el cual no es coincidente con el anterior en su cómputo pese a tener ambos la misma, y congruente, duración.

Así, el precepto del art. 102.5 LRJAP-PAC no prevé en absoluto que se pueda ampliar el plazo de caducidad allí establecido, ni contempla o permite la eventualidad de que pueda hacerse por la vía de la suspensión o de la ampliación del plazo para resolver y notificar como excepción, alterándose la aplicación del precepto y aun la lectura de su tenor literal. En consecuencia, lo determinante para que se produzca la caducidad del procedimiento es el transcurso de tres meses desde su inicio, sin más.

En este sentido, se observa que el art. 102.5 LRJAP-PAC es la norma especial a aplicar al ejercicio de la facultad de revisión, especificando sus características, incluidas las procedimentales, así como, necesariamente, la previsión de caducidad del procedimiento revisor. Precisamente, es esencial entender el carácter excepcional de tal facultad, de modo que su ejercicio ha de cumplir singulares condiciones y respetar estrictos límites. También, por cierto, en relación con el control superior y definitivo de los órganos judiciales sobre dicho ejercicio, tanto en sí mismo considerado, como respecto a la actuación sometida a revisión.

De esta forma, sólo cabe en casos tasados que, además, han de interpretarse restrictivamente en su utilización, sin poder interferir u obviar el control jurisdiccional. Esto es, ha de actuarse diligente y precisamente en procura de la restauración de la legalidad eventualmente vulnerada, que es la justificación de su previsión legal, pero asimismo con necesario respeto de la seguridad jurídica y de la exigible garantía de los interesados. Y es que, supone proceder contra los propios actos, normativos o no, y tiene efectos tanto sobre derechos de los particulares, patrimonializados por éstos de acuerdo con la normativa aplicable y concedidos o declarados por la propia Administración, como sobre la actuación de ésta en procura del interés general, estableciendo y ejecutando normas para ello o en beneficio de los ciudadanos.

Todo ello, sin olvidar que se ejerce a causa de una actuación que la propia Administración sostiene que se ha realizado por ella con vulneración, por acción u omisión, de la regulación aplicable. Además, esta ordenación es plenamente congruente con la antedicha finalidad de preservar el principio de legalidad (art. 9.3

CE), pues, caducado el procedimiento revisor, cabe iniciar de nuevo la revisión con idéntico fin y con la misma o aun diferente causa; sin perjuicio, esto sí, de la eventual aplicabilidad al respecto de lo previsto en el art. 106 LRJAP-PAC, pudiendo serlo antes o después de declararse la caducidad e independientemente de ella.

Y, en fin, como ya se apuntó, la previsión es razonable no sólo por las razones finalistas y garantistas expresadas, sino porque, conviniendo precisamente a la legalidad y la seguridad jurídica una actuación rápida, la sumariedad del procedimiento revisor en sus trámites comporta que un plazo de tres meses sea más que suficiente para resolverlo sin agobio.

3. En este orden de cosas, procede recordar la no aplicabilidad al caso del art. 42.5.c) LRJAP-PAC no solo por lo antes expuesto, sino vista la redacción y finalidad de este precepto, conectado, incluso terminológicamente como se comprueba con su mera lectura, con los arts. 82 y 83 de la propia Ley.

Así, ante todo es patente que, a ningún fin o a efecto alguno, el Organismo consultivo, que es autónomo orgánica y funcionalmente y, por ende, externo a la organización administrativa, no es un órgano de la misma Administración actuante o de otra distinta; estatuto congruente con el hecho de que su función no es propiamente asesora, sino un control previo de juridicidad, en interés tanto de tal Administración actuante, como de los interesados, los ciudadanos en su caso.

Por eso, el Dictamen del Organismo consultivo no es equivalente al Informe administrativo indicado en el precepto que se comenta, tratándose por lo demás de información a producir en fase instructora vista la ubicación sistemática del precepto, incluido entre previsiones legales relativas a actuaciones administrativas a producir en dicha fase o previamente a la formulación de la Propuesta de Resolución o de Acuerdo resolutorio, con la coherente conexión al respecto observada al comienzo de este apartado.

En definitiva, Dictamen e Informe administrativo difieren tanto en objeto, como en finalidad, momento procedimental y órgano solicitante y receptor de uno y de otro. Y es que, mientras el Informe, cualquiera que sea, lo pide y recibe el instructor del procedimiento en orden a formular su Propuesta definitiva, sirviendo lógicamente para determinar su contenido a este nivel y en ese momento, el Dictamen lo debe instar el órgano decisorio, coincida o no en el legitimado pare recabarlo, justo antes de decidir y sobre tal Propuesta definitivamente formulada, con el contenido previsto en el art. 89 LRJAP-PAC y con el exclusivo fin de señalar su adecuación jurídica, formal y materialmente.

4. Por otro lado, tampoco son aplicables con similar finalidad de evitar o eludir la caducidad procedimental los arts. 42.6 o 49.1 LRJAP-PAC por la causa razonadamente expuesta en el apartado precedente. Además, habría que aplicarlos de acuerdo exactamente con sus previsiones.

Así, respecto al primero de estos preceptos y asumiendo que el plazo para resolver y para también notificar es de tres meses desde que se dictó el Acuerdo de inicio del procedimiento (art. 42.3 LRAJP-PAC), ha de constar que se dan las circunstancias previstas en su comienzo. Y que, producidas las mismas, se ha procedido como se dice a continuación y, por último, que, con carácter excepcional y una vez cumplidos los requisitos establecidos, se acuerda la ampliación del plazo resolutorio antes de vencerse.

Y, en cuanto al segundo, es obvio que no se refiere al antedicho plazo, que tiene su propia ordenación y, como se ha visto, de complicada y excepcional aplicación. Por tanto, ha de referirse a otros plazos de trámites procedimentales y, en todo caso, debe estar acreditada la ampliación por las circunstancias del supuesto, en interés público desde luego pero también sin poderse perjudicar derechos de tercero.

CONCLUSIONES

1. La solicitud de Dictamen y, en relación con ella, la tramitación de la revisión iniciada tiene los defectos de diverso tipo que se expresan en el Fundamento II, con especial relevancia el relativo al trámite de vista y audiencia.

2. Según se razona en el Fundamento III, el procedimiento revisor tramitado ha caducado y así debe resolverse, no cabiendo obviarse este efecto por los motivos allí explicitados, sin perjuicio de poderse reiniciar otra revisión respetándose los trámites legalmente previstos al efecto.