



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 1 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de diciembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Candelaria en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento de revisión de oficio incoado mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento sobre la posible nulidad de pleno derecho de los Decretos núms. 3327/2006, de 31 de octubre y 96/2012, de 19 de enero, en virtud de los cuales se concedió a I.M.B. licencia de obras (EXP. 409/2016 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 21 de noviembre de 2106 (Registro de Entrada de 22 de noviembre de 2016) por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Candelaria, es la Propuesta de Resolución culminatoria de un procedimiento de revisión de oficio, iniciado mediante Acuerdo de 25 de mayo de 2016 del Pleno del Ayuntamiento de Candelaria, con objeto de declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto 3327/2006, de 31 de octubre y del Decreto 96/2012, de 19 de enero, dictados por el Concejal delegado de Urbanismo, mediante los que se concedió, respectivamente, licencia urbanística de obra mayor para la construcción de una vivienda unifamiliar de dos plantas y sótano con garaje sita en (...), y para reformado del proyecto de vivienda unifamiliar aislada consistente en ampliación de trastero pasando de 123,22 m² a 132,21 m² construidos, modificación de distribución del almacén existente todo ello, en planta sótano; en planta baja, la modificación consiste en ampliación del vestidor del dormitorio nº2, sin que se modifique la superficie edificable de la planta baja y modificación de la distribución de la cocina-despensa y en planta alta, modificación de la distribución de baño existente, todo ello en la calle (...), según proyecto.

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

2. La legitimación de la Sra. Alcaldesa de Candelaria para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y obstativo y la competencia de este Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que también establece la condición obstativa del parecer del este Consejo pues requiere que éste sea favorable a la revisión del acto para que pueda declararse nulo, debiendo aclararse ahora que, dado que el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conforme a su disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición final séptima, resulta aplicable a este supuesto la citada Ley 30/1992.

3. En ambos actos administrativos, según los informes técnicos y jurídicos obrantes en el expediente de revisión de oficio, podrían existir hechos y circunstancias de las que se deduce causa de nulidad de pleno derecho, prevista en el art. 62.1 f) LRJAP-PAC, que dispone que son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por lo que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

4. Por último, se observa en el expediente la existencia de diversos escritos del año 2013, presentados en Registro de Entrada por los Sres. Concejales del Grupo Municipal Popular de la Corporación Local, así como por F.J.L. -empleado público municipal-, mediante los que se solicita del Ayuntamiento de Candelaria que inicie el procedimiento de revisión de oficio indicado y, además, el empleado público referido interpone también recurso extraordinario de revisión. Sin embargo, no por ello se puede considerar que el procedimiento se haya iniciado a instancia de parte, no resultando aplicable el plazo de 6 meses para resolver el procedimiento, pues en el supuesto de que se considere que los solicitantes presentan el escrito como ciudadanos del municipio e independientemente del cargo que ocuparen no sería admisible tal solicitud ya que en ningún caso estarían legitimados como partes interesadas en el procedimiento al no estar afectados sus derechos e intereses legítimos particulares por la concesión de licencia urbanística de obra mayor ni de reformado del proyecto de vivienda unifamiliar aislada. Por tal razonamiento, se considera que la incoación del procedimiento revisor fue a instancia de la propia Corporación Local, mediante Acuerdo del Pleno de 25 de mayo de 2016, por lo que

incurre en la caducidad a la que alude el art. 102.5 LRJAP-PAC, como veremos seguidamente.

II

Los hechos y trámites relevantes que constan en el expediente que se remite a este Consejo son, entre otros, los siguientes:

- Certificado del Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Candelaria en sesión ordinaria celebrada el día 25 de mayo de 2016, mediante el que se incoa el expediente 2013/2814 de revisión de oficio del Decreto núm. 3327/2006, de 31 de octubre, y del Decreto núm. 96/2012, de 19 de enero. En dicho Acuerdo consta que se notifique a la interesada para la presentación de alegaciones; nombramiento del Instructor del procedimiento así como del Secretario; solicitud del informe técnico municipal una vez finalizado el trámite de audiencia; solicitud del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, suspendiendo el procedimiento para resolver por el tiempo que medie entre la petición del citado dictamen y la recepción del mismo.

- En fecha 10 de junio de 2016, J.G.G.T., ex-alcalde de la citada Corporación, actuando en representación de la afectada (su esposa), presenta recusación contra el Secretario del Ayuntamiento de Candelaria por la enemistad manifiesta existente durante su mandato, para que se acuerde la sustitución de dicho funcionario en la tramitación del presente procedimiento de revisión de oficio. Así mismo, solicita que se suspenda el plazo para la formulación de alegaciones hasta que quede resuelta la recusación que se promueve, reanudándose dicho plazo a partir de la notificación de la resolución de la recusación.

- Escrito del Secretario recusado de fecha 16 de junio de 2016, manifestando que se retira del procedimiento en tramitación, elevando su solicitud a la Alcaldía-Presidencia.

- En fecha 18 de junio de 2016, se presenta nuevo escrito del interesado solicitando y reiterando a la instrucción del expediente que se suspenda el procedimiento hasta tanto no sea resuelta la recusación planteada.

- Resolución de la Instructora del procedimiento de fecha 21 de junio de 2016, mediante la que se suspende el plazo para formular alegaciones por la parte interesada, elevando propuesta de resolución al pleno de la Corporación a efecto de que se nombre nuevo secretario del expediente.

- Acuerdo de Alcaldía de fecha 22 de junio de 2016, que eleva a consideración del Pleno, el nombramiento de la nueva Secretaria del expediente.

- En fecha 8 de agosto de 2016, nuevo escrito de alegaciones del interesado, mediante el que solicita la prórroga de la suspensión del plazo para formular alegaciones.

- Como consecuencia del Acuerdo anterior, el Secretario de la Corporación desestima su inclusión en el Orden del día del Pleno ordinario, al considerar que debe tener forma de Decreto y no de Acuerdo, por lo que se emite Decreto 3007 de 9 de septiembre de Alcaldía, mediante el que se nombra nuevo Secretario provisional, aceptando la renuncia y retirada del anterior Secretario, solicitando al Pleno de la Corporación la elevación a definitivo.

- En fecha 15 de septiembre de 2016, el interesado presenta nuevo escrito reiterando su solicitud anterior, suspensión del plazo para formular alegaciones.

- En fecha 22 de septiembre de 2016, el Secretario General del Ayuntamiento presenta Diligencia haciendo constar que el procedimiento de revisión de oficio ha caducado al haber transcurrido más de 3 meses desde que el procedimiento se inició el 25 de mayo de 2016, culminando el plazo el 25 de agosto de 2016.

- En fecha 26 de septiembre de 2016, la instructora del procedimiento emite informe mediante el que considera que el procedimiento no ha caducado porque el procedimiento fue objeto de suspensión como consecuencia de la recusación planteada el 10 de junio de 2016 y resuelta el 14 de septiembre del mismo año. Concretamente, indica que el procedimiento estuvo suspendido los 20 días de junio, 30 días de julio, 30 días de agosto y 14 días de septiembre, por lo que tales días sumados a partir del 25 de agosto, determinarían que el expediente caducara el 28 de noviembre de 2016.

- Escrito de 27 de septiembre de 2016, de la instrucción del expediente mediante el que además de solicitar documentación relevante al respecto, hace constar que el informe del perito judicial aportado al expediente referido a las licencias que nos ocupan son referidos a un procedimiento penal pendiente de resolución judicial, por lo que declara la improcedencia de la incorporación al expediente de tal informe.

- En fecha 5 de octubre de 2016, el interesado presenta escrito de alegaciones.

- En fecha 18 de octubre de 2016, se emite la Propuesta de Resolución.

III

1. La Administración actuante que incoa el procedimiento en virtud del Acuerdo adoptado por el Pleno de la Corporación Local, indica que su pretensión se basa en el apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC, en virtud del cual son nulos los actos expresos o presuntos contrarios al Ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. En la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución se propone lo siguiente en su apartado primero:

«PRIMERO: No procede admitir el recurso extraordinario en materia de revisión formulado mediante escrito de 17 de octubre de 2013 por el técnico Municipal.

Tampoco procede la revisión de oficio por vulneración del apartado f) del artículo 62 de la Ley de procedimiento 30/92 respecto de:

El Decreto 3327/2006 de 31 de octubre (...)

El Decreto 96/2012 de 19 de enero (...).

De la Propuesta de Resolución se desprende la desestimación de dicha revisión, pues aunque señale que «(...) tampoco procede la revisión de oficio (...)» (habiéndose referido con anterioridad a la admisibilidad del recurso de revisión), ésta ya fue admitida por el Pleno y, por consiguiente, tramitado el correspondiente procedimiento que nos ocupa, razón por la que se considera que la Propuesta de Resolución pretende la desestimación y no la inadmisión de la solicitud de revisión ya admitida y tramitada.

En relación al recurso extraordinario de revisión formulado mediante escrito de 17 de octubre de 2013, por el técnico municipal, mediante la Propuesta de Resolución se inadmite. Ello supone que sobre este punto el Consejo Consultivo de Canarias no debe entrar a conocer al haber sido inadmitido el citado recurso por la propia instrucción del procedimiento.

2. Al presente procedimiento, habiendo sido incoado por la propia Administración implicada, le es aplicable el plazo de caducidad estricto de 3 meses previsto en el art. 102.5 LRJAP-PAC, comenzando el cómputo desde que se inicia el procedimiento el 25 de mayo de 2016 y debiendo de finalizar, en principio, el 25 de agosto de 2016.

3. No obstante, al haber sido objeto de suspensión un procedimiento sometido a plazo de caducidad, tanto en cuanto a la recusación planteada como para la solicitud

de dictamen de este Órgano Consultivo, se hace necesario analizar si procede tal suspensión y los efectos, en su caso, de la misma.

En cuanto a la recusación, el art. 77 LRJAP-PAC permite que se suspenda la tramitación del procedimiento, lo que está vedado al resto de las cuestiones incidentales. Este artículo no establece ningún límite a esa suspensión durante la sustanciación del incidente de recusación, pero esto no quiere decir, siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 18 de marzo de 2008), que dicha suspensión pueda realizarse indefinidamente o por un plazo superior al previsto para su resolución, por lo que se ha de acudir, por una parte, a lo previsto en el art. 29 LRJAP-PAC, que regula el procedimiento de la recusación y, por otra, a las causas de suspensión del plazo máximo para resolver establecidas con carácter general en el art. 42.5 LRJAP-PAC.

El art. 29 LRJAP-PAC dispone, en sus apartados 3 y 4, que, al día siguiente de plantearse la recusación, el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada. En el primer caso, el superior podrá acordar su sustitución acto seguido. Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos. Finalmente, en el apartado 5 se dispone que contra las resoluciones en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento.

Por tanto, la tramitación de la recusación consiste en un procedimiento sumario de apenas 4 días de duración y sin posibilidad de recurso, pudiendo alegarse en el recurso contra el acto que ponga fin al procedimiento principal. En consecuencia, ese es el tiempo que podría estar suspendido el procedimiento principal hasta tanto se resolviera sobre la recusación.

Por otra parte, el art. 42.5 regula los casos en los que se puede suspender el plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución. Así en su apartado a) prevé la suspensión cuando deba requerirse al interesado la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos, sin perjuicio de lo previsto en el art. 71 (plazo de 10 días); en el apartado b) cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas; en el apartado c) cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, con un límite de 3 meses; en el apartado d) cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimentes propuestos por los interesados, durante el

tiempo necesario para incorporar los resultados al expediente; y, finalmente, en el apartado e) cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el art. 88 de la Ley.

También el art. 45.6 regula la ampliación del plazo para resolver cuando el número de solicitudes presentadas o de personas afectadas pudiera suponer un incumplimiento del plazo máximo para resolver, permitiéndose una ampliación de plazo que no puede ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

En este caso concreto, la recusación contra el secretario del procedimiento fue presentada el 10 de junio de 2016, por lo que 4 días hábiles después tenía que estar resuelta la misma en caso de que el funcionario recusado negara la causa de recusación. Este último, en escrito presentado el 17 de junio de 2016, niega la causa de recusación, aun cuando comunica que se retira del procedimiento. Sin embargo, no fue hasta el 14 de septiembre de 2016 cuando se notifica a la interesada el Decreto nº 3007/2016, de 9 de septiembre, mediante el que se nombra nuevo secretario provisional en el procedimiento de revisión de oficio que nos ocupa, aceptando la renuncia y retirada del anterior secretario. Por ello, la instructora considera en su informe de 26 de septiembre de 2016 que el procedimiento estuvo suspendido desde el 10 de junio hasta el 14 de septiembre de 2016, esto es, durante más de tres meses.

La suspensión acordada en este procedimiento no encaja en ninguno de los supuestos de suspensión previstos en el art. 42.5 LRJAP-PAC, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 77 LRJAP-PAC, la suspensión no podrá durar más que el tiempo que la Ley prevé para la tramitación del incidente de recusación previsto en el art. 29 LRJAP-PAC. Como ese plazo es de 4 días hábiles, la recusación tenía que estar resuelta el 15 de junio de 2016, debiendo alzarse a partir de dicho día la suspensión acordada. Incluso aun admitiendo las alegaciones del funcionario recusado presentadas el día 17 de junio de 2016, la recusación tenía que haber sido resuelta 3 días hábiles después, esto es el 21 de junio de 2016.

Por tanto, en el primer caso, al haberse incoado el expediente de 25 de mayo de 2016, la caducidad se produjo el 30 de agosto de 2016. En el segundo caso, la caducidad se produjo el 4 de septiembre de 2016. En ambos casos, con mucha anterioridad a la solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo, que tuvo entrada el día 22 de noviembre de 2016, por lo que la suspensión acordada para el momento

en el que se solicitara el dictamen carece de efectos al estar ya sobradamente caducado el procedimiento de revisión de oficio cuando tal solicitud fue efectuada. Ello impide a este Consejo entrar en el fondo del asunto planteado.

4. En consecuencia, producida dicha caducidad del procedimiento de revisión, la Administración ha de resolverlo con expresión de esta circunstancia (art. 42.1 LRJAP-PAC), sin perjuicio de la posibilidad de incoar nuevo expediente de revisión de oficio, sobre el mismo objeto, manteniendo, por aplicación del principio de economía, los actos (conservación) que se estimen necesarios, siendo indispensable, una vez concluida la instrucción y antes de la remisión, en su caso, del expediente de nuevo a este Consejo Consultivo, otorgar nueva audiencia al interesado.

5. En atención a la complejidad del caso expuesto, siendo la caducidad un modo anormal de terminación del procedimiento administrativo como consecuencia del vencimiento del plazo máximo de duración del mismo fijado en la norma sin haberse dictado resolución expresa por el órgano competente, y en atención a la posibilidad de incoar nuevo procedimiento se hace necesario realizar una serie de aclaraciones sobre la forma en que se ha tramitado el presente procedimiento y las indicaciones observadas en el mismo, a efecto de que no se repitan, en su caso.

Así, si se decidiese iniciar nuevo procedimiento de revisión de oficio la instrucción del mismo deberá expresar las razones, fundamentarlas y demostrarlas, por las que entienda que se deban inadmitir las pruebas periciales aportadas de un procedimiento penal que está o estuvo siendo tramitado o, incluso, finalizado, ya que en el caso de que estuviera relacionado el procedimiento penal y el administrativo deberá de adjuntarse al expediente tal documentación referida a las licencias de obras concedidas a la parte interesada con el fin de hacer efectivo el principio de contradicción. Además, es totalmente relevante para la tramitación de cualquier procedimiento administrativo en su fase probatoria conocer de aquellos hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes que tendrán valor probatorio; así mismo deberán ser admitidas cuantas pruebas sean adecuadas al caso concreto para la determinación de los hechos alegados por las partes interesadas. No obstante, la instrucción del procedimiento podrá inadmitir aquellas pruebas pretendidas por alguna de las partes pero fundadamente.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho al haber caducado el procedimiento revisor, sin perjuicio de la posibilidad de incoar nuevo procedimiento de revisión de oficio sobre el mismo objeto.